

¿Es posible una ley global de quiebras soberanas?*

NECESIDAD REGULATORIA Y OBJECIONES CONSTITUCIONALES

JUAN CARLOS PORTILLA
portillajc@hotmail.com

INTRODUCCIÓN Y OBJETIVO DEL ARTÍCULO

Desde la creación en Europa del Banco de Pagos Internacionales (Bank For International Settlements) en 1930 bajo el amparo del Plan Young, después con la conferencia de BRETTON-WOODS cuyo resultado final fue la creación del Fondo Monetario Internacional y del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF) o Banco Mundial y las reformas a sus convenios constitutivos, la puesta en marcha del Comité de Basilea en 1975, la consolidación de la Comunidad Económica Europea con las instituciones monetarias del Banco Central Europeo y el Euro y con la existencia del Grupo de Contacto de Autoridades de Supervisión y el Comité Asesor Bancario de la Unión, se ha venido configurando la denominada Arquitectura Financiera Internacional, en adelante AFI.

El nacimiento de bancos de desarrollo de carácter regional y subregional como el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), el Banco de Desarrollo de África, la Corporación Andina de Fomento (CAF), el Fondo Latinoamericano de Reservas (FLAR),

el Banco Centroamericano de Integración Económica (BCIE) y la reciente propuesta de MERCOSUR de crear un Banco de Desarrollo para esa parte del continente, hacen parte de los insumos de ese sistema internacional.

A lo anterior le sumamos algunas normas o recomendaciones técnicas de origen global con aplicación local al interior de los Estados miembros de estas instituciones multilaterales. Bajo este marco encontramos la condicionalidad del FMI, el Concordato y el Acuerdo de Capital de Basilea.

También se menciona, no como parte de esta arquitectura financiera, pero sí de fundamento esencial en su consolidación el Acuerdo General de Comercio y Tarifas (GATT), su transformación hacia la Organización Mundial del Comercio (OMC), todas las políticas de liberalización económica y el Consenso de Washington.

De lo anterior se establece que al principio de la década de los noventa, los mayores países de América Latina, incluida Colombia lideraron procesos internos de reforma económica e institucional que conllevaron al cambio del modelo económico y transformaron el papel del Estado.

Dichas iniciativas se sintonizaron con la profundización de la globalización experimentadas al final de los años ochenta y a lo largo de los noventa, traducida en la transformación del antiguo Acuerdo General de Comercio y Tarifas a la hoy Organización Mundial del Comercio y no sólo mantuvo el objetivo de desmontar las barreras al comercio internacional, a través de la desgravación arancelaria, la eliminación de las barreras no arancelarias y la liberalización mundial de los servicios.

Otro aspecto importante de esta acelerada integración fue la liberalización de las cuentas de capitales de los países permitiendo el flujo de movimientos financieros de los mercados internacionales hacia estas economías emergentes. Lo anterior se conoce como inversión extranjera de portafolio.

A lo anterior se le agrega el fortalecimiento del rol de las instituciones multilaterales en la economía mundial liderando los procesos de integración. Propuestas como la creación de un Área de Libre Comercio para las Américas, la consolidación de la Unión Europea, la entrada en vigencia del Nafta fueron ejemplos de esa tendencia mundial.

Estas actividades de integración global se adelantaron conjuntamente con el cambio de modelo surgido a partir de la crisis del Estado intervencionista –Keynesiano–, la aparición de la crisis de la deuda pública externa en Latinoamérica y los altos niveles de inflación. Lo anterior se conoció como la década perdida para este conjunto de países.

Ese cambio de rol del Estado consistió en volver a los postulados de la vieja economía institucional y el libre comercio e incluyeron una serie de reformas al interior de los Estados.

La finalización del modelo de sustitución de importaciones, reducción del tamaño del Estado, desregulación del sector financiero, la creación de legislaciones sobre inversión extranjera y comercio exterior, la participación de capital privado en sectores económicos reservados para el Estado, privatizaciones y reformas fiscales para incentivar la inversión, fueron rasgos esenciales de este modelo. Todas estas reformas, conocidas también como el Consenso de Washington y han provocado una interdependencia entre los mercados locales y externos.

El impacto de este cambio de modelo, se concretó en diversos escenarios. Uno de ellos fue la suspensión del pago de la deuda externa de Argentina en enero de 2002 generando una fuerte crisis económica –financiera en ese país, con impactos regionales. Después de varios años de negociación con los acreedores internacionales y en especial con el FMI, la economía argentina ha vuelto por la senda de la recuperación y crecimiento, pero asumiendo altos costos para su economía.

Este demorado proceso de negociación de la deuda externa, ha puesto en evidencia una falla del mercado financiero internacional, la cual justifica el estudio de varias propuestas para corregir esa falla estructural. Además las economías se encuentran expuestas a procesos cíclicos que demandan soluciones nuevas para crisis recurrentes. Una de ellas es la viabilidad de crear una ley global de quiebras soberanas, que reduzca costos financieros y macroeconómicos, logrando la ecuación contractual de equilibrio en la relación de acreedores y deudores soberanos y motive la toma de decisiones eficientes con la generación de incentivos y beneficios mutuos.

Con razón RICHARD POSNER en su libro *A Failure Of Capitalism* dice que la crisis económica vuelve esta vez con altos impactos en los mercados mundiales. Estados Unidos estuvo muy cerca de una segunda gran depresión de las mismas magnitudes vividas en el famoso año de 1930. Parafraseando a POSNER, se sugiere a los mercados financieros una fuerte y pesada regulación. Si los mercados fallan como suelen hacerlo cíclicamente, es imperativo su regulación.

La identificación de las causas de las fallas del mercado financiero internacional que han ocasionado altos niveles de endeudamiento en economías emergentes, altos costos para el desarrollo por honrar el servicio de la deuda pública y procesos ineficientes de negociación de las condiciones financieras de las obligaciones externas son base fundamental para estudiar la viabilidad de la creación de una ley global de quiebras soberanas pero teniendo en cuenta las limitaciones de tipo constitucional para la vigencia de un tratado que cree una ley mundial de quiebras soberanas.

Pero no sólo abarca lo anterior. Si no da génesis a uno de los principales problemas de investigación en este artículo: Cual debe ser la mejor opción para la puesta en vigencia de un sistema legal de reestructuración de pasivos con alcance global y como se debe llevar a cabo, teniendo en cuenta las reservas constitucionales de los países soberanos.

De lo anterior surge algunas inquietudes tales como que tipo de reformas legales a la arquitectura financiera internacional son necesarias para lograr equidad en las relaciones crediticias entre acreedores globales y deudores soberanos sin sacrificar la eficiencia y los incentivos económicos propios del mercado.

Cual debe ser la parte sustancial de esa futura legislación; cuales deben ser los procedimientos para acudir a estos mecanismos de salvamento; cuales obligaciones financieras se incluirían en el procedimiento, tanto externas como internas, en virtud de una igualdad al interior de la masa de acreedores de un Estado.

Las anteriores cuestiones se deberían incluir en la agenda económica global, mas aun con la depresión vivida desde el 2008. Los mismos mercados y los principales organismos internacionales han demostrado en estos procesos conductas tendientes a bloquear el acceso a nuevos préstamos agravando las circunstancias económicas de los países en crisis o con alto riesgo de desequilibrio macroeconómico.

Las necesidades de financiamiento se ven reflejadas en diversos escenarios tales como desequilibrios en la balanza de pagos –posiblemente ocasionada por ataques especulativos a la moneda local o por una fuerte des-acumulación de reservas internacionales– que necesitan asistencia financiera del FMI o créditos para financiar déficits comerciales y fiscales prolongados.

Bajo esta premisa, el servicio de la deuda se empieza a tornar insostenible con altos costos para el desarrollo, hasta generar la suspensión del pago de la deuda, posibilidad rehusada hasta último momento por el FMI y demás acreedores.

Con la ausencia de un mecanismo ordenado y justo de reestructuración de deuda soberana, estas fallas del mercado financiero internacional se acentúan aún mas y sin intervencionismo para corregir el mercado, los costos crecen, los beneficios se anulan y la ineficiencia económica genera información asimétrica y traslada dichas ineficiencias al conjunto de la sociedad del país, el cual a

través de impuestos y recortes en los gastos públicos de contenido social terminan solucionando las fallas del mercado.

Por ello, las propuestas efectuadas por la alta dirección del FMI y por sectores de la academia de crear una ley global de quiebras soberanas se deben analizar a la par con las preocupaciones mencionadas anteriormente, las cuales deben incluir principios vinculantes de equidad y justicia distributiva, así como instrumentos que generen incentivos y beneficios para la toma de decisiones eficientes.

Entonces y con la finalidad de entender las fallas del mercado del financiero mundial y la necesidad de regular esa falla a través de una ley global de quiebras soberanas y su problemática constitucional –las cuales se estudiarán bajo la metodología del análisis económico del derecho y con el apoyo de jurisprudencia de la Corte Constitucional– para la entrada en vigencia es necesario exponer como primera medida una breve génesis de la denominada Arquitectura Financiera Internacional –AFI– y de la actual regulación económica internacional.

DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN

En efecto y después de finalizada la segunda guerra mundial y teniendo como marco referencial la crisis económica de 1929 y la recesión de la década de los años 30 del siglo veinte, los gobiernos líderes a escala global visualizaron la necesidad de fortalecer la economía mundial generando un marco regulatorio internacional con la creación de instituciones capaces de prevenir crisis, minimizar la concreción de riesgos financieros y otorgar soluciones a los mismos Estados inmersos en desequilibrios macroeconómicos.

Se menciona en esta etapa la creación del Banco de Pagos Internacionales. El Banco fue creado en Basilea en 1930, bajo el marco del Plan Young. Se estableció como una fuente de pagos en las reparaciones alemanas hacia otros países después de la Primera Guerra Mundial.

Ahora, en el mes de julio de 1944 se llevó a cabo la primera conferencia mundial sobre temas financieros y monetarios en BRETTON WOODS, (New Hampshire-EEUU). Allí se aprobó la creación del Fondo Monetario Internacional –FMI– y del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento¹. Se crearon como agencias especializadas del sistema de Naciones Unidas, pero sin ningún tipo de dependencia orgánica de la Secretaría General de la ONU.

El Fondo Monetario Internacional tuvo como primer objetivo trabajar para la creación de un sistema financiero internacional, de pagos y de intercambio y es un organismo de derecho público internacional cuyo fundamento jurídico se encuentra en su Convenio Constitutivo².

El BIRF tuvo como fin otorgar recursos crediticios para la reconstrucción de los Estados afectados por la segunda guerra mundial y también fue organizado jurídicamente por un Convenio Constitutivo. Claramente se estructuró como un banco de desarrollo mundial.

Pero también se requería complementar esa nueva institucionalidad a través de la creación de una organización comercial dedicada a eliminar gradualmente los obstáculos al comercio internacional y a la promoción de acuerdos comerciales.

Se crearon instancias y comités preparatorios para la creación de una Organización Internacional del Comercio (IOC) y de un Acuerdo General en Aranceles y Comercio.

En las reuniones de estos comités preparatorios llevadas a cabo en Ginebra en el año de 1947 no se lograron los consensos para la puesta en marcha de la Organización Internacional del Comercio.

Después el GATT, desde inicios de la década de los ochenta empezó a estudiar la posibilidad de incluir en sus acuerdos la liberalización comercial de los servicios a nivel mundial. Es así como al amparo de las Rondas de Uruguay y DOHA (llevada a cabo, esta última en los años noventa) se dio origen a la Organización Mundial del Comercio, cuyo fin esencial consiste en impulsar hacia el desarrollo a los países pobres o tercermundistas a través de la liberalización del comercio mundial comprometiendo a los países ricos a transferir tecnología y recursos financieros a países subdesarrollados, al desmonte de las subvenciones estatales y a la eliminación de las barreras al comercio internacional como la desgravación arancelaria y la supresión de los obstáculos sanitarios y fitosanitarios.

En esos antecedentes históricos y en la formación y evolución del sistema financiero internacional es procedente mencionar, bajo una óptica cronológica, la crisis de la deuda externa de los países subdesarrollados y más especialmente de los países latinoamericanos, con el anuncio de México y Brasil en el año de 1982 relacionado con sus incapacidades para servir su deuda externa. De acuerdo al FMI³ y la CEPAL⁴, en el año de 1987 la deuda externa de América Latina se calculó en: US\$ 409. 815 millones de dólares.

También es recurrente no perder de vista el proceso de integración económica de la Unión Europea y las reuniones del Club de París. En lo referente al proceso europeo, dispuso normas comunitarias sobre institu-

ciones, derechos, libertades y políticas de contenido económico y financiero. Sobre autoridades se menciona el Banco Central Europeo y el EURO como institución comunitaria.

Entonces, retomando lo dicho anteriormente, la puesta en marcha de la globalización económica tiene su principal fundamento en la creación de un sistema financiero internacional y una estructura de libre comercio a escala global, que tuvo sus principales orígenes en la recesión de los años treinta del siglo veinte y en la conferencia de Bretton-Woods. De esa manera, las Instituciones mencionadas conforman la AFI.

Parte fundamental del funcionamiento de la AFI es la regulación económica que ella misma produce a través de diferentes mecanismos como la condicionalidad del FMI y el acuerdo de capital de Basilea.

De acuerdo al mismo Fondo Monetario Internacional⁵ la condicionalidad se explica:

Cuando un país miembro obtiene un préstamo del FMI, las autoridades del país se comprometen a aplicar ciertas políticas económicas y financieras, requisito que se conoce con el nombre de condicionalidad. La condicionalidad permite al FMI vigilar que el préstamo se esté utilizando eficazmente para resolver las dificultades económicas del prestatario, de modo que el país pueda reembolsarlo de manera oportuna y los demás países miembros puedan disponer de los fondos de la institución si los necesitan".

En virtud de la condicionalidad se formulan, a instancias del Fondo, políticas para solucionar los desequilibrios en la balanza de pagos (medidas de choque de corto plazo)

y de crecimiento económico a través de políticas públicas para mantener el poder adquisitivo de la moneda local (mantener una disciplina monetaria a través de intervenciones en el mercado vía aumento en las tasas de interés), incremento de los ingresos corrientes de los gobiernos (reformas tributarias que crean nuevos impuestos o modifican en su base gravable o tarifas), ajustes en los gastos públicos (asociados al personal o venta de activos públicos) o sustitución de deuda pública y reformas a los sistemas financieros locales, tales como la adopción de recomendaciones del Comité de Basilea por suscribir los acuerdos de facilidades extendidas con el FMI.

Estas políticas se introducen primeramente en una "carta de intención" que después se convierte en un acuerdo de facilidades extendidas suscrito por los gobernadores del país prestatario y el Fondo. Con la suscripción del acuerdo el FMI se compromete a desembolsar los recursos y expedir un aval para que otros acreedores faciliten la financiación del ajuste económico.

Por la vía de los "desembolsos escalonados", el organismo verifica si el deudor soberano está efectuando las obligaciones contraídas antes de llevar a cabo otro desembolso. En los contratos de préstamo con la banca multilateral se estipulan los desembolsos por tramos. Así acreedores como el Banco Mundial, el BID y recientemente otros bancos de desarrollo subregional acuden también a la condicionalidad del Fondo Monetario para programar los tramos de los desembolsos.

La condicionalidad del Fondo se instrumenta a través de los criterios de ejecución y son cuantitativos y estructurales. Los primeros se refieren a los mínimos niveles que debe tener un estado miembro en sus reservas internacionales, en su índice de

inflación o en el nivel máximo de endeudamiento externo. Los criterios de ejecución de tipo estructural se refieren a las reformas legislativas al sistema tributario, financiero o de seguridad social.

Por ello a través de la condicionalidad, el Fondo termina emitiendo políticas públicas de competencia exclusiva de los deudores soberanos que por medio de la condicionalidad se vuelven regulaciones supranacionales. Actuando sobre esta figura dispuesta en el convenio constitutivo del organismo (tratado de derecho internacional vinculante para los estados miembros del Fondo, incluido en los ordenamientos jurídicos internos por medio de las respectivas aprobaciones legislativas y jurisdiccionales), el Fondo podría hacer vinculante para sus miembros un mecanismo de reestructuración de deuda soberana.

Los derechos especiales de giro hacen parte de la regulación internacional y hace parte de las reservas internacionales de cada país, complementándolas y se sitúan a cada estado soberano miembro del Fondo Monetario Internacional en proporción a su cuota suscrita en el organismo. El profesor FÉLIX LAVIÑA⁶ menciona:

"Los socios del Fondo con déficit en sus balanzas de pagos pueden solicitar la utilización de los DEG, ante lo cual el director – gerente designa a un país excedentario para que opere el intercambio de DEG por divisas convertibles a favor del país que tiene el déficit. El país usuario de los DEG asume el compromiso, cuando mejore su situación deficitaria, de aceptar DEG de otros socios con desequilibrios en sus balanzas de pagos",

Así como los bancos centrales de los estados soberanos regulan la liquidez moneta-

ría localmente, a través de operaciones de mercado abierto y por medio de los REPOS⁷, el Fondo Monetario Internacional regula la liquidez internacional, suministrando derechos especiales de giro, como si se tratara de un prestamista internacional de última instancia de los estados soberanos y miembros del organismo. Operaciones que realiza de acuerdo a las normas constitutivas y ordinarias del Fondo.

La profundización de la globalización financiera enmarcada en la arquitectura financiera internacional y en la liberalización económica y comercial ha producido la aparición de nuevas operaciones de financiamiento y de figuras corporativas internacionales y la interrelación de las economías de los países inmersos en esta tendencia. Estas actividades conllevan la exposición de los agentes económicos privados y a los mismos estados soberanos a riesgos de crisis financiera y económica. LÓPEZ GARAVITO y LÓPEZ ANGARITA⁸ establecen:

“La globalización financiera se está desarrollando a pasos agigantados por medio de fusiones, inversiones de capital extranjero, establecimiento de filiales en el exterior por parte de matrices financieras locales, composición creciente de portafolios de inversión foránea y naturalmente por el crecimiento del sistema de comercio mundial...la expansión transnacional de grupos económicos financieros y el desarrollo de innovaciones financieras mediante derivados y titularizaciones, donde los bancos venden riesgo crediticio o lo comparten, en lugar de asumirlos, terminan dificultando las tareas de supervisión”.

Pero no sólo las dificulta, sino incentiva a que organismos internacionales o

iniciativas creadas a instancias de éstos se constituyan en reguladores supranacionales, así emitan recomendaciones en materia de regulación y supervisión bancaria, convirtiéndose después, por medio de la condicionalidad y el Fondo Monetario Internacional, en políticas legislativas y reglamentarias de los países miembros.

Así surge el Comité de Basilea liderado por los gobernadores de los bancos centrales de países como Estados Unidos, Reino Unido, Suecia, Suiza, Holanda, Luxemburgo, Japón, Italia, Alemania, Francia, Bélgica y Canadá. Su sede de reuniones es en Basilea, sede del Banco de Pagos Internacionales y expide recomendaciones mínimas ya que no es un órgano competente, ni con facultades constitutivas para exigir a los estados soberanos acoger sus estándares de regulación y supervisión bancaria. El Comité ha expedido dos grandes cuerpos de pautas y son: El Concordato de Basilea y el Acuerdo de Capital de Basilea.

Cabe señalar, que tanto los países del Acuerdo, los miembros de la Comunidad Económica Europea, así como los latinoamericanos, terminan acogiendo en las regulaciones internas las recomendaciones del Comité. Esto se lleva a cabo cuando estos estados soberanos sufren desequilibrios en la balanza de pagos, ataques especulativos a la moneda local y crisis financieras. Así acuden a la ayuda financiera del Fondo Monetario Internacional para acceder a los recursos crediticios del organismo, así como a su aval.

Estas ayudas se concretan con la suscripción de un acuerdo de facilidades extendidas⁹ (stand-Bay) entre el estado soberano y el Fondo. El organismo se compromete a facilitar los recursos y el aval y el país a realizar ajustes macroeconómicos que implican

reformas estructurales. De esa manera, por medio de la condicionalidad el Fondo exige la adopción de regulaciones prudenciales en materia bancaria dadas por el Comité de Basilea. Al respecto el ex superintendente bancario, NÉSTOR HUMBERTO MARTÍNEZ¹⁰ señala:

“Se halla en vigencia, sin excepción, en los países miembros del Acuerdo y también en todos los países de la Comunidad Económica Europea. Por fuera de ellos ha merecido, además, gran aceptación, al punto que sus mandamientos se han extendido aún a los bancos nacionales. Así ha ocurrido, por ejemplo, a nivel latinoamericano, al menos desde el punto de vista conceptual o metodológico”

Para contextualizar al ex-ministro, más que aceptación lo que ha venido sucediendo con estas recomendaciones del Comité de Basilea son la obligatoriedad de las mismas a través de la condicionalidad de los contratos de préstamos del Fondo Monetario Internacional y Banco Mundial suscritos por los países miembros que acuden a los rescates financieros de estas instituciones globales.

Así se estructura la legalidad internacional que va profundizando la globalización económica. Si en un futuro, el Fondo Monetario Internacional adopta un mecanismo de reestructuración de deuda soberana (MRDS) a través de la condicionalidad podría exigir a los estados miembros suscribir este componente normativo. Por ello, resultaría viable estudiar la posibilidad de que sean los mismos estados (como fuentes primarias del derecho internacional o un constituyente primario en materia internacional) los creadores de un sistema legal global vinculante de quiebras soberanas.

Bajo este marco anterior y para perfilar estos comentarios a los problemas planteados sobre la necesidad de regular el mercado de la deuda externa a través de una ley global de quiebras soberanas, es necesario mencionar algunas de las irregularidades detectadas en este proceso de investigación. La AFI y el mercado han generado fallas traducidas en severas crisis económicas al interior de economías emergentes y relacionadas con la problemática del pago de la deuda externa, tanto su moratoria como cesación de pagos.

De acuerdo con LUIS JORGE GARAY, ese mercado financiero en el caso de la crisis de la deuda externa latinoamericana se caracterizó por la conformación de un oligopolio cooperado al interior de la banca privada internacional cuya necesidad de colocar los excedentes de recursos del mercado de capitales incentivo de manera perversa el incremento de las necesidades de financiamiento de los países en vía de desarrollo en América Latina y soportar el crecimiento con un alto grado de endeudamiento soberano.

Esta crisis ocasionó cesaciones de pagos en el servicio de la deuda externa y tiene su origen en causas de tipo económico (alzas en las tasas de interés), y político. Por ejemplo el descenso de los precios de los principales productos de exportación de estos países latinoamericanos o escasez de producción por inconvenientes agrícolas e inclusive malas administraciones gubernamentales en materia fiscal tuvieron un impacto en la moratoria del pago de la deuda externa, tanto principal e intereses.

Para mencionar algunos casos, México, antes de la crisis de 1982, tuvo cuatro décadas (contadas a partir de los años cuarenta del siglo XX) de crecimiento sostenido a una tasa promedio de 6.5%. Al final de estos

cuatro decenios (1974-1981) la economía mexicana experimentada fuertes egresos de divisas por una creciente importación de bienes manufacturados, que fue financiada primariamente por exportaciones de productos tradicionales (agricultura) y posteriormente por ventas de petróleo y un fuerte endeudamiento en los mercados financieros internacionales.

RENÉ VILLAREAL¹¹ menciona:

"La creciente importancia de las exportaciones petroleras dentro de los ingresos externos, aunada al incremento de la deuda externa, estructurada mayormente con periodos de vencimiento en el corto plazo, repercutió en la vulnerabilidad de la economía nacional y sobre nuestra capacidad de crecimiento, misma que tendió a depender básicamente de dos variables fuera de control de la política interna: las tasas de interés internacionales y el precio del petróleo... desde 1981 las tasas internacionales de interés tendieron a aumentar, al mismo tiempo que el precio del petróleo inició su descenso, tendencia que continuó en 1982".

La deuda externa mexicana alcanzó al iniciar la década de los ochenta algo más de los ochenta mil millones de dólares. Estos niveles de endeudamiento externo presionaron el déficit en la cuenta corriente debido a que los pagos de intereses sobre el capital adeudado eran mayores a los recursos disponibles en la balanza comercial (por exportaciones de bienes).

Por lo anterior, México afrontó un fuerte desequilibrio externo y un alto pago de intereses sobre capital adeudado en los mercados, lo que generó la crisis de la deuda soberana en ese país latinoamericano, ya que resultaron insuficientes las medidas

económicas consistentes en contraer las importaciones y diversificar y crecer las exportaciones, para financiar el déficit en la balanza de pagos, porque el escenario financiero internacional no se modificó favorablemente.

El siguiente paso, quizá el más importante, consistiría en la renegociación de la deuda externa con sus principales acreedores, no sin mencionar la reducción del gasto público para ir eliminando presiones en el presupuesto del gobierno federal. Esos acreedores fueron bancos comerciales los cuales colocaron recursos en México y otros países de América Latina bajo la figura del crédito sindicado y por ende las negociaciones para la reestructuración de la deuda fue dramática y desordenada por los intereses egoístas y plenamente validos bajo la óptica de un sistema de capitalismo puro al interior del mercado, ya que la conducta de estos agentes financieros suele ser racional y maximizando su utilidad.

Allí se evidencia la ausencia de un mecanismo legal que cumpla la función de un tercero con autoridad para intervenir, regular y corregir la falla, tal como pasa al interior de los Estados cuando la economía falla: el gobierno interviene para corregir el mercado por abuso de la posición de dominio o por información asimétrica o externalidades. La diferencia con el mercado de la deuda externa es diametralmente opuesta debido a la participación del Estado soberano no como ente regulador sino como parte del mismo mercado. Emerge entonces la posibilidad de crear una ley global de quiebras soberanas y una autoridad supraestatal vinculante para los Estados adherentes. Pero es una alternativa que tendría la difícil misión de superar diversos estadios jurídicos, tal como se evidenciara mas adelante.

Brasil, Perú, Chile y Costa Rica en los ochenta también padecieron la crisis de la deuda externa, la cual se conoció como la década perdida. Si este conjunto de países sentían un desequilibrio en las negociaciones con los bancos sindicados tenían la alternativa de acudir al FMI y al Banco Mundial con la meta de conseguir nuevos recursos para el financiamiento de sus programas de reestructuración, pero allí los esperaba la condicionalidad exigida por el Fondo a los países que acuden a programas de rescate y que implican la adhesión a las recomendaciones del organismo en relación con las políticas de ajuste fiscal y macroeconómico.

Estas últimas contienen "sugerencias" de aumento de los ingresos corrientes estatales por la vía de reformas tributarias aumentando las tasas impositivas o las bases gravables de tributos vigentes o creando nuevas contribuciones cargadas o la clase trabajadora (gravar salarios) o al sector productivo (capital y rentas) y recorte en los gastos de gobierno. Es la receta mágica para garantizar los flujos de caja necesarios por vigencia para honrar los compromisos externos, pero queda el interrogante si sus efectos son positivos en una determinada economía en recesión.

En el caso de Colombia en la crisis de finales del siglo pasado el acuerdo de facilidades extendidas suscrito por el Estado colombiano con el FMI dio buenos resultados porque el país salió de la recesión hizo las reformas estructurales y encontró rápidamente el sendero del crecimiento.

Para sintetizar estos antecedentes de la crisis de la deuda externa en la América Latina, se pueden mencionar los siguientes puntos como causas – recurrentes comunes a los países latinoamericanos que sufrieron

una coyuntura en el manejo de su deuda pública externa:

Un crecimiento económico sostenido en los años anteriores a la crisis de la deuda, basado en el modelo de sustitución de importaciones que permitió a estas economías emergentes un proceso de industrialización permanente, la expansión del gasto público y de la base monetaria.

La ausencia de creación de mecanismos de ahorro público a través de fondos de estabilización fiscal o petrolera, (que frenaran inflaciones exponenciales), coadyuvaron al desequilibrio macroeconómico de estos países.

La presencia de una alta liquidez de recursos financieros en cabeza de la banca internacional. El direccionamiento de esa liquidez hacía los países subdesarrollados vía colocación de créditos sindicados respaldados por los Estados soberanos.

Las bajas tasas de interés externas y los altos precios internacionales de los productos básicos de las exportaciones de estas economías, estimularon el crecimiento de las operaciones y desembolsos de los créditos de los mercados externos hacía los gobiernos latinoamericanos.

La ausencia por parte de los bancos internacionales de políticas de medición del riesgo crediticio soberano y del contexto macroeconómico local e internacional para la toma de las decisiones en lo relacionado con las operaciones activas de la banca.

La aparición de las volatilidades de los mercados externos, en especial los choques petroleros ocasionados por el descenso de los precios internacionales del crudo y de otros bienes básicos de exportación y el incremento de las tasas de interés, el cual elevó el costo financiero de la deuda contraída, así

como el incremento exagerado de la tasa de inflación de aquellos países.

El desequilibrio financiero constante en la balanza de pagos, en especial el déficit en la cuenta corriente de estas economías. También se menciona las ineficientes políticas macroeconómicas tomadas por las autoridades soberanas de cada país para mantener el poder adquisitivo de las monedas locales.

El rol ejercido por los organismos multilaterales de crédito creados en la conferencia de BRETTON-WOODS, en especial el papel desempeñado por el Fondo Monetario Internacional en la formulación de las políticas de ajuste macroeconómico para las economías en problemas de moratoria y cesación de pagos.

La ausencia de un mecanismo de reestructuración de deuda soberana aplicable al momento de la insolvencia de los deudores estatales, así como la no presencia de equidad y justicia en las relaciones entre los acreedores privados y los deudores soberanos, en especial con los países mas pobres, como el caso de Costa Rica.

En lo relacionado con la clasificación de la deuda pública externa, la contraída por los deudores soberanos en la génesis de la crisis de la deuda latinoamericana fue con la banca privada internacional a través de contratos de préstamos con garantía soberana de la nación. Las anteriores causas ocasionaron la década perdida para los países de la América Latina.

Estas notas arrojan otra conclusión. Como punto crítico, se señala: los errores del pasado deben ser aleccionadores para prevenir que se comenten los mismos en el futuro. Después de sufrir una gran desaceleración económica en muchos países subdesarrollados, en especial los latinoamericanos, por causa de la crisis de la deuda pública externa

en la década de los ochenta, a finales del siglo XX e inicios del XXI países de la importancia de Rusia o Argentina hayan ejecutado muchas políticas económicas similares a las desarrolladas en la llamada década perdida y que el papel de los organismos multilaterales de crédito, en especial el del FMI haya sido el mismo.

El profesor STIGLITZ¹² refuerza la idea anterior así:

“Argentina sufría las consecuencias de la suspensión del pago de su deuda de enero de 2002, una de las suspensiones de pagos más importantes de la historia, de entidad similar a la que Rusia había declarado tres años y medio antes. Antes de la suspensión, la deuda externa (incluido el capital que se debe al FMI y al Banco Mundial), que ascendía a casi 150.000 millones de dólares, estaba aplastando la economía que, además, en 2001 tuvo que afrontar el pago de 16.000 millones de dólares de deuda pública, es decir, el 44 por ciento de las exportaciones o el 10 por ciento del PIB”.

De esa manera y con esa introducción y dejando ya el estadio de la crisis de la deuda externa de América Latina de los ochenta, brevemente se estudiara algunos puntos importantes de la llamada crisis financiera de los noventa la cual evidencia de nuevo fallas al interior de los mercados financieros internacionales y la ausencia de un mecanismo de intervención supraestatal para corregir el mercado.

México sufriría lo que se conoció como el error de diciembre o el efecto tequila. El Presidente CARLOS SALINAS DE GORTARI (1988-1994)¹³ lidero bajo su gobierno la adopción de las principales políticas del Consenso de Washington. Se llevaron a

cabo fuertes periodos de enajenaciones de activos públicos, en especial en la banca estatal.

Se calcula que la banca oficial mexicana a 1994 estaba totalmente privatizada al pasar del 0% en 1984 a un 100% en 1994¹⁴, cifra demasiado alta y agresiva frente a otros promedios en América del Sur (Brasil del 20.49% al 56.7% en el mismo periodo, Chile del 45.3% al 83.8% también en el mismo lapso de tiempo o Colombia que pasó del 50% al 74% entre 1984 y 1994). A esto se le suma la ausencia de regulaciones prudenciales sobre capital bancario en México y una deficiente supervisión bancaria a las operaciones del sistema financiero del país.

Hubo un incremento de la inversión extranjera en ese país y el peso mexicano estaba revaluado frente a la divisa americana. Lo anterior generó aumentos en los consumos privados incentivando las importaciones (lo que a su vez inició el déficit en la cuenta corriente) y en el gasto público llevando consigo también un incremento en el déficit fiscal en el presupuesto federal. Para financiar ese desequilibrio fiscal, el gobierno tomó la decisión de endeudarse con la emisión de unos títulos de deuda pagaderos en dólares. El rápido crecimiento del consumo privado y público aceleró el pánico económico entre los inversionistas de títulos oficiales que empezaron a liquidar sus posiciones ocasionando una fuerte devaluación del peso mexicano y una pérdida constante de las reservas internacionales.

Todo lo anterior sucedía paralelamente a la suscripción del NAFTA. La crisis financiera se agudizó y profundizó por las decisiones tomadas por el nuevo gobierno del Presidente ERNESTO ZEDILLO, enmarcadas en primero establecer una banda cambiaria y posteriormente con la libre flotación de las

divisas en el mercado cambiario, que incentivó la fuga masiva de capitales haciendo impagables las deudas contraídas en dólares y ocasionando mayores pérdidas en las reservas internacionales.

El profesor STIGLITZ¹⁵, concluye sobre la crisis mexicana lo siguiente:

“A principios de los noventa, la de México había sido una de las historias de más éxito de la reforma en el mercado...pero su crecimiento se basaba en gran parte en una importante carga de préstamos del exterior y de repente en diciembre de 1994, los mercados financieros empezaron a preocuparse: ¿habían prestado demasiado dinero a México?, ¿sería México capaz de devolver lo que había prestado? Estos repentinos cambios de actitud pueden desencadenar una crisis, cuando los precios de los bonos caen en picado, los prestamistas rehúsan financiar los préstamos”.

En el año 1997 los llamados tigres asiáticos sufrieron una crisis económica, la cual surgió también por ejecutar las políticas del Fondo Monetario Internacional. Corea, Indonesia y Tailandia hicieron parte de este privilegiado club de países protegidos por los organismos multilaterales.

En el año de 1999, uno de los gigantes suramericanos como Brasil también sufrió su propia crisis financiera con casi las mismas causas recurrentes generadas por las políticas del Consenso de Washington y acelerada por los efectos de la fuerte devaluación del peso mexicano y la ausencia en el control en la cuenta de capitales. Las inversiones extranjera de portafolio sin control gubernamental a la entrada de capitales, genera lo que bautizaron los economistas como capitales golondrina.

Finalmente se menciona la suspensión del pago de la deuda externa de Argentina en enero de 2002 que generó una fuerte crisis económica-financiera en ese país, con impactos regionales. Después de varios años de negociación con los acreedores internacionales y en especial con el FMI, la economía argentina ha vuelto por la senda de la recuperación y crecimiento, pero asumiendo altos costos para su economía.

Para identificar cuáles han sido las fallas del mercado financiero internacional que han ocasionado las crisis económicas en algunos países del mundo (caso de los tigres asiáticos, Rusia, México, Brasil y Argentina) en la década de los noventa y la ausencia de regulaciones supranacionales para intervenir ese mercado global y corregir la falla de mercado, es procedente mencionar, bajo la óptica del análisis económico del derecho, algunos rasgos del caso argentino.

JOSEPH E. STIGLITZ¹⁶ escribe en su último libro un capítulo especial sobre la carga de la deuda y sobre el caso de Argentina dice:

“El capital es la base del capitalismo. Si queremos una economía de mercado globalizada, debemos tener mercados de capital globales que funcionen bien. Es evidente, sin embargo, que un elemento clave de los mercados de capital, el mercado de deuda, no ha funcionado bien, al menos desde el punto de vista de las economías de mercado emergentes.

Repetidamente, esos mercados acaban padeciendo aplastantes niveles de deuda, lo cual conduce a crisis que dan como resultado recesiones económicas y depresiones que redundan en un aumento de la pobreza. La crisis de Argentina ilustra el coste de gestionar mal la deuda, y la necesidad de reformar el sistema”.

De STIGLITZ se desprenden dos grandes conclusiones. La primera: hay un mercado, el de la deuda, base fundamental para el éxito y profundización de la globalización, que ha fallado recurrentemente ocasionando crisis financieras con altos costos de transacción para los estados soberanos (no sólo para los gobiernos, sino para la sociedad en su conjunto) y también para los acreedores tanto locales como globales.

La segunda: la ausencia de una política pública internacional e integral eficiente que intervenga el mercado cuando este falle. Lo que se tiene hoy son una serie de instituciones públicas mundiales cuyos incentivos para actuar cuando advienen estas crisis están focalizados a cautelar los intereses de un club de acreedores cuyos privilegios les da alcance para influir en el diseño y toma de decisiones para solventar el incumplimiento y moratoria en el pago de las obligaciones.

Finalmente, por la ausencia de una intervención regulatoria supranacional, los mismos mercados de manera fallida terminan presionando a los deudores soberanos a tomar decisiones ineficientes con impactos negativos sobre la economía tales como: incremento en las tasas de interés e impositivas, recorte de gasto social y desconocimiento de los derechos de propiedad de los agentes privados, generando altos costos de transacción en la solución a estas fallas de mercado. Con razón el profesor RONALD COASE establecía que un sistema económico eficiente era aquel que definía la titularidad y protegía los derechos de propiedad de los agentes económicos minimizando los costos de transacción.

Iniciando la década de los noventa Argentina adoptó una serie de reformas estructurales en su modelo de desarrollo económico, tales como:

1. Libre mercado
2. Venta de activos públicos (privatizaciones)
3. Desregulación
4. Recorte de impuestos para incentivar la inversión de capital privado
5. Reforma del estado
6. Creación de la ley de convertibilidad en donde se estableció el tipo de cambio atado al dólar

Sobre el segundo punto se señala las consecuencias de la venta de empresas estatales. La más importante es que el gobierno central mejora momentáneamente su flujo de caja mensual permitiendo honrar los compromisos de estado (pago de salarios y pensiones públicas y servir la deuda local y global), sacrificando la posibilidad de que estas empresas públicas generen recursos para los presupuestos oficiales a través de la transferencia de los excedentes financieros o utilidades de estas instituciones hacía el gobierno central.

Sobre el sexto punto y como parrilla de partida para entender las causas de esta crisis, STIGLITZ¹⁷ señala: *“Para combatir la inflación, el país vinculó su tipo de cambio al dólar americano. La estrategia funcionó y la inflación bajó, pero esa estrategia tenía sus riesgos: una economía internacional volátil requiere un frecuente ajuste de los tipos de cambio, cosa que el nuevo régimen económico argentino no se permitió. Las consecuencias llegarían en la siguiente década.*

Parafraseando a CARLOS EDUARDO LEÓN en *Argentina MARCHA A CAVALLO* Argentina convivía entre la hiperinflación y un crecimiento económico mediocre. Después de diversos y fallidos programas de ajuste durante la década anterior, el ministro de las finanzas del gobierno de CARLOS MENEM, DOMINGO CAVALLO, anunció en abril de

1991 la puesta en marcha de un paquete de medidas incluyendo uno, como el plan de convertibilidad y exitoso en principio en su objetivo anti – inflacionario.

De los autores citados se parte para sintetizar a continuación las causas de la crisis de Argentina:

1. La crisis económica de Asia y de Rusia (1997-1998) motivaron a inversionistas a ser conservadores al riesgo emergente. Se minó la confianza de los mercados hacía estas economías.
2. La crisis económica de Brasil (principal socio comercial de Argentina) tuvo como efecto que este país dejara el Crawling Peg y permitiera la libre flotación de su moneda. El Real – moneda de Brasil – se devaluó frente al dólar y el crecimiento económico cayó a 0.8% en 1999 y por ende el comercio entre estos dos estados del MERCOSUR se contrajo en ese mismo año.
3. El incremento en las tasas de interés de 2000 quebró la tendencia de recuperación. Esta medida generó la imposibilidad de expansión industrial por la vía del crédito bancario.
4. Inestabilidad política.
5. Incrementos impositivos a través de reformas tributarias.
6. Intervencionismo estatal a través de tipo de cambios diferenciales para diversas categorías de compradores o vendedores.
7. Mayor endeudamiento local y global, excediendo la capacidad del gobierno y de la economía para honrar el servicio de la deuda.
8. Retiros masivos de los depósitos bancarios.

9. Congelamiento de los depósitos bancarios. El gobierno tomó esa medida para financiar su gasto y pagar la deuda soberana.
10. Desconocimiento de los derechos de propiedad. El gobierno tomó decisiones administrativas tendientes a congelar los depósitos bancarios de los ahorradores, truncó la libertad económica para la compraventa de divisas e incumplió los contratos con empresas extranjeras relacionados con el desarrollo de la infraestructura del país.

Estas causas evidencian las fallas del mercado de deuda emergente, que incentivan decisiones perversas, lentas e ineficientes del mercado y de los deudores soberanos presionados por el mismo mercado global. Ese comportamiento desordenado se concreta en estos pasos demorados e ineficientes:

1. Bloqueo a préstamos.
2. Rescate y condicionalidad del FMI.
3. Depreciación de la moneda.
4. Cesación de pagos.
5. Desconocimiento de los derechos de propiedad

STIGLITZ¹⁸, sobre lo anotado, dice:

“Los acreedores privados suelen reclamar sus préstamos cuando la economía pasa por una crisis, justo cuando el gobierno necesita más capital. El FMI se creó en parte como reconocimiento a este fallo del mercado, pero en lugar de ofrecer más préstamos a Argentina, exigió que Argentina devolviese su deuda y afirmó que, si el país sudamericano quería que la institución renovase sus préstamos (en realidad que los prorrogase) tendría que aceptar sus condiciones –las mismas que, en

última instancia, tanto habían contribuido a la crisis–”.

En estos escenarios de quiebra soberana, los acreedores tienen tanto que perder como los mismos deudores soberanos. Basta mirar las consecuencias en los balances de estos agentes financieros: (tanto privados como públicos como el FMI y el Banco Mundial) 1. Más provisiones de cartera, 2. Posibilidad de enjugar pérdidas sacrificando utilidades y valor para los accionistas y 3. Imposibilidad acudir a un tribunal con jurisdicción y competencia con la facultad de librar mandamientos de pago contra un deudor soberano y dictar medidas cautelares como embargos sobre cualquier clase de activos.

Por eso el Fondo Monetario Internacional suele acudir a las presiones económicas y políticas para evitar a toda costa una cesación de pagos definitiva e imponer sus condiciones en los programas de ajuste. Por ello se puede concluir la importancia del entendimiento de la crisis de Argentina ya que puede ayudar a prevenir nuevas recesiones económicas, a replantear el funcionamiento de la arquitectura financiera internacional y diseñar mecanismos de reestructuración de deuda pública para aliviar situaciones de insolvencia soberana. A lo anterior se le puede sumar un fortalecimiento de la cooperación financiera internacional y la inclusión de una cláusula internacional que obligue a los deudores soberanos a respetar los derechos de propiedad.

Todo lo expuesto genera de inmediato la inquietud de cómo se debería abordar unas posibles soluciones a estas fallas evidenciadas en el mercado de la deuda soberana. Pero antes de abordar cualquier alternativa es procedente mencionar la regla general en la economía actual consistente en el poder

del mercado para dirigir las decisiones económicas de los diversos agentes participantes en la totalidad de las transacciones. Los precios, señales de orientación económica, por regla son establecidos por las interacción elástica o inelástica de las curvas de la demanda y oferta. Las preferencias del consumidor y la restricción de renta hacen parte de esta economía de mercado. Pero este mercado puede presentar fallas que motivan e incentivan la intervención del Estado.

Pero ¿Cuáles son las fallas del mercado?:

Externalidad

Información imperfecta o asimétrica

Abuso del monopolio o de la posición dominante

Cuando el mercado falla se justifica la intervención del estado para regular una situación económica o para ejercer control de precios o para activar funciones de policía administrativa en algún sector económico.

PINDYCK y RUBINFELD dicen que esas fallas de mercado a veces pueden resolverse por medio de la negociación privada, pero que en otras ocasiones es necesaria la intervención estatal, a través de asignación de impuestos o regulaciones gubernamentales.

En el mercado de la deuda emergente también se presentan fallas del mercado generadas con más rapidez, así como sus efectos se irrigan con mayor velocidad por la profundización de la globalización de los mercados financieros internacionales. Esas causas recurrentes se pueden sintetizar de la siguiente manera:

Impactos y efectos de crisis financieras de un deudor soberano con posibilidad de contagio regional o mundial por efectos de

la globalización económica. Lo anterior genera desconfianza de los mercados de capital sobre las economías emergentes disminuyendo el flujo de recursos financieros para el desarrollo o para solucionar problemas transitorios de liquidez o inconvenientes estructurales de solvencia económica. Ahí se identifica una externalidad negativa sobre los deudores soberanos inmersos en estas causas de desequilibrio macroeconómico.

La ausencia de políticas de medición y administración de riesgos crediticios soberanos por parte de los mismos estados prestatarios, de la banca internacional (tanto multilateral, como privada) o de un ente internacional de validación de la gestión de la deuda pública externa de países emergentes en vías de desarrollo y de los mismos gobiernos industrializados. En este escenario se está al frente de la falla de mercado de asimetría de información.

La ausencia de descentralización de Washington y Wall Street de recursos multilaterales y privados hacía bancos de desarrollo subregional y mercado de capitales profundos también regionales. Se presenta un mercado oligopólico en el sistema financiero mundial.

La eliminación de un cambio fijo a usanza de BRETÓN WOODS y la libre flotación de la tasa de cambio han ocasionado ataques especulativos a las monedas locales ocasionando pérdidas económicas a países en vía de desarrollo con vocación exportadora de productos tradicionales e importadores de tecnología y maquinaria. Además estos deudores soberanos son los llamados a soportar niveles de endeudamiento grandes denominados en la divisa americana.

La ausencia de un control estatal a los llamados capitales golondrina también contribuye a la generación de las crisis financie-

ras en las economías emergentes. Porque ni pensar en un impuesto al flujo de capitales.

Las negociaciones comerciales injustas en donde países desarrollados mantienen subsidios a sus producciones locales y exigen fuertes derechos de propiedad intelectual sobre las investigaciones financiadas con fondos públicos, haciendo menos competitivas las exportaciones de los países del tercer mundo.

La imposición de políticas económicas por parte de los organismos multilaterales de crédito para la concesión de los préstamos, en virtud de la cláusula de la condicionalidad, dirigidas a frenar la expansión monetaria y fiscal a través de políticas restrictivas bajo mandatos constitucionales de mantenimiento del poder adquisitivo de la moneda local ejercida por la banca central.

Enajenación de activos públicos productivos y ausencia de tributos a la remesa de utilidades de las corporaciones multinacionales (transferencia de recursos de países pobres a regiones ricas y desarrolladas)

Estas causas han generados efectos recurrentes en las economías emergentes como la imposibilidad de honrar el servicio de la deuda externa e interna con los diversos acreedores, destruyendo valor y productividad económica y aumentado los índices de desempleo y pobreza. A lo anterior le podemos sumar la imperiosa necesidad de cambiar la cultura gubernamental y corporativa sobre la deuda, sus fines esenciales y su administración.

Por ello es necesario estudiar una ley global de quiebras soberanas como una intervención supranacional para regular las fallas de este mercado de deuda emergente. ADÁN SMITH en la Riqueza de las Naciones señaló:

“En el caso de que llegase a ser indispensable para un Estado declararse insolvente, al modo como ocurre con un particular, sería, sin duda, menos indecoroso para el deudor, y menos perjudicial para el acreedor, que la declaración de quiebra se hiciese de una manera abierta y notoria”.

Por ello es necesario buscar una solución a las fallas de mercado por la ausencia de un Supra-Estado Global. Desde el inicio del auge del mercado crediticio internacional, 1974-1982, en donde el negocio bancario externo se enmarcó dentro de los parámetros de competencia imperfecta (oligopolio) y con un exceso de liquidez en los diferentes depósitos bancarios, lo cual permitió ampliar la colocación de la cartera crediticia en mercados diferentes a los que hasta esa época se consideraban tradicionales, pasando por la crisis de la deuda externa latinoamericana de los años ochenta del siglo XX y las crisis financieras de los noventa en países del sudeste asiático, Rusia y América Latina se ha evidenciado unas fallas recurrentes de los mercados financieros internacionales y una imperante necesidad sobre la creación de un mecanismo de intervención internacional que regule esas fallas de mercado.

El oligopolio, siguiendo a PINDYCK y RUBINFELD¹⁹ es “un tipo de estructura del mercado... en el que sólo hay unas cuantas empresas que compiten entre sí y no es posible la entrada de nuevas empresas. El producto que producen las empresas puede estar diferenciado, como en el caso de los automóviles, o no, como en el del acero. En las industrias oligopolísticas, el poder de monopolio y la rentabilidad dependen, en parte, de cómo se interrelacionan las empresas. Por ejemplo, si la interrelación es más cooperativa que competitiva, las empresas pueden cobrar precios muy superiores al coste marginal y obtener grandes beneficios”

Es procedente señalar de nuevo que los mercados competitivos (muchos oferentes y demandantes) es una de las condiciones necesarias para lograr la eficiencia de los mismos y promover la competencia. Pero este modelo es imperfecto y sujeto a contingencias o fallas de mercado.

Para el caso concreto de las fallas del mercado internacional de deuda pública, hay que señalar uno adicional llamado el riesgo moral. Esta falla es muy propia del mercado de seguros y se explica por la conducta del asegurado tendiente a asumir mayores riesgos que aumentan la posibilidad de siniestros, sólo por el hecho de tener una cobertura de seguro.

En el caso de los contratos de crédito celebrados entre instituciones financieras globales y gobiernos, la garantía soberana otorgada por los Estados deudores a sus acreedores lograron incentivar la consecución y colocación de nuevos préstamos, generando por esta vía un riesgo moral y sin tener en cuenta las condiciones macroeconómicas y financieras del deudor soberano, la capacidad de pago y la ineficiente labor o la no escuchada opinión de las agencias de calificaciones de riesgo país. Ahora bien, identificadas las fallas recurrentes de los mercados financieros mundiales a lo largo de esta investigación, se visualiza inmediatamente la necesidad de estudiar un mecanismo de intervención internacional para corregir esas fallas recurrentes de este mercado altamente especializado.

La doctrina consultada desde los años ochenta hasta hace pocos años recientes ha señalado la necesidad de este mecanismo de regulación internacional. El economista colombiano LUIS JORGE GARAY, ya mencionaba la "ausencia de un supra - estado" para dirigir este mercado externo de capitales.

El Nobel de economía, JOSEPH E. STIGLITZ en varias ocasiones ha planteado en esta problemática, más específicamente en dos de sus exitosos libros.

En *Los Felices Noventa* –la semilla de la destrucción²⁰– decía: *"Por ejemplo, por debajo de varias de las crisis, subyacía el hecho de que los países y las empresas habían pedido prestado al exterior más de lo que podían devolver. Cuando esto ocurre en Estados Unidos o en cualquier otro país industrializado avanzado, existen procedimientos de suspensión de pagos.*

En el siglo XIX, los deudores eran enviados a prisión: aunque esto no contribuía mucho a pagar lo que debían, al menos actuaba como fuerte incentivo para no pedir prestado demasiado.

Desde la crisis de la deuda de los ochenta, quedó claro que era necesario algún tipo de código internacional de suspensión de pagos como el que tenemos en Estados Unidos".

Es procedente señalar que la necesidad de regulación internacional para solucionar las fallas mencionadas de los mercados financieros debe partir de la estructuración de incentivos para que los países soberanos emergentes no pidan prestado más de lo que realmente puedan devolver y si responden a ese incentivo de manera racional, los mercados deberán recompensar a este deudor responsable con mejores condiciones financieras de tasas, comisiones y plazos en la colocación de los préstamos y líneas de crédito de rápido desembolso y libre disponibilidad.

Pero ese sistema de recompensas e incentivos debe ser de doble vía, o sea que los diferentes acreedores internacionales, tales como bancos multilaterales, inversionistas

institucionales, como tenedores de bonos, bancos comerciales y los mismos gobiernos desarrollados a la hora de colocar recursos en estos países deben tener los incentivos suficientes para no exceder esa colocación y ser recompensados por el mercado cuando por diferentes necesidades de financiamiento los países soberanos escojan a esos acreedores que prestaron recursos con los incentivos mencionados.

No hay duda que un buen sistema de incentivos y recompensas debe estructurarse con base a una política universal de riesgo crediticio soberano y a una política de capacidad de pago de los deudores soberanos. La primera es el análisis previo que debe haber al interior de la banca internacional sobre los posibles riesgos crediticios que se puedan concretar en un deudor soberano cuando este empieza a gestionar recursos del crédito externo.

Ese análisis debe ir acompañado de otros riesgos del entorno mundial tales como movimientos crecientes o decrecientes de las tasas de interés dominantes o de las fluctuaciones cambiarias, así como de las condiciones macroeconómicas de los países o regiones deudoras, como por ejemplo los flujos de inversión extranjera directa o el comportamiento de los principales productos de exportación de ese deudor soberano que indicarán si el país estará en la capacidad de devolver el principal e interés prestado.

La segunda se tiene que direccionar necesariamente en abandonar el riesgo moral dado por el otorgamiento de la garantía soberana de la nación, tal como pasó con la banca privada colombiana y latinoamericana que pasó de evaluar a sus clientes por la garantías reales otorgadas a las instituciones financieras al estudio del flujo de caja real dado por el interesado del crédito con

base a los estados financieros presentados, haciendo énfasis en el estado de resultados. O sea que el flujo de caja de los deudores soberanos dará información más completa sobre la real capacidad de pago del mismo, sin abandonar el otorgamiento de la garantía soberana que en últimas representa el compromiso de todo un Estado en pagar la deuda contraída.

Una tercera política a instituir es una central de información soberana financiera internacional, que puede ser administrada por las autoridades creadas al amparo del tratado internacional que cree una ley mundial de quiebras soberanas en donde se consigne la historia crediticia del país y así estimular más la política de incentivos y recompensas al interior del mercado. La teoría económica enseña que a mayor y transparente información mejor funcionan los mercados, así como un aumento de la falta de información o que esta sea imperfecta, los mercados fallarán aún más. Estos temas planteados, primero desnuda la falla de este mercado financiero y hace más evidente la necesidad de buscar mecanismos de intervención institucionales para solucionarla.

Además, sin pretender descalificar los efectos de las cláusulas de acción colectiva, este único mecanismo es totalmente egoísta porque está cimentado en tan solo los intereses económicos de los acreedores. Aunque la teoría económica establece que los agentes racionales en un mercado se caracterizan por ser egoístas y porque buscan maximizar sus beneficios, disminuyendo los costos y ampliando su utilidad, es importante no perder de vista el concepto de equilibrio en las relaciones contractuales y del mismo mercado, con base en criterios de equidad y justicia.

Es allí donde cobra su primera importancia una ley de quiebras internacionales. Pero para que sea totalmente aceptada por los acreedores internacionales es importante que esta ley genere los suficientes estímulos económicos en ellos y estos deben estar dados a que en una ley de quiebras soberanas aumenten los costos de transacción del mecanismo de las cláusulas de acción colectiva y disminuya sus beneficios. Si esto se origina, el acreedor tendrá el incentivo suficiente para aceptar una ley de quiebras soberanas.

La deuda social es realmente de difícil solución. Por lo pronto es procedente decir que una posible salida es la estructuración internacional de prelación de créditos, como lo establece la legislación civil colombiana.

Es importante mencionar quizá uno de los puntos cruciales de las limitaciones a la puesta en marcha de una ley de quiebras soberanas y es el relacionado con la soberanía económica, que será analizada más adelante. Por ahora se concluye que instituciones como el FMI en un proceso de quiebra no debe tener el rol de juez y parte a la vez.

El profesor KUNIBERT RAFFER²¹, establece la necesidad de regular las fallas del mercado de deuda externa en el sistema financiero internacional, lo siguiente:

“En las últimas semanas del año 2001 volvió a cobrar impulso una propuesta bastante antigua para resolver la crisis de la deuda de los países del Sur, a saber, aplicar los principios de los procesos nacionales de insolvencia a los Estados soberanos. Las recientes intervenciones (2001a, 2001b) de ANNE KRUEGER, en las que propuso “copiar” las leyes nacionales sobre insolvencia, constituyen una aportación muy valiosa al tema de la

gestión de la deuda. Su primer discurso en Washington parece haber sido la primera piedra que cae de un muro. Con el tiempo esta idea económicamente sensata ha cobrado credibilidad en Wall Street. Hablar de insolvencia ha dejado, por fin, de ser un tabú.

Analizadas estas posiciones, se pueden mencionar que la necesidad de crear un mecanismo de reestructuración de deuda soberana hace parte de los puntos esenciales en la reforma a la llamada arquitectura financiera internacional que se ha venido proponiendo al interior de los diferentes agentes de este mercado. Esa nueva arquitectura ha sido llamada, siguiendo a STEPHANY GRIFFITH – Jones como un bien público global, ya que la estabilidad de los mercados internacionales es el mejor instrumento para combatir la pobreza de los países en vías de desarrollo.

Se considera necesario mencionar dentro de este gran marco, la reciente crisis inmobiliaria –léase títulos subprime– acaecida hace más de un año al interior de los Estados Unidos y que desencadenó en la declaratoria de bancarrota de importantes firmas bancarias y de inversión tales como varias de ellas salvadas por la campana del gobierno federal.

Por ello, esta nueva falla de los mercados financieros lanza de nuevo un mensaje importante para la dirigencia de la llamada arquitectura financiera internacional, en el sentido de no abandonar las iniciativas de reformarla lanzadas en el epicentro de la crisis argentina y mundial de los finales de los años noventa.

Se puede concluir que estamos presente a casi las mismas fallas recurrentes que produjeron las crisis tanto de los años 80 y 90 del siglo pasado o sea bajonazos en los pre-

cios de los productos básicos de exportación de las economías emergentes contracción de la demanda externa por la desaceleración de la principal economía del mundo, posible cierre de los mercados financieros y riesgo de desequilibrio macroeconómico en las cuentas nacionales (déficit en la balanza de pagos y déficit fiscal).

Aunque las economías emergentes como la colombiana están blindadas frente a los riesgos mencionados es responsable decir que no se descarta la profundización de la crisis a nivel mundial subregional y local. Si esto pasara, de nuevo la arquitectura financiera internacional estaría de nuevo sin los instrumentos necesarios para afrontar posibles cesaciones de pagos de economías emergentes. Un instrumento que hoy no está vigente y es objeto de estudio de esta investigación es precisamente una ley mundial de quiebras soberanas.

Ahora, dejando atrás este pequeño pero necesario paréntesis, esas necesidades descritas por los citados autores y las posibles soluciones a la falla del mercado financiero internacional se deben enmarcar dentro de las limitaciones que se han venido señalando por encontrarse el problema justo al frente de unas fallas de un mercado internacional en donde es evidente la ausencia de una autoridad supra nacional, con jurisdicción y competencia para expedir actos jurídicos vinculantes y sujetos a un control judicial que regulen esas fallas recurrentes.

Pero no solo por la ausencia de una autoridad supraestatal, sino por la plena vigencia de los principios de soberanía y libre autodeterminación de los pueblos tan propios del derecho internacional y del actual modelo estatal predominante en la democracia moderna, sin desconocer los importantes avances de integración subregional, regio-

nal y comunitaria que el mundo ha venido experimentado desde la profundización de la globalización política y económica de las últimas décadas. Este tema constituye el principal punto de análisis que a continuación abordará la investigación.

Con el marco anterior de la necesidad de solucionar las fallas del mercado financiero internacional expuestas por los autores citados y por el análisis propio, se recuerda que en una economía doméstica los mercados fallan justificando la intervención estatal. En el ámbito nacional o local en un mismo territorio, hablamos de la intervención del Estado, como ente abstracto facultado por el ordenamiento jurídico de un país en particular. Al Estado, se le da, para efectos de entender esta problemática que se está empezando a plantear, una concepción política y jurídica, bajo la óptica analítica de la ciencia política y del derecho, más exactamente desde el derecho constitucional.

La política entiende al Estado como un medio para dirigir la voluntad de la sociedad y hacer que el hombre deje su estado de naturaleza por un pacto social. Sus principales orígenes lo encontramos en los Diálogos de Platón, más exactamente en la República, que establecía al Estado, como el escenario ideal en donde se satisfacían las necesidades espirituales del hombre. En el Zoon Politikon de Aristóteles y en la Ciudad – Estado en donde el hombre de manera natural crea la polis para su desarrollo como ser social. El hombre es un animal político.

Ahora, la jurídica, parte desde la vertiente del positivismo jurídico de HANS Kelsen, en donde el Estado es un sistema jerarquizado de normas cuya titularidad en el ejercicio del poder la dan las leyes. Los elementos constitutivos de un Estado independientemente del modelo- son el

territorio, población y gobierno. De ahí nace el concepto de Estado de Derecho, consistente en el sometimiento de la acción gubernamental a la leyes de la república y después el Estado Social de Derecho.

Ahora bien, es importante pasar a lo que va a generar el debate en esta investigación, muy especialmente en lo consistente que al conjugar los tres elementos constitutivos del Estado (territorio, población y gobierno) se da como resultado el concepto de soberanía, tan propio del derecho constitucional y del derecho internacional público. Esa soberanía adquiere total relevancia en muchos escenarios de la vida institucional de los Estados modernos.

Entonces a partir de este concepto se empieza a cimentar la principal limitación de la puesta en marcha de una ley internacional de quiebras soberanas, estatuto que necesariamente debe ser un tratado internacional sujeto a las normas del derecho internacional público y a las normas sustanciales y procedimentales de tipo constitucional de los Estados modernos. Ahora abordaremos el desarrollo de este principio, como se entiende bajo la óptica eminentemente jurídica, con la ayuda de la jurisprudencia constitucional colombiana, como está relacionada con el régimen económico y su relación directa con un mecanismo internacional de reestructuración de deuda soberana como solución a las fallas de los mercados externos de capital.

En efecto, la soberanía se expresa en el principio del derecho internacional conocido como el respeto a la libre autodeterminación de los pueblos. Este se entiende como determinar autónomamente su régimen de gobierno, en expedir sus propias leyes y definir su estructura en la administración de justicia y su modelo económico. De ahí

se desprende otra faceta del concepto general de soberanía: la soberanía económica, entendida como la facultad de ejercer el derecho señorial o de emisión de papel moneda y de definir que moneda legal es la que puede circular por el territorio nacional y de estructurar las funciones y organización de sus autoridades económicas en materia de planeación, banca central, presupuesto público, comercio internacional e intervención estatal en la economía.

La intervención estatal se puede ver reflejada en el diseño de políticas públicas o en la expedición de normas jurídicas regulatorias de mercado o por la misma producción de jurisprudencia. También se señala, que esas internas decisiones normativas de intervención pueden ser sujetas del control jurisdiccional nacional.

La intervención del Estado en la economía para corregir las fallas del mercado es una característica y expresión genuina de la soberanía económica de los Estados modernos. Entonces, instrumentos como la condicionalidad de los contratos de préstamos con los organismos multilaterales de crédito ¿son violatorios de esa soberanía?, y ¿cómo se puede conjugar este concepto ya ancestral, con una ley de quiebras soberanas?, cuando sabemos que en el derecho privado empresarial, una de las consecuencias de someterse a una ley de quiebras comerciales es la renuncia total o parcial en la dirección y administración empresarial de las sociedades comerciales sujetas a un régimen de salvamento económico con sus acreedores.

Ahora, es vital mencionar otra institución inmersa en este debate: el mercado. Este no sólo es una figura de los países, sino universal producto de la globalización y la integración económica y financiera. De esa

manera, ese mercado global también está compuesto por una curva de oferta y otra de demanda, por precios fijados por el mismo mercado y por fenómenos de elasticidad o inelasticidad de la oferta o demanda. También, presenta fallas. ¿Pero qué ente o entes, como un Estado - Nación, estaría facultado para intervenir y corregir las fallas del mercado externo?, ¿Qué clase de legitimidad democrática tendrían para ejercer sus funciones de intervención?

La discusión sobre la creación de una ley global de quiebras soberanas, debería abordarse desde la óptica de la intervención de una autoridad y procedimiento internacional para corregir las fallas de los mercados internacionales de deuda y cautelar las preguntas efectuadas en el párrafo anterior. En las siguientes líneas se estudiarán estas cuestiones para ver las realidades posibilidades para la puesta en marcha de una ley internacional de quiebras soberanas, teniendo en cuenta la ausencia del principio democrático que fundamenta la toma de decisiones en los órganos de representación del modelo Estado - Nación y el concepto de soberanía.

De acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional es importante ver la dimensión del concepto de soberanía y se tratará de conjugar este concepto con las realidades de los mercados financieros internacionales, sus fallas, la necesidad de encontrar soluciones a esas fallas recurrentes y las soluciones planteadas para dilucidar las reales limitaciones jurídicas para la puesta en marcha de un mecanismo de reestructuración de deuda soberana. A partir de las conclusiones que arrojará este análisis, se procederá a mencionar algunas de mercado para empezar a estructurar las conclusiones de este artículo.

Con el marco anterior como referencia y de acuerdo al procedimiento definido para estudiar el concepto de soberanía de manera integrada con las realidades económicas mundiales, se encuentra la sentencia de la Corte Constitucional: C-621 de 2001 con ponencia del magistrado MANUEL JOSÉ CEPEDA. En efecto en este pronunciamiento, la Corte procedió a estudiar el principio de soberanía de los Estados, de la siguiente manera:

“Según el artículo 9 de la Carta, la soberanía rige las relaciones internacionales del Estado colombiano, por lo cual todas las autoridades, en el ejercicio de sus funciones, están obligadas a respetarla y hacerla respetar. La cuestión de la que debe ocuparse ahora la Corte es la de la definición y el contenido de este principio cardinal de la política exterior.

Tal como lo señaló la Corte en 1992,

“la idea de soberanía nacional no puede ser entendida hoy bajo los estrictos y precisos límites concebidos por la teoría constitucional clásica. La interconexión económica y cultural, el surgimiento de problemas nacionales cuya solución sólo es posible en el ámbito planetario y la consolidación de una axiología internacional, han puesto en evidencia la imposibilidad de hacer practicable la idea decimonónica de soberanía nacional. En su lugar, ha sido necesario adoptar una concepción más flexible y más adecuada a los tiempos que corren, que proteja el núcleo de libertad estatal propio de la autodeterminación, sin que ello implique un desconocimiento de reglas y de principios de aceptación universal. Sólo de esta manera puede lograrse el respeto de una moral inter-

nacional mínima que mejore la convivencia y el entendimiento y que garantice el futuro inexorablemente común e interdependiente de la humanidad”.

De lo establecido por la Corte, se puede decir como primera conclusión que el principio de soberanía, tan propio del derecho internacional y del modelo democrático vigente, no es absoluto y puede tener límites justificados por la necesidad de respetar valores morales y colectivos, que pueden ser reconocidos objetiva y subjetivamente como superiores, tales como la dignidad del ser humano, la paz mundial, la democracia y la conservación de la especie humana. Pero en este análisis no se menciona como justificación para limitar la aplicación plena del principio de soberanía, aspectos relacionados con el funcionamiento de los mercados financieros internacionales.

Por ello es imperativo empezar a construir, ya sea desde la jurisprudencia o de la doctrina, un concepto justificativo para poder limitar el principio de soberanía y poner en vigencia una ley mundial de quiebras soberanas. Se propone, desde esta trinchera académica, que ese concepto sea el mantenimiento del orden económico mundial y el derecho de los pueblos a tener un desarrollo económico y social constante.

De acuerdo a la misma jurisprudencia, se rescata que el ejercicio de la soberanía implica el nacimiento de derechos y obligaciones para los Estados que son sujetos del derecho internacional y son iguales al interior del mismo. Y que en ejercicio de la misma soberanía y sin ningún tipo de injerencia pueden aceptar obligaciones en el derecho internacional siempre y cuando sean recíprocas y orientadas a garantizar la

convivencia pacífica y al fortalecimiento de relaciones de cooperación y ayuda mutua.

También es rescatable lo relacionado con la aceptación de que adquirir obligaciones internacionales no compromete la soberanía, así como el reconocimiento de que no se puede invocar la soberanía para retractarse de obligaciones válidamente adquiridas y que el ejercicio de la soberanía está sujeto al derecho internacional, ya que son los Estados los creadores del derecho internacional.

Lo anterior quiere decir, en principio, que un tratado internacional que cree un sistema legal vinculante de reestructuración de deuda soberana tiene que garantizar el fortalecimiento de las relaciones entre los Estados que suscriban o se adhieran al tratado con base en la aplicación de los principios de cooperación y ayuda mutua y que al asumir las obligaciones derivadas de un tratado de esta naturaleza no se compromete la soberanía y que no se puede invocar este principio para retractarse de obligaciones internacionales válidamente adquiridas.

Bajo este marco, serán los respectivos tribunales constitucionales del mundo que al amparo del control constitucional los que dirán que la suscripción y adhesión a este tratado internacional de contenido económico cumple con los postulados de reciprocidad y la garantía de la convivencia pacífica entre los pueblos y el fortalecimiento de la cooperación y ayuda mutua.

Pero es importante señalar que estos principios tan propios del derecho internacional público son dables entre Estados, pero cuando intervienen agentes económicos privados, racionales como los acreedores financieros internacionales se vuelve difícil el cumplimiento de estos valores. Una solución posible estaría dada en vincular a los

Estados suscribientes y adherentes al tratado con la autoridad y procedimientos creados para administrar las quiebras soberanas, ya que esa autoridad sería un sujeto del derecho internacional, no primaria como los Estados, sino derivada y creada por esos mismos Estados.

Siguiendo con el estudio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, se encuentra la C-644 de 2004 con ponencia del magistrado RODRIGO ESCOBAR GIL que aborda el estudio de constitucionalidad de la Ley 846 de 2003 que aprobó el protocolo adicional al Acuerdo de Cartagena establece:

“En los artículos 9º, 226 y 227 de la Carta Fundamental, se establece la obligación que le incumbe al Estado colombiano de promover hacia la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas, en aras de impulsar el fortalecimiento de los procesos supranacionales de integración sobre bases de equidad, reciprocidad, igualdad y conveniencia nacional.

Adicionalmente, en las disposiciones previamente reseñadas, se prevé la posibilidad de crear organismos supranacionales, con la finalidad de acelerar los procesos de integración que permitan una consolidación política y económica de la Comunidad Latinoamericana de Naciones. Sin embargo, la validez de dichos procesos de integración suponen el acatamiento de los principios generalmente aceptados de derecho internacional, los cuales propenden por la eliminación de la fuerza y la ocupación, en aras de consolidar el respeto por la soberanía e independencia política de cada Estado y, por ende, de su derecho a la libre autodeterminación (C.P. art. 9º).

De lo dicho por la Corte, se destaca el mandato constitucional para el Estado colombiano de promover la internacionalización de la economía nacional y que un medio para acelerar la integración, por lo pronto en el ámbito latinoamericano es la creación de organismos supranacionales, pero su validez, a juicio de la Corte, está dado por el acatamiento de los principios generalmente aceptados de derecho internacional, los cuales eliminan la fuerza y la ocupación, en aras de consolidar el respeto por la soberanía e independencia política de cada Estado y, por ende, de su derecho a la libre autodeterminación.

O sea que la relación entre Estados, como sujetos del derecho internacional es de pares y se elimina totalmente la posibilidad de que un Estado pueda someter a otro. De esta conclusión se puede decir que hace falta definir por la jurisprudencia y la doctrina si el principio de *par in parem non habet imperium* sería aplicable entre un Estado y un organismo supranacional dotado de autoridad, jurisdicción y competencia para regular las fallas del mercado financiero internacional a través de la aplicación de una ley internacional de quiebras soberanas.

Más aún, es importante preguntarse si el contenido sustancial y procesal de esta ley podría significar el sometimiento de tipo económico de un Estado a este mecanismo de reestructuración de deuda soberana.

En la misma sentencia, la Corte establece un mandato imperativo para los órganos del Estado que dirigen las relaciones internacionales y para todo el aparato estatal que consiste en que al momento de negociar o asumir un compromiso internacional el gobierno nacional y el Congreso de la República en el ámbito de sus competencias deben

verificar el contenido del tratado, para que en lugar de poner en riesgo las instituciones esenciales del ordenamiento jurídico nacional, promoció su desarrollo.

Lo anterior es lo que la Corte ha llamado "El ideal normativo que preside las relaciones internacionales del Estado".

La misma Corte, establece que cualquier tratado de integración o de contenido económico debe pasar por una dura prueba de control jurisdiccional que se ha llamado por la jurisprudencia colombiana como "El test de constitucionalidad" de un tratado internacional. Este test consiste en que ese tratado si desconoce el principio de soberanía popular y los valores esenciales de la cláusula del Estado Social de Derecho contenido a lo largo de la parte dogmática de la Constitución, no puede superar jamás el test de constitucionalidad.

La más reciente jurisprudencia sobre tratados de contenido económico que expidió la Corte Constitucional fueron las sentencias C 750 de 2008 con ponencia de la magistrada CLARA INÉS VARGAS sobre la Ley 1143 de Julio 4 de 2007 que aprobó el Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América, sus cartas adjuntas y sus entendimientos suscritos en Washington en el mes de noviembre de 2006 y la C 751 de 2008 con ponencia del magistrado MANUEL JOSÉ CEPEDA que declare exequible la Ley 1166 de noviembre 21 de 2006 que aprobó el protocolo modificatorio al Acuerdo de Promoción Comercial entre Colombia y los Estados Unidos de América suscrito en Washington en el mes de junio de 2007 y la carta adjunta firmada también en la misma fecha.

La Corte, de acuerdo a la información que difundió ante la opinión pública, deci-

dió estudiar de manera conjunta las leyes aprobatorias del tratado de libre comercio con los Estados Unidos y el Protocolo Modificatorio de éste. Se decidió de manera separada sobre el Acuerdo y el Protocolo, pero su estudio y análisis se hizo de manera simultánea.

De acuerdo a la decisión de la Corte en el estudio de cualquier tratado internacional de contenido económico siempre protegerá la supremacía de la Constitución y la protección de los derechos fundamentales y estableció como doctrina interpretadora del derecho la defensa de los poderes públicos para que en virtud de un tratado internacional no se limiten o eliminen las competencias de las diferentes ramas que conforman el poder público en Colombia y de todos sus órganos autónomos creados en la Constitución, tal como el Banco de la República. Ordena la Corte a ella misma y a todos los poderes en Colombia actuar bajo el marco de los mandatos constitucionales vigentes y que el desarrollo y aplicaciones del tratado de libre comercio de Colombia con los Estados Unidos podrán ser objeto de control judicial.

Pero esta jurisprudencia entrega un ingrediente adicional fundamental para el futuro análisis y juicio constitucional de futuros tratados de contenido económico, incluyendo el de la creación de una ley internacional de quiebras soberanas si en algún momento la comunidad internacional decidiera la puesta en marcha de este instrumento para regular las fallas del mercado financiero internacional.

En efecto, ese extra consiste en el control constitucional abstracto por el especial contenido del tratado y de su protocolo modificatorio. Lo anterior señala que la Corte frente a fundamentales negociaciones co-

merciales de importancia geopolítica para el país puede adoptar decisiones jurisprudenciales coadyuvantes para la posición del Estado colombiano como un todo frente a la comunidad internacional a través de la definición de un estudio de exequibilidad abstracto como pasó con el Tratado de Libre Comercio entre Colombia y los Estados Unidos.

Otro punto fundamental de este análisis jurisprudencial acerca del concepto de soberanía como punto fundamental de la limitación para la puesta en marcha de una ley de quiebras soberanas es el relacionado con la soberanía económica. De acuerdo a decisiones emanadas de la Corte Constitucional, como las sentencias C 021 y C 024 de 1993 la soberanía económica se entiende como la libre autodeterminación de los pueblos de decidir qué tipo de régimen económico y de hacienda pública adoptan y que órganos tienen la facultad constitucional de decidir y desarrollar el contenido del mismo. Como parte fundamental de esta autonomía se encuentra la soberanía monetaria.

En el caso colombiano, le corresponde a la misma Constitución y al Congreso de la República definir y desarrollar de la manera más general el contenido económico y el modelo de desarrollo colombiano en temas claves como la definición del curso legal de la moneda en la economía, las facultades y competencias de la autoridad monetaria, crediticia y cambiarias, el régimen de intervención económica y de hacienda pública, incluyendo la política fiscal y la planeación del desarrollo, así como la definición normativa de mercados tan importantes para la confianza pública en el sistema económico como lo es el financiero, de valores y asegurador, para mencionar algunos casos. El gobierno nacional a través de los diferentes

institutos técnicos adscritos y vinculados a la administración pública termina por reglamentar y ejecutar esos grandes temas económicos.

Estas competencias las ejercen de manera soberana los órganos instituidos por el mismo ordenamiento jurídico en virtud del principio de participación democrática que el pueblo ejercer a través del sistema electoral creados para estos fines. Así que con representación y participación se legitima desde la democracia la soberanía económica y monetaria de la nación.

Con este marco se pueden responder las preguntas formuladas anteriormente y relacionadas con los instrumentos como la condicionalidad de los contratos de préstamos con los organismos multilaterales de crédito y se recuerdan: ¿son violatorios de esa soberanía?, y ¿cómo se puede conjugar este concepto ya ancestral, con una ley global de quiebras soberanas?

En principio, se puede decir en el escenario de las condicionalidad de los contratos de préstamos con los organismos multilaterales en especial con los del Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial que en principio esa cláusula es violatoria del principio de soberanía y más específicamente con el de soberanía económica.

Si se recuerda el caso colombiano cuando el Ministro de Hacienda y el Gerente del Banco de la República del año 1999 suscribieron a nombre de la República de Colombia un acuerdo de facilidades extendidas con el FMI para acceder a recursos del organismo y su aval con el fin de financiar los desequilibrios financieros de la balanza de pagos ocasionados por la recesión económica vivida en esos años finales de los noventa en Colombia, América Latina y el mundo entero. En virtud del acuerdo

celebrado, Colombia se comprometió con el organismo multilateral a llevar a cabo una serie de acciones de política económica que incluían reformas a la Constitución y varias Leyes de la República que fueron recomendadas desde Washington. Los desembolsos de los recursos estuvieron siempre condicionados al cumplimiento de las políticas acordadas con el Fondo.

De acuerdo con la jurisprudencia estudiada en los párrafos precedentes el ejercicio de la soberanía implica el nacimiento de derechos y obligaciones para los Estados sujetos del derecho internacional y son iguales al interior del mismo. Bajo el marco de la soberanía y sin ningún tipo de injerencia pueden aceptar obligaciones en el derecho internacional siempre y cuando sean recíprocas y orientadas a garantizar la convivencia pacífica y al fortalecimiento de relaciones de cooperación y ayuda mutua.

También es rescatable lo relacionado con la aceptación de que adquirir obligaciones internacionales no compromete la soberanía, así como el reconocimiento de que no se puede invocar la soberanía para retractarse de obligaciones válidamente adquiridas. El ejercicio de la soberanía está sujeto al derecho internacional y son los Estados los creadores del derecho internacional.

A lo anterior se le puede sumar los futuros efectos de la aplicación práctica de la cláusula de condicionalidad, que en el caso colombiano fueron positivos porque el país recuperó la confianza de los mercados y se revirtió la tendencia negativa de crecimiento por unas tasas constantes de generación de riqueza iguales al 4%, de acuerdo a las cifras del DANE en los últimos años. Pero de Argentina y de los llamados tigres asiáticos no se puede predicar lo dicho en el caso colombiano, ya que las acciones de política

económica recomendadas por el FMI para estos países en virtud de la condicionalidad fueron negativas y así fue reconocido por la comunidad financiera internacional.

En lo que tiene que ver con la posibilidad de conjugar el principio de soberanía con un tratado que cree una ley global de quiebras soberanas y las implicaciones de un régimen de insolvencia privada sobre la administración del ente económico se establece que el paradigma en donde los entes públicos no se quiebran, contando con recursos fiscales ilimitados y se acabó por la experiencia de las crisis económicas estudiadas a lo largo de la investigación.

La experiencia vivida en Colombia a finales de los años noventa del siglo XX también aporta al cambio de paradigma en este aspecto cuando muchos departamentos y municipios entraron en bancarrota por los altos niveles de endeudamiento y por la caída de sus ingresos fiscales producto de la recesión económica nacional y de la mala administración.

Por ello en la Ley 550 de 1999 se incluyó la posibilidad de que estos entes territoriales firmaran acuerdos de reestructuración de pasivos con sus acreedores, especialmente bancarios, liderados por la Dirección de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público de Colombia.

Si estos entes administrativos de menor categoría administrativa y política al interior de un Estado, ¿porqué el Gobierno Nacional no puede ser sujeto de estos mecanismos de reestructuración de deuda con sus acreedores? Además, el capítulo 9 de la ley de quiebras americanas faculta a las municipalidades de ese país a llevar a cabo procesos de reestructuración de pasivos con los acreedores de esos entes públicos.

Segundo, la jurisprudencia constitucional estudiada arroja interesantes conclusiones definidas en que el principio de soberanía en las democracias modernas no es absoluto y que se puede conjugar con tratados de derecho internacional siempre y cuando estos se basen en relaciones de cooperación y reciprocidad y que la misma soberanía no faculta a los Estados a sustraerse en el cumplimiento de obligaciones internacionales válidamente contraídas. A lo anterior le sumamos el control previo y abstracto que puede definir la Corte Constitucional al entrar estudiar un tratado internacional de esta naturaleza y que podría facilitar la exequibilidad del mismo.

Finalmente, los procesos de insolvencia empresarial privada deben ser vistos por la comunidad internacional de una manera radicalmente diferente a las quiebras soberanas. En el sector privado si tiene validez la toma de la dirección empresarial por parte de la junta de acreedores, pero en un escenario de reestructuración de deuda soberana en virtud de los principios democráticos de participación y representación, la autoridad internacional competente y creada por el tratado, como árbitro entre los intereses de los acreedores y deudores deberá acompañar la toma de decisiones en el proceso de reestructuración respectivo.

Bajo el marco anterior, como es la parte formal establecida en la Constitución Política de Colombia para que un tratado internacional entre hacer parte del ordenamiento jurídico. En efecto, el Presidente de la República actuando como Jefe de Estado dirige las relaciones internacionales y puede negociar y celebrar con otros Estados y entidades de derecho internacional tratados o convenios que se someterán a la aprobación del Congreso.

Una vez suscrito por el gobierno de Colombia el respectivo tratado o convenio constitutivo que da origen a una nueva institución de derecho público internacional o crea un nuevo sistema internacional o modifica uno existente, es presentado a través del Ministerio de Relaciones Exteriores y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (si se está al frente de un tratado de contenido económico-fiscal) al Congreso de la República (entrando por la Comisión Segunda Constitucional Permanente del Senado) para que inicie su trámite legislativo constitucional para ser aprobado o improbad.

Si es aprobado, el Presidente de la República lo sancionara y durante los seis (6) días siguientes a la firma lo envía a la Corte Constitucional para que esta se pronuncie sobre la exequibilidad del tratado y de la ley aprobatoria. Si la Corte Constitucional las declara constitucionales, el gobierno podrá efectuar el canje de notas.

Si son declarados en su totalidad inexecutable, el tratado no será ratificado. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento, formulando la correspondiente reserva.

Este procedimiento, a juicio del investigador es el valido para la entrada en vigencia en el ordenamiento jurídico nacional de un instrumento internacional de reestructuración de deuda soberana, sin desconocer la doctrina imperante y reciente dada por la Corte Constitucional en virtud de la reciente exequibilidad del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos y relacionada con el estudio previo y abstracto de tipo constitucional que hiciera el alto tribunal para tomar su decisión, ya

que dependiendo de las circunstancias de tiempo, modo y lugar una Corte que realice el control constitucional a un tratado de esta naturaleza deberá a tener en cuenta al momento de dar su veredicto final.

Ahora, bajo el análisis económico del derecho, la puesta en marcha de un mecanismo mundial para reestructurar deudas soberanas tampoco está exenta de problemas. NOURIEL ROUBINI²² en un estudio hecho para el BBVA llamado la implicación del sector privado en la resolución de la crisis y en la reestructuración de la deuda soberana estableció lo siguiente:

"Más bien, el foco de atención recae en saber cuál podría ser el sistema de reestructuración ordenada de la deuda soberana adecuado a estos casos insostenibles. En esencia, tenemos tres sistemas/opciones alternativas a considerar. En primer lugar, el mantenimiento del sistema de status quo en el cual se han llevado a cabo con éxito varias reestructuraciones de deuda soberana. Pakistán, Ecuador, Ucrania y Rusia mediante el uso de ofertas de canje unilaterales... en segundo lugar el cambio hace un sistema de enfoque contractual donde las cláusulas de acción colectiva (CACS) se introduzcan en la mayor parte de los contratos de deuda y se utilicen para lograr estructuraciones de la deuda".

Sobre lo dicho por ROUBINI, se concluye que el primer punto de este análisis, o sea la oferta unilateral de canje es un mecanismo del mismo mercado, sin intervención de una autoridad "supraestatal" como lo establecía GARAY en su estudio sobre la iniciativa BRADY y la crisis de la deuda externa en América Latina de los años ochenta del siglo XX.

Este mecanismo no lo sería para corregir la falla del mercado financiero internacional que ocasiona el default y la respectiva crisis y el efecto contagio. Además por la reciente crisis financiera de los EEUU (subprime) quedó una vez más demostrado que los mercados no son perfectos, fallan y producen daños económicos y sociales de gran proporción y justifican la intervención del Estado para solucionar el error. Lo anterior ocasiona una vez más lo vivido en el pasado, o sea que las utilidades de la banca de privatizan y sus pérdidas son socializadas en virtud del principio de la confianza pública en el sistema financiero y termina el contribuyente pagando con sus impuestos las imperfecciones del mercado.

La segunda propuesta de ROUBINI relacionada con fijar arreglos contractuales a través de la estipulación de cláusulas de acción colectiva en los contratos de préstamos soberanos, sería una negociación privada para así corregir las fallas del mercado, mecanismo válido de acuerdo a lo dicho por PINDYCK y RUBINFELD. En este caso, sólo bastaría la expresión de la libre autonomía de la voluntad y el consentimiento (sin ningún tipo de vicios en su formación, para evitar futuras acciones legales de nulidad y validez de los respectivos contratos) para incluir acuerdos contractuales que servirían de instrumento para solucionar las fallas de los mercados financieros mundiales.

Por lo pronto, sigue ROUBINI²³

En tercer lugar, el diseño de un nuevo "régimen jurídico" mediante el cual crear un sistema de derecho concursal para la deuda soberana, con el fin de utilizarlo después en las reestructuraciones de dicha deuda. Este último sistema (denominado Mecanismo de Reestructuración de Deuda Soberana o

MRDS) acaba de ser propuesto en fechas muy recientes por ANNE KRUEGER, la Subdirectora Ejecutiva del FMI".

Esta última propuesta de ROUBINI, es la típica forma de intervención estatal para corregir las fallas de un mercado específico y tan aceptado en el manejo de la política económica de un país. Para ir concluyendo, sería la propuesta más sensata pero a su vez limitada desde el punto jurídico en sus aspectos sustanciales y de su posible dificultad de colocarlo en vigencia a nivel mundial por la aplicación de los principios democráticos y constitucionales de soberanía y libre autodeterminación de los pueblos, aceptados y acatados actualmente por toda la comunidad internacional.

Por ello y por ahora se dice con todo el respaldo argumentativo de lo dicho a lo largo de la investigación que la puesta en marcha y la futura entrada en vigencia de una ley mundial de quiebras soberanas tendrá que pasar un duro examen constitucional y político al interior de los Estados que suscriban o se adhieran al tratado que cree dicha ley. Este proceso podrá durar la mitad o más de una década lo que lo haría ineficiente y lento frente a las velocidades de la génesis, desarrollo y contagio de las crisis económicas y de la deuda pública externa en el escenario internacional.

CONCLUSIONES

De acuerdo a todo lo expuesto a lo largo de este artículo, a continuación y en breve las principales conclusiones de la investigación:

1. El demorado proceso de negociación de la deuda externa, ha puesto en evi-

dencia una falla del mercado financiero internacional, que justifica el estudio de varias propuestas para corregir esa falla estructural. Además las economías se encuentran expuestas a procesos cíclicos que demandan soluciones nuevas para crisis recurrentes.

Una de ellas es la viabilidad de crear una ley global de quiebras soberanas, que reduzca costos financieros y macroeconómicos, que logre la ecuación contractual de equilibrio en la relación de acreedores y deudores soberanos y motive la toma de decisiones eficientes con la generación de incentivos, estímulos, recompensas y beneficios mutuos.

2. Con la ausencia de un mecanismo ordenado y justo de reestructuración de deuda soberana, estas fallas del mercado financiero internacional se acentúan aún mas y sin intervencionismo para corregir el mercado, los costos crecen, los beneficios se anulan y la ineficiencia económica hace que éstos procesos se lleven a cabo de manera desordenada, con información asimétrica y trasladando dichas ineficiencias al conjunto de la sociedad del país que a través de impuestos y recortes en los gastos públicos de contenido social terminan corrigiendo el mercado.

Por ello, la importancia de las propuestas efectuadas por la alta dirección del FMI y por sectores de la academia de crear un mecanismo de reestructuración de deuda soberana.

3. La investigación arrojó los verdaderos fundamentos de la globalización económica, que son: El sistema financiero internacional y la organización mundial del comercio y las regulaciones supranacionales, incluyendo la condicionalidad,

como mecanismo de intervención en las políticas macroeconómicas de los Estados

4. Se concluye la viabilidad de estudiar la posibilidad de que sean los mismos estados -como fuentes primarias del derecho internacional – los llamados a crear una ley global de quiebras soberanas.
5. Se concluye que la gran modalidad imperante antes de la llegada de la crisis de la deuda pública externa de América Latina de los años ochenta del siglo XX para la colocación de la cartera por parte de estos bancos comerciales internacionales en deudores soberanos es la del crédito sindicado o "consorcio". La decisión siempre deberá consultar la racionalidad económica de los Estados, o sea, bajar los costos del financiamiento para maximizar las utilidades buscadas con la consecución de los recursos del crédito externo.
6. Se concluye también que hay un mercado, el de la deuda, base fundamental para el éxito y profundización de la globalización, que ha fallado recurrentemente ocasionando crisis financieras con altos costos de transacción para los estados soberanos y también para los acreedores tanto locales como globales. Pero también se evidencia la ausencia de una política pública internacional eficiente que intervenga el mercado cuando este falle. Lo que se tiene hoy son una serie de instituciones públicas mundiales cuyos incentivos para actuar cuando advienen estas crisis están focalizados a cautelar los intereses de un club de acreedores cuyos privilegios les da alcance para influir en el diseño y toma de decisiones para solventar el incumplimiento y moratoria en el pago

de las obligaciones externas por parte de los deudores soberanos.

La ausencia de una intervención regulatoria supranacional, los mismos mercados de manera fallida terminan presionando a los deudores soberanos a tomar decisiones ineficientes con impactos negativos sobre la economía tales como: incremento en las tasas de interés e impositivas, recorte de gasto social y desconocimiento de los derechos de propiedad de los agentes privados, generando altos costos de transacción en la solución a estas fallas de mercado. Con razón el profesor RONALD COASE establecía que un sistema económico eficiente era aquel que definía la titularidad y protegía los derechos de propiedad de los agentes económicos minimizando los costos de transacción.

7. Se concluye la importancia del entendimiento de la crisis de Argentina ya que puede ayudar a prevenir nuevas recesiones económicas, a replantear el funcionamiento de la arquitectura financiera internacional y diseñar mecanismos de reestructuración de deuda soberana para aliviar situaciones de insolvencia soberana. A lo anterior se le puede sumar un fortalecimiento de la cooperación financiera internacional y la inclusión de una cláusula internacional que obligue a los deudores soberanos a respetar los derechos de propiedad
8. Se concluye el manejo dado por las autoridades nacionales durante la maduración y solución de la crisis colombiana de finales de siglo y hasta la finalización del acuerdo con el FMI, no hubo necesidad de desembolsar estos recursos, debido a los impactos positivos de las medidas adoptadas por las autoridades

económicas que tuvieron continuidad con la llegada del gobierno del presidente ÁLVARO URIBE VÉLEZ en 2002.

Lo anterior denota que a pesar de la generalidad de los efectos negativos de las decisiones tomadas por el FMI para los países emergentes en virtud del Consenso de Washington (adoptadas por Colombia) y para los casos de las crisis financieras de los países del sudeste asiático, Rusia y los gigantes latinoamericanos, el caso de Colombia se apartó de tales efectos.

9. En el mercado de la deuda emergente también se presentan fallas del mercado generadas con más rapidez, así como sus efectos se irrigan con mayor velocidad por la profundización de la globalización de los mercados financieros internacionales.
10. Teniendo en cuenta lo expresado a lo largo de esta investigación y después de haber recorrido cronológicamente las diferentes problemáticas en la gestión y administración de la deuda externa y de la política económica de países emergentes o en vías de desarrollo y de haber efectuado un análisis jurídico de la misma, se concluye la necesidad de estudiar la viabilidad jurídica una ley global de quiebras soberanas.

Pero no sólo a su viabilidad, se pueden direccionar las conclusiones, sino a la ausencia de una autoridad supraestatal con las competencias para intervenir cuando se generen las fallas en los mercados financieros y de deuda pública externa hoy más integrados por la globalización económica.

Ahora, tampoco se reducen a su viabilidad y ausencia, también a su imperante necesidad de construir esta regulación

mundial, pero teniendo en cuenta las diáfanas limitaciones inmersas en el modelo de Estado – Nación y los conceptos clásicos de la noción de Estado tales como soberanía y territorialidad.

Todas estas relevantes conclusiones se evidenciaron en una primera instancia cuando se abordó el estudio del conocimiento y estructura de la llamada arquitectura financiera internacional, de los fundamentos de la globalización económica y de los organismos que la componen, tales como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial para citar sólo dos ejemplos. Pero se acentuaron cuando se analizó la crisis de la deuda externa latinoamericana de los años ochenta del siglo XX, las crisis financieras de los felices noventa de los países del sudeste asiático, Rusia y de algunos de América Latina y especialmente el estudio del caso colombiano y acerca de los instrumentos jurídicos vigentes y universalmente conocidos como la moratoria en el pago de capital, moratoria en el pago de intereses, la suspensión del pago de la deuda, el roll over, el refunding y el canje de la deuda y todos los procesos de renegociación y reestructuración.

LUÍS JORGE GARAY, ya lo anticipaba en agosto de 1989 bajo la tormenta de la crisis de la deuda externa de América Latina de ese mismo decenio. Lo que no imaginó es que en unos años posteriores la crisis volvería a mostrar su cara, con casi idénticas causas y fallas recurrentes del mercado financiero mundial, pero una vez más con la ausencia de la ley internacional de quiebras soberanas.

11. Analizadas estas posiciones, se pueden mencionar que la necesidad de crear

una ley mundial de quiebras soberanas hace parte de los puntos esenciales en la reforma a la llamada arquitectura financiera internacional que se ha venido proponiendo al interior de los diferentes agentes de este mercado. Esa nueva arquitectura ha sido llamada, con buen criterio, por STEPHANY GRIFFITH – Jones como “*un bien público global*” y explica que la “*estabilidad y la eficacia de las finanzas internacionales constituyen un bien público muy importante con especial significado para las personas pobres que viven en países en vías de desarrollo y economías emergentes*”.

12. Es procedente señalar la importancia de que al interior de los acreedores de los deudores soberanos se regule el riesgo moral que se explica en este mercado de deuda externa precisamente por las garantías soberanas extendidas en los préstamos cuya señal de la imposibilidad del no pago por parte de un Estado hace que esos proveedores de recursos financieros aumenten sus colocaciones de crédito, sin tener en cuenta la capacidad de pago de los gobiernos y sus respectivos excesos de endeudamiento público, tanto interno como externo
13. Se concluye que puede haber limitaciones de tipo constitucional de acuerdo a jurisprudencia estudiada para la entrada en vigencia de una ley global de quiebras soberanas.
14. Pero también se concluye de manera categórica que el principio de soberanía, tan propio del derecho internacional y del modelo democrático vigente, no es absoluto y puede tener límites justificados por la necesidad de respetar valores morales y colectivos, que pueden ser reconocidos objetiva y subjetivamente como superiores, tales como la digni-

dad del ser humano, la paz mundial, la democracia y la conservación de la especie humana. Pero en este análisis no se menciona como justificación para limitar la aplicación plena del principio de soberanía, aspectos relacionados con el funcionamiento de los mercados financieros internacionales.

Por ello es imperativo empezar a construir, ya sea desde la jurisprudencia o de la doctrina, un concepto justificativo para poder limitar el principio de soberanía y poner en vigencia una ley mundial de quiebras soberanas. Se propone, desde esta trinchera académica, que ese concepto sea el mantenimiento del orden económico mundial y el derecho de los pueblos a tener un desarrollo económico y social constante.

15. Otra conclusión importante es que un tratado internacional que cree una ley global de quiebras soberanas tiene que garantizar el fortalecimiento de las relaciones entre los Estados que suscriban o se adhieran al tratado con base en la aplicación de los principios de cooperación y ayuda mutua y que al asumir las obligaciones derivadas de un tratado de esta naturaleza no se compromete la soberanía y que no se puede invocar este principio para retractarse de obligaciones internacionales válidamente adquiridas.

Bajo este marco, serán los respectivos tribunales constitucionales del mundo que al amparo del control constitucional los que dirán que la suscripción y adhesión a este tratado internacional de contenido económico cumple con los postulados de reciprocidad y la garantía de la convivencia pacífica entre

los pueblos y el fortalecimiento de la cooperación y ayuda mutua.

16. De esta conclusión se puede decir que hace falta definir por la jurisprudencia y la doctrina si el principio de *par in parem non habet imperium* sería aplicable entre un Estado y un organismo supranacional dotado de autoridad, jurisdicción y competencia para regular las fallas del mercado financiero internacional a través de la aplicación de una ley internacional de quiebras soberanas. Más aún, es importante preguntarse si el contenido sustancial y procesal de esta ley podría significar el sometimiento de tipo económico de un Estado a este mecanismo de reestructuración de deuda soberana.

17. También se concluye que se debe orientar el establecimiento de un mandato imperativo para los órganos del Estado que dirigen las relaciones internacionales y para todo el aparato estatal que consiste en que al momento de negociar o asumir un compromiso internacional el gobierno nacional y el Congreso de la República en el ámbito de sus competencias deben verificar el contenido del tratado, para que en lugar de poner en riesgo las instituciones esenciales del ordenamiento jurídico nacional, promocióne su desarrollo. Lo anterior es lo que la Corte ha llamado "*El ideal normativo que preside las relaciones internacionales del Estado*"

La misma Corte, establece que cualquier tratado de integración o de contenido económico debe pasar por una dura prueba de control jurisdiccional que se ha llamado por la jurisprudencia colombiana como "*El test de constitucionalidad*" de un tratado internacional. Este test

consiste en que ese tratado si desconoce el principio de soberanía popular y los valores esenciales de la cláusula del Estado Social de Derecho contenido a lo largo de la parte dogmática de la Constitución, no puede superara jamás el test de constitucionalidad.

18. El examen de exequibilidad del acuerdo comercial suscrito entre Estados Unidos y Colombia, más conocido como el Tratado de Libre Comercio –TLC– arrojó la más importante conclusión de esta investigación, consistente en el liderazgo que va a tener desde hoy en adelante, el llamado control constitucional abstracto por el especial contenido de los tratados y de sus protocolos modificatorios.

Lo anterior señala que la Corte Constitucional frente a fundamentales negociaciones comerciales o económicas de importancia geopolítica para el país puede adoptar decisiones jurisprudenciales coadyuvantes para la posición del Estado colombiano como un todo frente a la comunidad internacional a través de la definición de un estudio de exequibilidad abstracto como pasó con el Tratado de Libre Comercio entre Colombia y los Estados Unidos.

19. Lo anterior, da todo el responsable fundamento para concluir que un tratado internacional que adopte una ley mundial de quiebras soberanas pasaría, por lo menos en Colombia, el examen del control constitucional, de acuerdo a la jurisprudencia que ha proferido el máximo tribunal constitucional existente en el país.

20. Finalmente, se recomienda a las autoridades económicas, diseñar una estrategia para modificar la estructura del portafolio de las obligaciones crediticias

asumidas por la Nación en los mercados financieros internacionales, para que sea la contraída con la banca multilateral la que predomine en el portafolio, teniendo en cuenta las condiciones financieras, más exactamente la tasa de interés.

BIBLIOGRAFIA

- GARAY, LUÍS JORGE. *La Iniciativa Brady En La Evolución De La Crisis De La Deuda*. Fescol. Primera edición: 1989, Bogotá-Colombia.
- LAVIÑA, FÉLIX. *Organización Del Comercio Internacional*. Ediciones Depalma, Buenos Aires. 1993.
- LEÓN RINCÓN CARLOS EDUARDO. *Argentina Marcha a Cavallo: Revista ZERU de la Universidad Externado de Colombia*. 2001.
- LÓPEZ ANGARITA DAVID FERNANDO. LÓPEZ GARAVITO LUIS FERNANDO. *Estrategias de Regulación Financiera*. Universidad Externado de Colombia. Primera edición: abril de 2004
- MARTÍNEZ NEIRA, NÉSTOR HUMBERTO. *Cátedra de Derecho Bancario Colombiano*. Legis. Primera edición: 2000.
- PINDYCK, ROBERT. S., RUBINFELD, DANIEL L. *Microeconomía*. Quinta Edición. Prentice Hall.
- RAFFER, KUNIBERT. *¿El Fin De La Discriminación Injusta De Los Deudores?* Diciembre de 2002. Documento De Exposición De Problemas Sometido a la Consideración del G – 24 Preparado Para Los Directores Ejecutivos del FMI.
- ROUBINI NOURIEL. *La Implicación del Sector Privado en la Resolución de las Crisis y en la Reestructuración Ordenada de la Deuda Soberana: El Marco G – 7/ FMI y Las Cuestiones Pendientes De Resolución*. Servicios de Estudios Económicos del BBVA: Ensayos Sobre Colombia y América Latina. 2002

STEPHANY, GRIFFITH – Jones (comp.). *Deuda Externa, Renegociación Y Ajuste En La América Latina*. Fondo de Cultura Económica, México. Primera Edición: 1988.

STIGLITZ, JOSEPH E. *Los Felices Noventa, La Semilla De La Destrucción*. Taurus. 2003.

STIGLITZ, JOSEPH E. *Como Hacer Que Funcione La Globalización*. Taurus. 2006.

FUENTES NORMATIVAS

Constitución Política de Colombia de 1991 y sus reformas

Ley 96 de 1945 (Por la cual Colombia aprueba el Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional)

Ley 76 de 1946 (Por la cual Colombia aprueba el Convenio Constitutivo del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, BIRF.)

Ley 102 de 1959 (Por la cual Colombia aprueba el Convenio Constitutivo del Banco Interamericano de Desarrollo)

Ley 103 de 1960 (Por la cual se aprueba el Convenio Constitutivo de la Corporación Andina de Fomento – CAF –)

Ley 02 de 1969 (Por la cual se aprueban las enmiendas al Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional)

Ley 17 de 1977 (Por la cual se aprueban unas reformas al Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional)

Ley 47 de 1990 (Por la cual se aprueba el Convenio Constitutivo del Fondo Latinoamericano de Reservas – FLAR –)

Ley 92 de 1993 (Por la cual se aprueban unas reformas al Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional)

Ley 170 de 1994 (Por la cual se aprueba el Acta Final de la Ronda de Uruguay que transforma el GATT a la Organización Mundial del Comercio – OMC –)

Ley 323 de 1994 (Por la cual se aprueba el protocolo modificatorio del Acuerdo de Cartagena en donde se transforma el Pacto Andino a la Comunidad Andina de Naciones)

Ley 213 de 1995 (Por la cual Colombia adhiere al Convenio Constitutivo del Banco Centroamericano de Integración Económica – BCIE –)

Ley 550 de 1999 (Por la cual se fija el régimen del intervención económica)

Ley 652 de 2001 (Por la cual se aprueban unas reformas al Fondo Monetario Internacional – FMI –)

Ley 1116 de 2006 (Por el cual se establece el régimen de insolvencia empresarial de la República de Colombia y se dictan otras disposiciones)

Decreto 111 de 1996 (Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación)

FUENTES JURISPRUDENCIALES

H. Corte Constitucional:

Sentencias de constitucionalidad:

- C 021/93
- C 024/93
- C 621/01
- C 578/02
- C 644/04
- C 309/07

Fuentes de internet

- www.imf.org
- www.wordbank.org
- www.wto.org
- www.iadb.org

- www.caf.org
- www.flar.net
- www.bcie.org
- www.iosco.org
- www.banrep.gov.co
- www.minhacienda.gov.co
- www.mincomercio.gov.co
- www.supersociedades.gov.co

* Contexto: Revista de Derecho y Economía, n.º 31, 2010, pp. 95 a 132.

- 1 Hoy conocido como el Grupo Banco Mundial el cual agrupa el BIRF, la IFC, la Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones y la Asociación Internacional de Fomento.
- 2 El cual tiene las mismas características de un tratado internacional, el cual se debe ratificar al interior de los Estados fundadores o adherentes al Convenio, tiene protocolos para su entrada en vigencia, denuncia y otros ítems propios de un tratado.
- 4 Balance preliminar de la economía latinoamericana. 1987.
- 5 www.fmi.org: ficha técnica – septiembre de 2005
- 6 LAVIÑA FÉLIX. Organización del Comercio Internacional. Ediciones Depalma, Buenos Aires. 1993, pp. 40 y 41.
- 7 Caso colombiano y que se efectúa a través de la compraventa de los títulos de tesorería – TES – con las instituciones financieras.
- 8 LÓPEZ GARAVITO LUÍS FERNANDO y LÓPEZ ANCARITA DAVID FERNANDO. Estrategias de regulación financiera. Universidad Externado de Colombia. Primera edición: abril de 2004.
- 9 Como el que firmó Colombia (Ministro de Hacienda y Crédito Público y el Gerente del Banco de la República) con el FMI en el año de 1999.
- 10 MARTÍNEZ NEIRA NÉSTOR HUMBERTO. Cátedra de Derecho Bancario Colombiano. LEGIS. Primera edición. 2000, p. 125.
- 11 En deuda externa, renegociación y ajuste en la América Latina. Lecturas seleccionadas y compiladas por STEPHANY GRIFFITH-JONES. Fondo de Cultura Económica de México, pp. 44 y 45.
- 12 STIGLITZ, JOSEPH. Como Hacer que Funcione la Globalización. Ediciones Taurus. Primera edición: 2006, pp. 269 y 270.
- 13 El periodo de gobierno constitucional en los Estados Unidos Mexicanos es de seis años. Tiempo

- suficiente para sentir los efectos (ya sean positivos o negativos) de las decisiones gubernamentales de tipo económico.
- 14 Fuente: OLIVE ILIANA, en *Liberalización Financiera en México y Corea del Sur: del proteccionismo a la crisis*. Sevilla, 20 de julio de 2006. Real Instituto Elcano.
 - 15 STIGLITZ JOSEPH E. *Los Felices Noventa: La Semilla de la Destrucción*. Ediciones Taurus. Primera edición: 2003, pp. 262 y 263.
 - 16 *Ibid*, en 280.
 - 17 *Ibid*, en 281 y 282.
 - 18 STIGLITZ, *Supra* nota 15 en 283 y 284.
 - 19 Ver MICROECONOMÍA. Quinta Edición. Ediciones Prentice Hall, pp. 441 y 442.
 - 20 STIGLITZ, *Supra* nota 15 en 272 y 273.
 - 21 RAFFER, KUNIBERT. ¿El fin de la discriminación injusta de los deudores? Documento presentado a consideración del G 24 y de los directores ejecutivos de los países en desarrollo del FMI, pp. 1 y 2
 - 22 ROUBINI NOURIEL. La Implicación del Sector Privado en la Resolución de la Crisis y en la Reestructuración de la Deuda Soberana: El Marco del G 7/FMI y Las Cuestiones Pendientes de Resolución. Servicios de Estudios Económicos del BBVA. Ensayos sobre Colombia y América Latina. 2002., *Supra* Nota 91, en pp. 335 y 336.
 - 23 ROUBINI, *Supra* Nota 23, en pp. 336, 337 y 338.