

Los principios básicos de los procesos de reestructuración de la deuda soberana: Análisis a la luz del derecho internacional

Florencia Delia Lebensohn †

En la actualidad, existen muchos problemas vinculados al crecimiento y desarrollo de los Estados derivados de la incoherencia e imprevisibilidad de los procesos de reestructuración de deuda soberana. Estos problemas se han puesto de manifiesto, entre otras circunstancias, a partir de la multiplicidad de litigios promovidos por acreedores que no participaron de los procesos de reestructuración de deuda soberana y de la inexistencia de un único tribunal global que los resuelva. A los fines de buscar una solución a dichos problemas se han propuesto distintas alternativas, entre las que se destacan las siguientes: contractual o de mercado; semi-institucional y de principios internacionalmente aceptados y estatutario.

En el marco de la Organización de las Naciones Unidas, con fecha 10 de septiembre de 2015, se ha aprobado la Resolución 69 que adopta los “Principios básicos de los procesos de reestructuración de la deuda soberana” cuya finalidad es, por medio de un enfoque semi-institucional y de principios internacionalmente aceptados, lograr un proceso de reestructuración de deuda más eficaz, estable y previsible. Los principios aprobados son los siguientes: derecho soberano a reestructurar; buena

† Florencia Delia Lebensohn se recibió con honores de la Universidad de Buenos Aires y cursó una maestría en derecho internacional en New York University. Se especializa en arbitraje y el derecho de inversiones. Ha trabajado en Freshfields Bruckhaus Deringer y actualmente se desempeña en Marval, O’Farrell & Mairal. Da clases de derecho internacional en la Universidad de Buenos Aires, en la Universidad Torcuato Di Tella y en la Universidad de Palermo.

fe en la reestructuración; transparencia; imparcialidad; trato equitativo; inmunidad soberana de jurisdicción y ejecución; legitimidad; sustentabilidad; y reestructuración por mayoría.

Este trabajo procura analizar si tales principios tienen, en la actualidad, valor jurídico vinculante bajo derecho internacional y por ello, deben ser observados en todos los procesos de reestructuración de deuda soberana. Con ese objetivo, se analiza doctrina y jurisprudencia especializada, así como la conducta y declaraciones realizadas por los Estados.

Palabras clave: Deuda soberana, holdouts, litigio soberano, principios básicos de los procesos de reestructuración de la deuda soberana resoluciones de la Asamblea General

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene como propósito evaluar el valor jurídico, bajo derecho internacional, de los “Principios básicos de los procesos de reestructuración de la deuda soberana” aprobados el 10 de septiembre de 2015 mediante Resolución N° A/RES/69/319 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (la “Resolución 69”, la “AG” y la “ONU”, respectivamente) en su sexagésimo noveno período de sesiones (los “Principios”).

En especial, este ensayo analiza la posición de la República Argentina (“Argentina”) y otros Estados latinoamericanos según la cual todos los Principios son normas jurídicas vinculantes bajo derecho internacional por tratarse de principios generales de derecho, o de costumbre internacional.

II. LA PROBLEMÁTICA DE LA REESTRUCTURACION DE LA DEUDA SOBERANA Y SUS POSIBLES SOLUCIONES

A. La problemática

En la actualidad, los procesos de reestructuración de deuda soberana enfrentan grandes desafíos. Entre ellos, el más relevante es la multiplicidad de litigios promovidos por ciertos acreedores que no participaron en los procesos de reestructuración iniciados por el Estado deudor, denominados usualmente tenedores de títulos públicos

en default, acreedores no reestructurados, holdouts, vulture funds o fondos buitres (en adelante “holdouts”).

La estrategia de los holdouts consiste en comprar bonos impagos emitidos por el Estado deudor a un precio muy reducido e interponer demandas judiciales agresivas contra los gobiernos con el objeto de obtener el pago de las deudas a su valor nominal, más intereses, gastos y costas. Esta operatoria conlleva beneficios que van del 200% al 3.000%.¹

Argentina es un caso paradigmático de los desafíos vinculados al accionar de los holdouts, luego del default de finales del año 2001². Esos desafíos se pusieron en evidencia con posterioridad a las decisiones tomadas por tribunales estadounidenses en el marco del juicio “NML c. República de Argentina” (el “juicio NML”).

En el juicio NML, el 7 de noviembre de 2003, NML Capital Ltd. y otros acreedores demandaron a la Argentina ante la Corte del Distrito Sur de Nueva York por la falta de pago de ciertos Bonos Externos Globales de su tenencia (emitidos en 1994).³

En octubre de 2010, NML solicitó al Juez Griesa permiso para modificar su demanda, alegando que Argentina estaba en continua violación de la cláusula *pari passu* desde el canje de 2005 por “subordinar” formalmente la deuda de NML a través de la emisión de nueva deuda en las ofertas de canje 2005 y 2010.⁴ Asimismo, NML

¹ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (“UNCTAD”, por sus siglas en inglés), “Estrategias de desarrollo en un mundo globalizado: Procesos multilaterales para la gestión de la deuda soberana”, TD/B/62/7, 10 de agosto de 2015 (“UNCTAD Estrategias de desarrollo”), párrafo 39.

² A modo de breve reseña, Argentina se declaró en default a finales del año 2001, a raíz de lo cual llevó adelante dos canjes de deuda soberana. El primero en el año 2005 (Decreto N° 1735/2004 y Ley N° 26.017) y el segundo en el año 2010 (Decreto N° 563/2010 y Ley N° 26.547). En total, la propuesta de reestructuración logró una adhesión del 93% de los acreedores privados, tanto nacionales como extranjeros. El 7% restante, se trata de holdouts, acreedores privados y fondos de inversión que compraron deuda soberana en default y luego le reclamaron a Argentina el pago de la totalidad de lo adeudado, a través de litigios iniciados en distintas jurisdicciones.

³ Cronología del Juicio NML, Ministerio de Economía de Argentina, disponible en: <http://www.economia.gob.ar/soberaniaeconomica/buitres.htm> (“Cronología del Juicio NML”).

⁴ La cláusula *pari passu* es una cláusula típicamente incluida en bonos de deuda que exige que los bonos soberanos tengan igualdad de trato con toda otra deuda contraída por los Estados. En una interpretación restrictiva, la cláusula *pari passu* sólo requiere que las obligaciones alcanzadas por ella tengan igual prioridad de pago. Por lo tanto, según esta interpretación, la cláusula *pari passu* se relaciona con la posición jurídica de los acreedores y no impide que el deudor discrimine y pague a un acreedor y no a otro. En este sentido, existiría una violación de la cláusula *pari passu* sólo si un deudor subordinara deuda protegida a través de alguna medida obligatoria que alterase su orden de pago. De acuerdo a una interpretación amplia, una vez que el deudor es declarado insolvente o está en default, no puede pagar a ningún acreedor sin pagar a prorrata toda su deuda restante. Esta es la interpretación seguida por NML y luego adoptada por el Juez Griesa, según la cual existe una violación de la cláusula *pari passu* contenida en los bonos de deuda argentina toda vez que se paga a los acreedores reestructurados sin realizar el pago del 100% de lo debido a los holdouts. Allen &

solicitó el dictado de una medida cautelar a los fines de impedir el pago a los acreedores reestructurados a menos que, en simultáneo o por anticipado, se pagara a NML y los demás co-demandantes el total de sus tenencias no reestructuradas.⁵

El 23 de febrero de 2012, el Juez Griesa dictó una orden requiriéndole a Argentina que les pagara a los demandantes la totalidad de lo adeudado en el mismo momento en que se pagara la deuda a los acreedores reestructurados.⁶

En marzo de 2012, Argentina apeló la sentencia del Juez Griesa ante el Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito, suspendiéndose sus efectos.⁷ El 26 de octubre de 2012, el Tribunal de Apelaciones confirmó la sentencia del Juez Griesa sobre la existencia de una violación de la cláusula *pari passu*, y reenvió la causa a primera instancia para que aclarara la fórmula de pago a prorrata.⁸

El 21 de noviembre de 2012, el Juez Griesa aclaró la fórmula de pago, estableciendo que correspondía el pago del 100% debido a los holdouts junto con el pago de los servicios a los tenedores de la deuda reestructurada. Asimismo, el Juez Griesa detalló la lista de terceras partes involucradas en el procedimiento de pago y ordenó el levantamiento de la suspensión,⁹ a raíz de lo cual Argentina se encontraba obligada a pagar el 100% debido a los holdouts cuando pagara el servicio a los acreedores reestructurados.

El 28 de diciembre de 2012, Argentina apeló la sentencia del Juez Griesa que fue confirmada el 23 de agosto de año 2013 por el Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito. En esa oportunidad, el Tribunal de Apelaciones resolvió que no existía abuso de discrecionalidad cuando un tribunal ordenaba que, si se pagaba el 100% de lo debido por acreedores reestructurados, también debía abonarse ese porcentaje a los holdouts.¹⁰

El 18 de febrero de 2014, Argentina solicitó a la Corte Suprema de los Estados Unidos que entendiera en el caso a través de la interposición de un writ of certiorari, alegando violación a su inmunidad de ejecución, y sosteniendo que una decisión contraria tendría graves consecuencias

Overy, "The *pari passu* clause and the Argentine case", 27 de diciembre de 2012.

⁵ Cronología del Juicio NML.

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*

⁸ *Ibid.*

⁹ *Ibid.*

¹⁰ United States Court of Appeals for the Second Circuit, "NML Capital, Ltd. c. Republic of Argentina", decisión del 23 de agosto de 2013, disponible en: <https://lettersblogatory.com/wp-content/uploads/2013/08/NML.pdf>.

sistémicas para Argentina y para el futuro de todas las reestructuraciones de deuda. El 16 de junio de 2014, el writ of certiorari fue denegado, y quedaron firmes las órdenes del Juez Griesa.¹¹

El 23 de junio de 2014, el Juez Griesa designó un Special Master, Sr. Daniel Pollack, para asistir a las partes. Desde entonces, las partes se encuentran negociando para lograr a una solución definitiva a esta disputa.¹²

En este contexto, y en palabras del propio Secretario General de la ONU, el juicio NML dio lugar a “importantes y nuevos precedentes jurisprudenciales que podrían tener profundas consecuencias para el sistema financiero internacional y representan un importante revés para la reestructuración de la deuda soberana internacional. Dichas resoluciones eliminan incentivos fiscales para que los acreedores participen en las renegociaciones ordenadas de la deuda y harán que las futuras reestructuraciones de la deuda sean más difíciles.”¹³

Según el premio Nobel de economía estadounidense, Joseph Stiglitz, si lo sostenido por el Juez Griesa prevalece, ningún acreedor aceptará participar en un proceso de reestructuración de deuda.¹⁴

Mucho se habla en la prensa y en la doctrina nacional e internacional del juicio NML. Sin embargo, lo cierto es que el proceso de reestructuración de deuda iniciado en el año 2005 y todavía en trámite, dio lugar a un número importante de litigios más allá del juicio NML.

Como veremos a continuación, luego de la crisis económica del año 2001, se han iniciado más de 800 juicios en contra de Argentina tanto en tribunales nacionales como internacionales. En estos juicios, los holdouts reclamaron el pago de los intereses pendientes y/o capital de la deuda en default de Argentina.

¹¹ Cronología del Juicio NML.

¹² Una cronología de los hechos ocurridos luego de la designación del mediador, Sr. Daniel Pollack, se encuentra disponible en el siguiente link: <http://www.economia.gob.ar/soberaniaeconomica/buitres.htm>.

¹³ Secretario General, Informe sobre la Sustentabilidad de la Deuda y el Desarrollo, A/69/167 (“Informe Sustentabilidad”), párrafo 47. De manera concordante, se ha sostenido que los fallos dictados en el marco del juicio NML, “alientan a los acreedores a rechazar los acuerdos de reestructuración para tener más medios de presión en la obtención del pago íntegro. Además, los que acepten la reestructuración ya no tendrán la certeza de que recibirán el pago. A ello se añade que en muchos de esos fallos se ignora la soberanía del prestatario, así como los intereses de terceros y las repercusiones socioeconómicas generales que puedan ocasionar en la economía deudora” UNCTAD Estrategias de desarrollo, párrafo 39.

¹⁴ Stiglitz Joseph, “The Vultures’ Victory”, 4 de septiembre de 2013, disponible en: <https://www.socialeurope.eu/2013/09/the-vultures-victory/>.

Los juicios ante tribunales nacionales se desarrollaron en Estados Unidos¹⁵, Alemania¹⁶, Italia¹⁷, España¹⁸, Japón¹⁹, Suiza²⁰, Luxemburgo²¹, Francia²², Bélgica²³ y Reino Unido.²⁴

¹⁵ Conforme información pública disponible, en los Estados Unidos los juicios han tenido objetos variados, tales como: (i) esfuerzos por interrumpir las ofertas de canje de Argentina; (ii) intentos de embargar propiedad de Argentina en los Estados Unidos (reservas del Banco Central de la República Argentina en la Federal Reserve Bank of New York, activos de la Administración Nacional de Seguridad Social y Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones, garantías asegurando el pago del capital e intereses de los bonos Brady con vencimiento en el año 2023, activos de fideicomisos públicos argentinos en Nueva York, interés en los bonos globales relacionados con el canje de Préstamos Garantizados de 2001 mantenidos por Caja de Valores S.A., activos de Energía Argentina S.A., Tango 01); (iii) procesos de discovery (exhibición de pruebas) para localizar activos de Argentina en los Estados Unidos (cuentas mantenidas por ministros de Argentina y terceros no litigantes, futuras ofertas de deuda de Argentina, actividad satelital en los Estados Unidos); y (iv) procesos de reconocimiento de sentencias extranjeras e intentos de embargar propiedad fuera de los Estados Unidos (juicios que iniciaron los holdouts para que se reconocieran sus sentencias norteamericanas en tribunales extranjeros -Luxemburgo, Bélgica, Francia- y se embargue propiedad fuera de los Estados Unidos -Francia, Bélgica, Suiza, Luxemburgo) (Anexo a la pregunta 170 (a) del Informe del Jefe de Gabinete de Ministros al Honorable Senado de la Nación, N° 79 de mayo de 2011, disponible en: http://tmp.igm.gov.ar/Paginas/InformeSenado/Informe%2079/Anexos/101170_AyB/procuracion_resp_170a_y_b/170a/Anexo.pdf "Anexo a la pregunta 170 a"). Según información actualizada al 31 de diciembre de 2013, el número de litigios con sentencias definitivas en los Estados Unidos ascendía a 112 y el número de procesos de ejecución a 13 (Anexo a la pregunta 81 del Informe del Jefe de Gabinete de Ministros al Honorable Senado de la Nación, N° 87, disponible en: <http://tmp.igm.gov.ar/Paginas/InformeSenado/Informe%2087/Anexos/IUSTICIA/81-ANEXO%20I-BONOS%20DE%20LA%20DEUDA%20PUBLICA%20ANTE%20TRIBUNALES%20EXTRANJEROS.pdf> "Anexo a la pregunta 81").

¹⁶ Sólo en Alemania, al 31 de diciembre de 2013, existían 86 causas pendientes vinculadas a reclamos efectuados por acreedores no reestructurados contra Argentina, 553 causas con sentencia definitiva, 24 demandas rechazadas y 56 desistidas (Anexo a la pregunta 81).

¹⁷ En Italia los holdouts intentaron (i) obtener el pago de la totalidad de los bonos adeudados y (ii) suspender la oferta de canje lanzada por Argentina en febrero de 2005. Se iniciaron 14 litigios civiles y 4 litigios administrativos (Anexo a la pregunta 81).

¹⁸ En España, se reportaron dos juicios vinculados a la reestructuración de la deuda argentina (Anexo a la pregunta 170 (a)).

¹⁹ En Japón, al 31 de diciembre de 2013, se ha reportado una demanda iniciada por un acreedor no reestructurado contra Argentina (Anexo a la pregunta 81).

²⁰ En Suiza, al 31 de diciembre de 2013, han sido reportados 7 casos relacionados con reclamos realizados por acreedores no reestructurados contra Argentina (Anexo a la pregunta 81).

²¹ En Luxemburgo, al 31 de diciembre de 2013, han sido reportados 8 casos relacionados con reclamos realizados por acreedores no reestructurados contra Argentina (Anexo a la pregunta 81).

²² En Francia, al 31 de diciembre de 2013, han sido reportados 7 procesos de reconocimiento y/o ejecución vinculados a sentencias dictadas por la Corte de Distrito Sur de Nueva York a favor de acreedores no reestructurados contra Argentina (Anexo a la pregunta 81).

²³ En Bélgica, al 31 de diciembre de 2013, han sido reportados 6 casos relacionados con reclamos realizados por acreedores no reestructurados contra Argentina (Anexo a la pregunta 81).

²⁴ En el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, al 31 de diciembre de 2013, han sido reportados 4 casos relacionados con reclamos realizados por acreedores no reestructurados contra Argentina (Anexo a la pregunta 81).

Por su parte, en el plano internacional, Argentina fue demandada ante el Centro Internacional para el Arreglo de Disputas de Inversión (“CIADI”)²⁵ y el Tribunal Internacional del Derecho del Mar.²⁶

A partir de esta gran cantidad de litigios, se plantearon problemas jurídicos teóricos y prácticos de diversa índole, derivados precisamente de la ausencia de un tribunal global que resultara competente en todos los litigios vinculados a un mismo proceso de reestructuración de deuda.

En efecto, UNCTAD ha señalado que uno de los problemas claves de la reestructuración de la deuda es causado por la ausencia de un tribunal global encargado de la resolución de disputas vinculadas con procesos soberanos de reestructuración. En efecto, a diferencia de lo que ocurre en muchos ordenamientos jurídicos nacionales, como el argentino,²⁷ no existe en el plano internacional un tribunal que opere como fuero de atracción de todos los litigios vinculados a los procesos de insolvencia soberana.

Esto último ha resultado en la toma de decisiones por distintos tribunales en las esferas domésticas e internacionales en distintos contextos institucionales, lo que se conoce como la fragmentación del derecho aplicable y la fragmentación de los tribunales que entienden en la resolución de disputas relacionadas con procesos de reestructuración de deuda soberana.²⁸

Se sostiene, en esa línea, que esta forma de fragmentación crea la impresión de que los tribunales sólo resuelven cuestiones preliminares y aisladas cuando, en realidad, están tomando decisiones sustanciales con impacto global. Ello es así, en la medida en que esas decisiones pueden afectar todo un proceso de reestructuración de deuda.

En este sentido, la existencia de diferentes tribunales resolviendo diversos aspectos de un mismo proceso de reestructuración de deuda, sin que exista ningún mecanismo de coordinación, deferencia, ni principios comunes aplicables, puede resultar –y frecuentemente resulta– en decisiones contrarias a la búsqueda de una solución aceptable por todos

²⁵ Caso CIADI ARB/07/5, “Abaclat y otros c. República Argentina” (pendiente de resolución); Caso CIADI ARB/07/08, “Giovanni Alemanni c. República Argentina” (discontinuado por falta de pago); Caso CIADI ARB/08/9, “Ambiente Ufficio S.p.A. y otros c. República Argentina” (discontinuado por falta de pago).

²⁶ Tribunal Internacional del Derecho del Mar, caso 20, “ARA Libertad” “Argentina c. Ghana” (concluido).

²⁷ Artículo 132, Ley N° 24.522.

²⁸ UNCTAD, “Hoja de ruta y guía para la reestructuración de la deuda soberana”, p. 3, disponible en: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/gdsddf2015_misc1_en.pdf (“UNCTAD Hoja de Ruta”).

los acreedores privados involucrados en dichos procesos (e.g. respetando principios esenciales tales como la igualdad entre acreedores) y puede incluso poner en jaque la concreción misma de dichos procesos.

En definitiva, la fragmentación del foro jurídico que entiende en litigios vinculados a la reestructuración de la deuda soberana, genera incoherencia e imprevisibilidad.²⁹

La incapacidad de la comunidad financiera internacional para prevenir o resolver sin demora los problemas de la deuda a medida que surgen, resulta cara desde el punto de vista financiero y genera rápidamente pérdidas en materia de desarrollo. Esta situación menoscaba de manera crucial la capacidad de un país para seguir la senda del desarrollo sostenible³⁰. Se trata, pues, de una problemática que se relaciona con el crecimiento, el desarrollo y los derechos humanos.³¹

Los problemas descriptos no son exclusivos de Argentina sino que afectan a todos los países, tanto los desarrollados como aquellos que se encuentran en vías de desarrollo.³²

B. Las posibles soluciones

A nivel global, se discuten diversas alternativas para lidiar con la problemática antes señalada. En líneas generales, existen los siguientes

²⁹ Informe Sustentabilidad, párrafos 42 y 57. Al respecto, el Secretario General de la ONU ha sostenido que “los arreglos internacionales ad hoc para la solución de la crisis de la deuda han creado incoherencia e imprevisibilidad. Diferentes tribunales tienen diferentes interpretaciones de la misma cláusula contractual y pueden imponer una amplia gama de decisiones. La política y los grupos de intereses pueden influir en el resultado de las decisiones y en la reestructuración de la deuda, poniendo en peligro la coherencia y la equidad” y que “una reestructuración desordenada de la deuda puede llevar en muchos casos, por medio de la dilación y el costoso rescate de los acreedores, a la socialización de la deuda privada y al sufrimiento humano”.

³⁰ AG, “Informe del Comité Especial sobre los Procesos de Reestructuración de la Deuda Soberana”, 4 de agosto de 2015, A/AC.284/2015/2, p. 8.

³¹ Discurso del Sr. Llorenty Solíz, del Estado Plurinacional de Bolivia, en representación del Grupo de los 77 y China, AG de la ONU, documento A/68/PV.107, p. 2. En relación con este tema, el 26 de septiembre de 2014, el Consejo de Derechos Humanos aprobó la Resolución 27/30 titulada “Consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas a los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales: las actividades de los fondos buitres”. La Resolución 27/30, aprobada por 33 votos a favor, 4 en contra y 9 abstenciones, condenó “las actividades de los fondos buitres por los efectos negativos directos que el reembolso de la deuda a esos fondos, en condiciones predatorias, tiene sobre la capacidad de los gobiernos de cumplir sus obligaciones en materia de derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales y el derecho al desarrollo”.

³² Al respecto, se ha indicado que “estos fondos buitres representan un riesgo para todos los futuros procesos de reestructuración de la deuda, tanto para los países en desarrollo como para los países desarrollados”. AG de la ONU, documento A/68/PV.107, p. 3.

enfoques: (i) contractual o de mercado; (ii) semi-institucional y de principios internacionalmente aceptados; y (iii) estatutario.

(i) Enfoque contractual o de mercado

El enfoque contractual o de mercado comprende dos variantes: (a) aclaración de la cláusula *pari passu* en los contratos de deuda; e (b) introducción de cláusulas de acción colectiva (collective action clauses o CACs).

a. Clarificar la cláusula pari passu.

Esta alternativa, sugerida por el Juez Griesa en el marco del litigio NML, propugna reescribir/aclarar el alcance de las cláusulas *pari passu* de modo de evitar los litigios de los holdouts. A modo de ejemplo, Belice, en febrero de 2013, con el objetivo de evitar que acreedores no reestructurados emplearan en su contra una estrategia similar a la seguida por los holdouts contra Argentina, aclaró, en las condiciones de emisión de los bonos, que la cláusula *pari passu* no requería el pago de todos los ítems de su deuda pública en iguales condiciones.³³ Asimismo, Italia modificó su Fiscal Agency Agreement eliminando la referencia a pagos iguales y clarificó que la cláusula *pari passu* sólo requería un ranking igual de todas las obligaciones no aseguradas e insubordinadas y no implicaba ninguna preferencia a una deuda sobre la otra por razones de prioridad de la fecha de emisión, o por cualquier otra causa.³⁴

b. Introducir cláusulas de acción colectiva

El término “cláusulas de acción colectiva” comprende un número de cláusulas contractuales que tienen por objetivo superar problemas de acción colectiva en procesos de reestructuración de la deuda. Hay dos de ellas que son particularmente relevantes: las cláusulas de modificación

³³ Belice, “Offering Memorandum”, 15 de febrero de 2013, p. 21 (para asegurar claridad en este punto, Belice no entiende que el párrafo 1 (c) de los Términos y Condiciones de los Nuevos Bonos, o cualquier otra cláusula comparable de cualquier otro instrumento de deuda de Belice, requiera que Belice pagará todos los ítems de la deuda pública a prorrata), disponible en: <https://www.mof.gov.bz/index.php/2012-08-30-03-42-02/2012-10-04-16-45-58/2012-10-04-17-02-43/finish/17-belize-2013-debt-restructuring/47-belize-offering-memorandum-final>.

³⁴ “Fiscal Agency Agreement entre la República de Italia y Citibank, N.A.” de fecha 29 de enero de 2013, (el ranking *pari passu* no implica ninguna preferencia a una deuda sobre la otra por razones de prioridad de la fecha de emisión, moneda de pago o cualquier otra, con todas las otras obligaciones generales de Italia que no estén aseguradas o subordinadas en relación con deuda contraída por Italia), disponible en: <http://www.sec.gov/Archives/edgar/data/52782/000119312513038559/d475398dex99a.htm>.

(o “majority restructuring clauses”) que permiten cambios a las condiciones de pago por el voto de la mayoría y cláusulas de aceleración (o “majority enforcement clauses”) que requieren el consentimiento de un determinado porcentaje de los tenedores de bonos a los fines de declarar la necesidad inmediata de pago del capital y el interés en caso de default parcial.³⁵ Se sostiene que estas cláusulas podrían evitar que un acreedor ejecute su reclamo individualmente en detrimento de otros acreedores.

Entre las ventajas de los mecanismos de mercado se encuentran las siguientes: (i) las reestructuraciones de la deuda conservan su carácter voluntario y consensual y (ii) permiten reformas graduales, ya que la generalización de la utilización de las propuestas contractuales podría contribuir a promover la sustentabilidad de la deuda, reducir la incertidumbre, y preparar el terreno para reformas más amplias.³⁶

Sin embargo, se han señalado varias limitaciones, entre las que cabe destacar las siguientes.

Las cláusulas de acción colectiva tradicionales, que requieren, a los fines de modificar las condiciones de los bonos, la aprobación de los bonistas que representen un cierto porcentaje del capital total de los bonos en circulación (e.g. el 75%), pueden perder efectividad si los acreedores disidentes adquieren una minoría de bloqueo. Si bien las cláusulas de acción colectiva agregadas, que requieren doble mayoría de los bonistas que representen un cierto porcentaje del capital total de cada emisión de bonos así como de los bonistas del conjunto de las emisiones abarcadas en la negociación, pueden reducir el riesgo de esas conductas, no lo eliminan. Por último, aun las mejores cláusulas de acción colectiva que no requieren votación serie por serie de bonos no pueden garantizar que los acreedores disidentes no encuentren un modo de bloquear el acuerdo necesario. Por si ello no fuera suficiente, las cláusulas de acción colectiva se aplican únicamente a la deuda en bonos, y no son muy útiles en caso de una deuda multilateral, bilateral o bancaria importante.³⁷ En cualquier caso, se ha sostenido que estas cláusulas no ofrecen una solución para los casos de procrastinación del deudor, o cuando el alivio

³⁵ FMI, “Collective Action Clauses in Sovereign Bond Contracts—Encouraging Greater Use”, 6 de junio de 2002, p. 2.

³⁶ UNCTAD Estrategias de desarrollo, párrafo 44.

³⁷ *Ibid*, párrafos 45/46.

de la deuda es insuficiente. Tampoco aportan una solución a la crisis de legitimidad del sistema actual.³⁸

Al respecto, Argentina ha sostenido que una solución contractual o de mercado es ineficiente,³⁹ interpretación que ha sido confirmada por acontecimientos recientes.⁴⁰

(ii) Enfoque semi-institucional y de principios internacionales aceptados

El enfoque semi-institucional procura lograr un mayor grado de coordinación y centralización que el enfoque contractual o de mercado. A diferencia del enfoque estatutario, que veremos a continuación, el semi-institucional se centra en principios jurídicos no vinculantes o en directrices recogidas en el derecho internacional público.⁴¹

Generalmente, incluye principios básicos tales como soberanía, legitimidad, imparcialidad, transparencia, buena fe y sustentabilidad.⁴²

Existen, asimismo, propuestas que propugnan la institucionalización de esos principios generales, entre las que se destacan las siguientes: (i) el establecimiento de un órgano de supervisión independiente de las negociaciones de la reestructuración, como un foro de la deuda soberana (una organización privada) o un instituto de reestructuración de la deuda respaldado por un proceso multilateral; y (ii) la incorporación de estos principios en la legislación interna de un país determinado.⁴³ A modo de ejemplo, podemos mencionar la ley belga aprobada en 2015 a fines de combatir las actividades de los fondos buitres y limitar las prácticas

³⁸ UNCTAD Hoja de Ruta, p. 14.

³⁹ En efecto, Argentina ha afirmado que aun con cláusulas de acción colectiva, una minoría de holdouts puede bloquear un proceso de reestructuración entero. Prueba de ello es el caso de la reestructuración griega en el cual se demostró que “de 36 bonos regidos por ley extranjera (inglesa) conteniendo cláusulas de acción colectiva que eran elegibles para participar en el canje de la deuda, sólo 17 de esos bonos pudieron ser reestructurados exitosamente usando cláusulas de acción colectiva [...] los holdouts evitaron la operación de las cláusulas de acción colectiva en los bonos restantes, lo que fue equivalente a EUR 6.5 billones de reclamos sin reestructurar o el 30% del valor total de los bonos regidos por ley extranjera”. Además, muchos de los bonos soberanos circulando actualmente no han incorporado cláusulas de acción colectiva. Las estimaciones más conservadoras indican que los bonos sin cláusulas de acción colectiva en circulación alcanzan entre US\$329 y US\$593 billones. Embajada de Argentina en Washington D.C., Estados Unidos de América, “10 reasons why NML v. Argentina matters to all”, disponible en: <http://www.embassyofargentina.us/showFile.php?yks=12f8630535f72fea913394a403a18dc6a9fbcac1b9a644c6c18e9189e46f06df2189b31c80abda8abeccc8>.

⁴⁰ AG de la ONU, documento A/68/PV.107, p. 3.

⁴¹ UNCTAD Estrategias de desarrollo, párrafo 47.

⁴² UNCTAD Hoja de Ruta, p. 14.

⁴³ UNCTAD Estrategias de desarrollo, párrafo 49.

especulativas nocivas de esos fondos;⁴⁴ y la ley argentina N° 27.207 sancionada el 4 de noviembre de 2015 (la “Ley 27.207”).

Sin embargo, este enfoque adolece, aunque en menor medida, de la principal desventaja del enfoque contractual ya que sus consecuencias no son vinculantes⁴⁵ y por lo tanto, su aplicación está enteramente supeditada a la discrecionalidad de los actores que intervengan en el proceso de reestructuración de la deuda.

(iii) Enfoque estatutario

El enfoque estatutario procura establecer un marco jurídico multilateral aplicable a los procesos de reestructuración de deuda soberana, lo que puede lograrse a través de la celebración de un nuevo tratado internacional o la modificación de un tratado ya existente.

Este fue el enfoque seguido por la Resolución N° A/RES/68/304 (la “Resolución 68”) mediante la cual se decidió elaborar y aprobar un “Marco jurídico multilateral para los procesos de reestructuración de la deuda soberana”. En palabras de la UNCTAD, la Resolución 68 representa un primer paso “hacia un enfoque internacional oficial y estatutario del establecimiento de normas vinculantes para todas las partes a través de un proceso multilateral. Es sin duda el enfoque más ambicioso y difícil de aplicar.”⁴⁶

Este mecanismo debería cumplir dos objetivos: (i) ayudar a prevenir un colapso financiero en los países que tienen dificultades para cumplir sus obligaciones externas; y (ii) ofrecer mecanismos que faciliten una reestructuración equitativa de la deuda que ya no pueda servirse según las condiciones del contrato inicial.⁴⁷

Actualmente, existen dos propuestas para alcanzar los mencionados objetivos: (i) la preparación de algún tipo de mecanismo de reestructuración de la deuda soberana bajo los auspicios del Fondo Monetario Internacional (el “FMI”), para lo cual sería necesario modificar el Convenio Constitutivo del FMI y (ii) el establecimiento de una institución internacional permanente e imparcial que no intervenga en los préstamos soberanos, que puede consistir en un tribunal independiente, bien en el seno de los tribunales existentes, como la Corte

⁴⁴ Ley del 12 de julio de 2015 “Loi relative à la lutte contre les activités des fonds vautours”, disponible en: <http://www.ejustice.just.fgov.be/loi/loi.htm>.

⁴⁵ UNCTAD Estrategias de desarrollo, párrafo 50.

⁴⁶ *Ibid*, párrafo 51.

⁴⁷ *Ibid*, párrafo 52.

Permanente de Arbitraje o la Corte Internacional de Justicia (la “CIJ”) o uno totalmente nuevo. En cualquier caso, la institución permanente debería establecerse por medio de un tratado multilateral (o mediante la debida modificación de un tratado vigente).⁴⁸

La principal ventaja de un enfoque estatutario multilateral es que, de tener éxito, resultará en principios y objetivos a largo plazo que podría contribuir a solucionar más eficazmente el problema de la deuda añadiendo previsibilidad y coherencia a los resultados de los mecanismos de reestructuración.⁴⁹

Sin embargo, el establecimiento de una solución estatutaria para la reestructuración de la deuda se trata de un proceso difícil y largo que, para ser eficaz, debería ser aceptado por un número crítico de futuros miembros y signatarios del tratado multilateral (en particular, por los Estados cuya jurisdicción rige la mayoría de las emisiones de deuda externa). Asimismo, es probable que surjan preocupaciones acerca de las competencias de un tribunal internacional o mecanismo del FMI.⁵⁰

Analizaremos, a continuación, las acciones llevadas a cabo en la AG de la ONU que, si bien en la Resolución 68 dispuso elaborar y aprobar un marco jurídico multilateral –lo que equivale a la elección de la alternativa estatutaria– en la Resolución 69 terminó adoptando una serie de principios aplicables a los procesos de reestructuración de deuda soberana. Ello significa que, a la fecha, desde la ONU se está intentando solucionar el problema de reestructuración de la deuda soberana a partir de un enfoque semi-institucional o de principios generalmente aceptados.

III. ANTECEDENTES DE LA RESOLUCION 69

A. La Resolución 68

⁴⁸ Ibid, párrafo 53.

⁴⁹ Ibid, párrafo 56.

⁵⁰ Ibid, párrafo 55.

El 9 de septiembre de 2014, en el marco de la 107ª sesión plenaria, por 124 votos a favor,⁵¹ 11 votos en contra⁵² y 41 abstenciones,⁵³ la AG de la ONU aprobó la Resolución 68.

La Resolución 68 principalmente (i) puso de relieve la importancia de hallar una solución oportuna, eficaz, completa y duradera al problema de la deuda de los países en desarrollo a fin de promover el crecimiento económico inclusivo y su desarrollo y (ii) decidió elaborar y aprobar, mediante un proceso de negociaciones intergubernamentales y con carácter prioritario un marco jurídico multilateral para los procesos de reestructuración de la deuda soberana.

Al momento de la votación se manifestaron dos posturas diametralmente opuestas. Por un lado, Estados Unidos defendió un enfoque contractual o de mercado para solucionar la problemática de la reestructuración de la deuda soberana, mientras que, por el otro, Argentina y Jamaica se mostraron a favor de un enfoque estatutario.

En efecto, la representante de los Estados Unidos, Sra. Robl sostuvo, entre otras consideraciones, que “la resolución supone claramente un resultado final, a saber, el establecimiento de una convención o un marco jurídico vinculante, que, por sus propias características, descarte la celebración de un debate sustantivo”⁵⁴ y que “los Estados Unidos no pueden respaldar la creación de un mecanismo de reestructuración de la deuda soberana, conforme se prevé en esta resolución. La creación de un

⁵¹ Afganistán, Argelia, Angola, Antigua y Barbuda, Argentina, Azerbaiyán, Bahamas, Bahréin, Bangladesh, Barbados, Belarús, Benín, Bután, Bolivia (Estado Plurinacional de), Botsuana, Brasil, Brunei Darussalam, Burkina Faso, Burundi, Cabo Verde, Chad, Chile, China, Colombia, Comoras, Congo, Costa Rica, Cuba, República Popular Democrática de Corea, República Democrática del Congo, Djibouti, Dominica, República Dominicana, Ecuador, Egipto, El Salvador, Guinea Ecuatorial, Eritrea, Etiopía, Fiji, Gabón, Gambia, Granada, Guatemala, Guinea, Guinea-Bissau, Guyana, Haití, Honduras, India, Indonesia, Irán (República Islámica del), Irak, Jamaica, Jordania, Kazajistán, Kenia, Kiribati, Kuwait, Kirguistán, República Democrática Popular Lao, Líbano, Libia, Madagascar, Malawi, Malasia, Maldivas, Mauritania, Mauricio, Mongolia, Marruecos, Mozambique, Myanmar, Namibia, Nepal, Nicaragua, Níger, Nigeria, Omán, Pakistán, Palau, Panamá, Paraguay, Perú, Filipinas, Qatar, Federación de Rusia, Ruanda, Saint Kits y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Samoa, Santo Tomé y Príncipe, Arabia Saudita, Senegal, Seychelles, Sierra Leona, Singapur, Islas Salomón, Sudáfrica, Sudán del Sur, Sri Lanka, Sudán, Suriname, Suazilandia, República Árabe Siria, Tayikistán, Tailandia, Togo, Tonga, Trinidad y Tobago, Túnez, Turquía, Turkmenistán, Uganda, Emiratos Árabes Unidos, República Unida de Tanzania, Uruguay, Vanuatu, Venezuela (República Bolivariana de), Vietnam, Yemen, Zambia, Zimbabue.

⁵² Australia, Canadá, República Checa, Finlandia, Alemania, Hungría, Irlanda, Israel, Japón, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Estados Unidos de América.

⁵³ Albania, Andorra, Armenia, Austria, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Chipre, Dinamarca, Estonia, Francia, Georgia, Grecia, Islandia, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, México, Mónaco, Montenegro, Países Bajos, Nueva Zelandia, Noruega, Papua Nueva Guinea, Polonia, Portugal, República de Corea, República de Moldava, Rumania, San Marino, Serbia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Suecia, Suiza, Ucrania.

⁵⁴ AG de la ONU, documento A/68/PV.107, p. 5.

mecanismo jurídico para la reestructuración de la deuda generaría incertidumbre en los mercados financieros. Si los prestamistas abrigan una incertidumbre mayor en cuanto a su reembolso, quizá sea menos probable que faciliten financiación y lo más seguro es que cobren primas de riesgos más elevadas, lo que posiblemente asfixie la financiación de los países en desarrollo” y que “los emisores de la deuda externa (...) eligieron por el contrario buscar enfoques orientados al mercado, como el uso cada vez más frecuente de cláusulas de acción colectiva.”⁵⁵

Por otro lado, el representante de Argentina, Sr. Timerman, entonces Ministro de Relaciones Exteriores Comercio Internacional y Culto, sostuvo que “el mundo no se puede permitir un escenario en el que las reestructuraciones de la deuda soberana queden libradas a la discrecional voluntad de los agentes especuladores; que les tenemos que poner un límite, un límite que vaya más allá de la enunciación retórica de directrices y principios. Desde hace más de una década, en distintos foros y ámbitos de la Organización, tanto países en desarrollo como desarrollados hemos explicitado la necesidad de contar con un marco legal que establezca reglas eficaces y transparentes para lograr procesos de reestructuración de la deuda soberana ordenados y previsibles.”⁵⁶ Por ello, “hemos decidido (...) dar al sistema financiero un marco legal para la reestructuración de la deuda soberana, que respete a la mayoría de los acreedores y que permita a los países salir de las crisis en forma sustentable.”⁵⁷

De manera similar, la representante de Jamaica, Sra. Richards, sostuvo que “tampoco respaldamos la opinión de que las cláusulas de acción colectiva constituyan una panacea para el problema porque, si bien son útiles, reflejan un enfoque fragmentario para solucionar una cuestión que requiere un remedio mucho más integral. Por esos motivos, Jamaica considera que los remedios basados en los mercados, como las cláusulas de acción colectiva, deberían complementarse con disposiciones jurídicas internacionales que estén protegidas por la fuerza de la ley.”⁵⁸

B. La Resolución 69

⁵⁵ Ibid, p. 5.

⁵⁶ Ibid, p. 7.

⁵⁷ Ibid, p. 6.

⁵⁸ Ibid, p. 13

El 29 de diciembre de 2014, la AG aprobó la Resolución 69 titulada “Modalidades para aplicar la resolución 68/304” que fue aprobada por 120 votos a favor,⁵⁹ 15 votos en contra⁶⁰ y 35 abstenciones⁶¹ y estableció “un comité especial, abierto a la participación de todos los Estados Miembros y observadores de las Naciones Unidas” (el “Comité”).

El propósito del Comité es elaborar un marco jurídico multilateral para los procesos de reestructuración de la deuda soberana a los fines de “aumentar la eficiencia, la estabilidad y la previsibilidad del sistema financiero internacional y lograr un crecimiento económico sostenido, inclusivo y equitativo y el desarrollo sostenible, de conformidad con las circunstancias y prioridades nacionales”.

De acuerdo con la Resolución 69, el Comité debía celebrar por lo menos tres reuniones y realizar las consultas adicionales y sesiones de redacción que sean necesarias.

Asimismo, la Resolución 69 (i) previó que el Secretario General de la ONU invitara a los Estados Miembros y observadores a que presentaran sus observaciones sobre los elementos necesarios del marco jurídico multilateral para los procesos de reestructuración de la deuda soberana, e (ii) invitó a los órganos y las organizaciones competentes del sistema de la ONU, así como a las instituciones financieras regionales e internacionales, en particular el Banco Mundial y el FMI, otras organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, entidades

⁵⁹ Afganistán, Argelia, Angola, Argentina, Armenia, Azerbaiyán, Bahamas, Bahréin, Bangladesh, Barbados, Belarús, Benín, Bután, Bolivia (Estado Plurinacional de), Botsuana, Brasil, Brunei Darussalam, Burkina Faso, Burundi, Cabo Verde, Camboya, Camerún, República Centroafricana, Chad, Chile, China, Colombia, Congo, Costa Rica, Costa de Marfil, Cuba, República Popular Democrática de Corea, Djibouti, República Dominicana, Ecuador, Egipto, El Salvador, Guinea Ecuatorial, Eritrea, Etiopía, Fiji, Ghana, Granada, Guatemala, Guinea, Guinea Bissau, Guyana, Haití, India, Indonesia, Irán (República Islámica del), Irak, Jamaica, Jordania, Kazajistán, Kenia, Kiribati, Kuwait, Kirguistán, República Democrática Popular Lao, Líbano, Lesoto, Liberia, Libia, Madagascar, Malasia, Maldivas, Malí, Mauritania, Mauricio, México, Mongolia, Marruecos, Mozambique, Myanmar, Namibia, Nepal, Nicaragua, Níger, Nigeria, Omán, Pakistán, Panamá, Papua Nueva Guinea, Paraguay, Perú, Filipinas, Qatar, Federación de Rusia, Ruanda, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Arabia Saudita, Senegal, Seychelles, Sierra Leona, Singapur, Islas Salomón, Sudáfrica, Sudan del Sur, Sri Lanka, Sudan, Suriname, República Árabe Siria, Tayikistán, Tailandia, Togo, Trinidad y Tobago, Túnez, Turquía, Turkmenistán, Uganda, Emiratos Árabes Unidos, República Unida de Tanzania, Uruguay, Venezuela (República Bolivariana de), Vietnam, Yemen, Zambia, Zimbabue.

⁶⁰ Australia, Bélgica, Bulgaria, Canadá, Dinamarca, Finlandia, Alemania, Hungría, Irlanda, Israel, Japón, Países Bajos, Suiza, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Estados Unidos de América.

⁶¹ Albania, Andorra, Austria, Bosnia y Herzegovina, Croacia, Chipre, República Checa, Estonia, Francia, Georgia, Grecia, Honduras, Islandia, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, Mónaco, Montenegro, Nueva Zelandia, Noruega, Polonia, Portugal, República de Corea, República de Moldavia, Rumania, San Marino, Serbia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Suecia, Ucrania.

del sector privado e instituciones académicas, a que contribuyeran a la labor encomendada al Comité.

C. La actividad del Comité⁶²

(i) Primera sesión de trabajo (3 a 5 de febrero de 2015)

En la primera sesión de trabajo, el Comité eligió como Presidente a Sacha Sergio Llorenti Soliz (Estado Plurinacional de Bolivia), Vicepresidentes a Niluka Kadurugamuwa (Sri Lanka) y Hanum Ibrahimova (Azerbaiyán) y relator a Khaled Benamadi (Argelia).

En esta sesión, el Comité escuchó las declaraciones de los representantes de Sudáfrica (en nombre del Grupo de los 77 y China), Uruguay (en nombre de la Unión de Naciones Suramericanas (“UNASUR”)), Maldivas (en nombre de la Alianza de Pequeños Estados Insulares), Federación de Rusia, Sri Lanka, Antigua y Barbuda, Nicaragua, Ecuador, Brasil, Argentina, China, Egipto, El Salvador, Singapur, México y Malasia.

También en la misma sesión, formularon declaraciones los representantes de International Insolvency Institute y Center of Concern, encuadrada en la alianza Cooperación Internacional para el Desarrollo y la Solidaridad y llevaron a cabo mesas redondas y debates interactivos con la participación de académicos y representantes de organizaciones internacionales.⁶³

Con anterioridad a la inauguración de la primera sesión, el 23 de enero de 2015, Argentina había presentado una propuesta formal denominada, “Hacia un Marco Jurídico Multilateral para los Procesos de Reestructuración de Deuda Soberana”. La propuesta de Argentina constaba de dos partes: una serie de principios y un mecanismo

⁶² Las delegaciones que participaron en el Comité fueron las siguientes: Estados miembros: Barbados, Botsuana, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, Egipto, Ghana, Grecia, Guatemala, Islandia, Jamaica, Líbano, Méjico, Nicaragua, Qatar, Sri Lanka, Uruguay, Venezuela, Yemen; Estados no-miembros representados por observadores: Santa Sede; Organizaciones intergubernamentales: Comunidad del Caribe, Corte Permanente de Arbitraje, AG, “Lista de Delegaciones”, A/AC.284/2015/INF/1, 14 de octubre de 2015.

⁶³ Las mesas redondas versaron sobre las siguientes temáticas: “Las deficiencias del sistema de reestructuración”; “Opciones para avanzar en el proceso”, “Solución de controversias económicas a nivel multilateral: enseñanzas extraídas de la experiencia”, “Economía política de la reestructuración de la deuda”, “Moratorias, refinanciación y condonación: perspectivas económicas”; y el debate interactivo tuvo por temática “Posibles elementos de un marco jurídico multilateral para los procesos de reestructuración de la deuda soberana: el camino por delante”, AG, Informe del Comité Especial sobre los Procesos de Reestructuración de la Deuda Soberana, 4 de agosto de 2015, A/AC.284/2015/2.

multilateral de reestructuración de deuda soberana (Multilateral Sovereign Debt Restructuring Mechanism), que incluía el establecimiento de una Comisión Supervisora.⁶⁴

Para Argentina, los principios propuestos son codificaciones de una serie de principios generales ya existentes y reglas consuetudinarias relativas a los procesos de reestructuración de deuda. Por su parte, el mecanismo propuesto por Argentina permitiría a cada Estado Parte ofrecer a sus acreedores un acuerdo para modificar el monto del capital o del interés, el vencimiento y/o cualquier término original, condiciones, o formas de pago de la deuda soberana con el objetivo de permitirle al Estado cumplir sus obligaciones de manera sustentable. El mecanismo podría iniciarse con la sola solicitud de reestructuración del Estado, sin otra condición y podría o no suspender los pagos de la deuda.

En lo que aquí nos concierne, la propuesta argentina detallaba una serie de principios, muchos de ellos similares a los adoptados finalmente por la Resolución 69, que constituían, para dicho Estado, principios generales de derecho o normas consuetudinarias bajo derecho internacional.

Con la excepción de Argentina, conforme a la información disponible públicamente, ninguno de los otros Estados que hicieron comentarios en el marco de la primera sesión realizó ninguna mención a principios específicos que ya rigen o deberían regir los procesos de reestructuración de deuda soberana.⁶⁵

⁶⁴ Misión Permanente de la República Argentina ante la ONU, Nota ENAUN 039/2015, "Towards a Multilateral Legal Framework for Sovereign Debt Restructuring Processes. Proposal by Argentina".

⁶⁵ Brasil sugirió que el Comité debía tener en cuenta el trabajo realizado por UNCITRAL relativo a los Principios Consolidados para Promover el Endeudamiento y la Toma Responsable de Deuda, en miras a establecer un conjunto de buenas prácticas para procesos de reestructuración justos, Declaración realizada por el Embajador Guilherme de Aguiar Patriota; Ecuador indicó de manera genérica que el diseño del mecanismo debía garantizar que los acuerdos alcanzados entre los acreedores y deudores en el marco de los procesos de reestructuración de deuda soberana sean respetados en concordancia con los principios del derecho internacional, especialmente la buena fe de las partes. Más allá de ello, no hizo ninguna mención a principios específicos que deberían observarse en estos procesos, Intervención del Representante Permanente del Ecuador, Embajador Xavier Lasso; Rusia indicó que estaba a favor de establecer una serie de principios obligatorios como base de un mecanismo de reestructuración de deuda. Sin embargo, consideró que era crucial definir el momento en el que esos principios se convertirían en obligatorios dado que la preservación de la soberanía en la toma de decisiones en procesos de reestructuración fue y continúa siendo el más importante prerequisite para que se obtenga un apoyo amplio al acuerdo marco, Declaración del Embajador Sr. Sergey A. Storchak; el Grupo de los 77 y China consideraron que cualquier ejercicio de reestructuración de deuda debía tener como elemento central un balance entre la capacidad real de pago de los prestatarios y las obligaciones de los prestamistas, Declaración del Embajador Jeremiah Nyamane Kingsley Mamabolo, Representante Permanente de la República de Sudáfrica ante las Naciones Unidas, jefe del Grupo de los 77 y China; Sri Lanka indicó que un mecanismo viable debía contener tres elementos: una manera de superar las objeciones de

(ii) Segunda sesión de trabajo (28 a 30 de abril de 2015)

En la segunda sesión de trabajo, el Presidente presentó un documento oficioso titulado “Hacia un proceso de reestructuración de la deuda multilateral: principios, elementos y opciones institucionales”⁶⁶ tras lo cual formularon declaraciones los representantes de Sudáfrica (en nombre del Grupo de los 77 y China), Ecuador (a título propio y en nombre de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños, la “CELAC”), Rusia, El Salvador, Uruguay, Argentina, Cuba y China.

Al igual que en la primera sesión, se llevaron a cabo mesas redondas y debates interactivos con la participación de académicos y representantes de organizaciones internacionales.⁶⁷

Argentina realizó una presentación en la cual detallaba la historia del proceso de reestructuración de deuda y los últimos desarrollos que tuvieron lugar en el caso argentino. En relación con el establecimiento de un marco jurídico multilateral para los procesos de reestructuración de deuda soberana, Argentina reiteró los mismos principios propuestos en la primera sesión, a los que consideró ya aplicables de conformidad con el derecho internacional. Al respecto, sostuvo que existía una necesidad de “compilar” y “codificar” tales principios que funcionaban como pesos y contrapesos y le otorgaban legitimidad y transparencia al proceso de reestructuración de deuda soberana.

Por su parte, Ecuador, a título propio, rescató los seis principios fundamentales de derecho internacional que fueron citados en un reporte del Comité, los cuales deberían guiar el proceso de reestructuración: soberanía, legitimidad, imparcialidad, transparencia, buena fe y sustentabilidad. Asimismo, Ecuador agregó la necesidad de

una minoría de acreedores en una propuesta de reestructuración de deuda; una reestructuración de deuda soberana que no fuera considerada como default y un mecanismo independiente que debía analizar la propuesta de reestructuración; Uruguay recalcó de manera genérica la necesidad de contar con un marco de reestructuración de deuda soberana en condiciones justas y predecibles, Declaración del Embajador Gonzalo Koncke en ejercicio de la presidencia pro-témpore de UNASUR; Méjico apoyó cambios contractuales y rechazó toda medida estatutaria no adecuadamente consensuada que pudiera ser percibida por el mercado como una medida o acción unilateral y con marcada incertidumbre respecto a cómo se instrumentaría en la práctica; y El Salvador, sin dar mayores precisiones, recalcó la necesidad de contar con instrumentos legales vinculantes, Declaración de Rubén Escalante Hasbu, representante permanente adjunto.

⁶⁶ Este documento no está disponible en Internet.

⁶⁷ Los debates interactivos tuvieron las siguientes temáticas “Principios rectores: legitimidad, imparcialidad, transparencia, buena fe y sustentabilidad”; “Últimas novedades sobre el enfoque contractual y por qué no basta”; “El camino por delante” y “Problemas de litigación contra los países pobres muy endeudados (PPME)”; AG, Informe del Comité Especial sobre los Procesos de Reestructuración de la Deuda Soberana, 4 de agosto de 2015, A/AC.284/2015/2.

que se reconociera además el principio de “la responsabilidad compartida”, dado que todos los Estados miembros de la ONU son corresponsables de mantener la estabilidad financiera internacional y de garantizar el desarrollo sostenible de los Estados. Ecuador también consideró que era necesario que existiera complementariedad entre un enfoque estatutario, con principios internacionalmente reconocidos, y un enfoque contractual, en el que todas las partes se comprometieran a cumplir.⁶⁸

Ecuador también realizó una declaración en nombre de la CELAC. En su declaración, la CELAC avaló la propuesta del Comité, según la cual se buscaba aceptar dos enfoques: uno contractual y otro estatutario que no fueran ni exclusivos ni antagónicos. Sin embargo, se destacó el derecho de todos los Estados de negociar la reestructuración de su deuda soberana, el que no debía ser frustrado ni afectado por los intereses de un grupo minoritario de tenedores de bonos no reestructurados. Entre los principios citados se encontraban los siguientes: soberanía, legitimidad, predictibilidad, imparcialidad, transparencia, corresponsabilidad, buena fe y sustentabilidad.⁶⁹

Conforme a la información disponible públicamente, ninguno de los restantes Estados que realizaron comentarios en el marco de la segunda sesión hizo alguna mención a los principios que ya rigen o deberían regir los procesos de reestructuración de deuda soberana.⁷⁰

(iii) Tercera sesión de trabajo (27 a 28 de julio de 2015)

⁶⁸ Intervención del Ecuador, Segunda reunión de Trabajo del Comité Ad Hoc sobre Procesos de Reestructuración de Deuda Soberana.

⁶⁹ Declaración del Representante Permanente de Ecuador ante la ONU, H.E. Xavier Lasso, en representación de la CELAC.

⁷⁰ El Salvador reconoció que era necesario “plasmear en un marco jurídico vinculante esas reglas y principios tanto para los deudores como los acreedores y otras instituciones que forman parte de la actual arquitectura financiera internacional”. Asimismo, indicó que la UNCTAD realizó importantes avances en el desarrollo de los principios sobre el préstamo y el endeudamiento soberano responsable y las instituciones financieras internacionales. El Salvador también sostuvo que toda gestión de la deuda pública debía basarse en la primacía de los derechos humanos sobre cualquier contrato. Uruguay, en representación de UNASUR, sostuvo que resultaba imperativo que la comunidad financiera internacional reaccionara de modo contundente enfatizando el nexo inherente entre financiamiento y desarrollo, y entre el crecimiento sostenible y la sustentabilidad de la deuda con la capacidad de repago de los países, y manteniendo el trato igualitario entre acreedores, Declaración del Embajador Gonzalo Koncke, Representante Permanente del Uruguay ante la ONU, en ejercicio de la Presidencia Pro Témpore de la UNASUR; Rusia, en igual sentido que en la sesión previa, indicó que estaba a favor de establecer una serie de principios obligatorios como base de un mecanismo de reestructuración de deuda. Sin embargo, consideró que era crucial definir el momento en el que esos principios se convertirían en obligatorios dado que la preservación de la soberanía en la toma de decisiones en procesos de reestructuración fue y continúa siendo el más importante prerequisite para que se obtenga un apoyo amplio al acuerdo marco.

En la tercera sesión de trabajo, formularon declaraciones los representantes de Sudáfrica (en nombre del Grupo de los 77 y China), Paraguay (en nombre del Mercado Común del Sur), Uruguay (en nombre de la UNASUR), Haití (en nombre de la Comunidad del Caribe), Maldivas (en nombre de la Alianza de Pequeños Estados Insulares), la República Bolivariana de Venezuela (en nombre de la Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América), Nicaragua, Cuba, Antigua y Barbuda, Brasil, Sri Lanka, China, Chile, Singapur y Ecuador.

En lo que aquí nos concierne, Uruguay destacó la importancia de haber “identificado una serie de principios que, según el derecho internacional, ya rigen en toda reestructuración de deuda soberana en tanto principios generales del derecho o normas consuetudinarias”. Asimismo, sostuvo que “es un gran aporte que este Comité está haciendo al compilar y codificar dichos principios básicos, ya que esto resultará de gran utilidad para avanzar en las discusiones sobre el desarrollo del establecimiento de un marco jurídico multilateral que los hará aún más efectivos.”⁷¹

Por su parte, Ecuador afirmó que los principios generales deberían ser “la guía” para los procesos de reestructuración de deuda soberana que lo que buscan finalmente es que la propia deuda de nuestros países sea sustentable. De manera similar, Paraguay sostuvo que el conjunto de principios básicos “deberán ser observados” en la reestructuración de deudas soberanas y pretenden poner límites a la actuación desestructuradora de los fondos de capital de riesgos. En el mismo sentido, Nicaragua sostuvo que los principios “darán orientación” para los interesados en la negociación y renegociación de deuda soberana.⁷²

Conforme a información disponible públicamente, ninguno de los restantes Estados que realizaron comentarios en el marco de la tercera sesión hizo mención alguna a los principios que ya rigen o deberían regir los procesos de reestructuración de deuda soberana.⁷³

⁷¹ Uruguay, intervención del Embajador Gonzalo Koncke, 27 de julio de 2015, p. 4.

⁷² Ecuador, Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, Intervención en la Tercera Reunión de Trabajo del Comité, p. 1.

⁷³ CARICOM (Comunidad del Caribe, conformada por Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Belice, Dominica, Granada, Guyana, Haití, Jamaica, Montserrat, Sant Kitts and Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Suriname y Trinidad y Tobago) tomó nota del reporte presentado por el Comité y el trabajo hecho en las sesiones anteriores y consideró que serán valiosas para discusiones futuras; Antigua y Barbuda sostuvo que el proceso de reestructuración de la deuda debía contener los siguientes elementos: un proceso que prevenga el default por parte de los países altamente endeudados, un proceso que permita a los países reestructurar sus deudas sin penalidades y altos costos de transacción, un proceso que cree el espacio fiscal necesario para que un país continúe prestando sus servicios esenciales a sus ciudadanos y un proceso que no permita prácticas

(iv) Informe final del Comité (4 de agosto de 2015)

En el informe final del Comité, el Presidente sostuvo que “durante las consultas se hizo hincapié en que hay que encontrar soluciones que fomenten la estabilidad financiera restringiendo la exposición a riesgos excesivos, al mismo tiempo que se asegura una solución más justa y eficaz de las crisis de deuda cuando se producen. A fin de mejorar las prácticas internacionales de reestructuración de la deuda soberana, el Comité reconoció un grupo de principios” y consideró que la labor emprendida por el Comité “hará posible que continúen las deliberaciones sobre las cuestiones relativas a la deuda”. En este sentido, se espera que los Principios de los Procesos de Reestructuración de la Deuda Soberana, fruto de la labor del Comité, contribuyan a fomentar la eficacia, la estabilidad y el carácter previsible del sistema financiero internacional y promover el logro de un crecimiento y un desarrollo sostenibles, de conformidad con las prioridades nacionales, así como el respeto de los derechos humanos.⁷⁴

D. La votación en la Asamblea General de la ONU

La Resolución 69 fue aprobada en el marco de la 102^a sesión plenaria de la AG por 136 votos a favor;⁷⁵ 6 votos en contra⁷⁶ y 41 abstenciones.⁷⁷

predatorias a países bajo estrés fiscal.

⁷⁴ AG, Informe del Comité Especial sobre los Procesos de Reestructuración de la Deuda Soberana, 4 de agosto de 2015, A/AC.284/2015/2, p. 9.

⁷⁵ Afganistán, Argelia, Angola, Antigua y Barbuda, Argentina, Armenia, Azerbaiyán, Bahamas, Bahrein, Bangladesh, Barbados, Belarús, Belice, Benín, Bután, Bolivia (Estado Plurinacional de), Botsuana, Brasil, Brunei Darussalam, Burkina Faso, Burundi, Cabo Verde, Camboya, Camerún, República Centroafricana, Chad, Chile, China, Comoras, Congo, Costa Rica, Costa de Marfil, Cuba, República Popular Democrática de Corea, República Democrática del Congo, Djibouti, República Dominicana, Ecuador, Egipto, El Salvador, Guinea Ecuatorial, Eritrea, Etiopía, Fiji, Gambia, Ghana, Granada, Guatemala, Guinea, Guyana, Haití, Honduras, Islandia, India, Indonesia, Irán (República Islámica del), Irak, Jamaica, Jordania, Kazajstán, Kenia, Kiribati, Kuwait, Kirguistán, República Democrática Popular Lao, Líbano, Lesoto, Liberia, Libia, Madagascar, Malawi, Malasia, Maldivas, Malí, Islas Marshall, Mauritania, Mauricio, Mongolia, Montenegro, Marruecos, Mozambique, Myanmar, Namibia, Nauru, Nepal, Nicaragua, Níger, Nigeria, Omán, Pakistán, Palau, Panamá, Papua Nueva Guinea, Paraguay, Perú, Filipinas, Qatar, Federación de Rusia, Ruanda, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Samoa, Arabia Saudita, Senegal, Serbia, Seychelles, Sierra Leona, Singapur, Islas Salomón, Somalia, Sudáfrica, Sudán del Sur, España, Sri Lanka, Sudán, Suriname, República Árabe Siria, Tayikistán, Tailandia, Togo, Trinidad y Tobago, Túnez, Turquía, Turkmenistán, Tuvalu, Uganda, Ucrania, Emiratos Árabes Unidos, República Unida de Tanzania, Uruguay, Vanuatu, Venezuela (República Bolivariana de), Vietnam, Zambia, Zimbabue.

⁷⁶ Canadá, Alemania, Israel, Japón, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Estados Unidos de América.

⁷⁷ Albania, Andorra, Australia, Austria, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Colombia, Croacia, Chipre, República Checa, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Gabón, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, México, Mónaco, Países Bajos, Nueva

La Resolución 69 adoptó los siguientes nueve Principios:

El principio según el cual todo soberano tiene derecho a reestructurar: todo Estado tiene derecho, en el ejercicio de su facultad discrecional, a elaborar sus políticas macroeconómicas, incluida la reestructuración de su deuda soberana, derecho que no debe verse frustrado ni obstaculizado por medidas abusivas. Según este principio, la reestructuración debe hacerse como último recurso, preservando desde el inicio los derechos de los acreedores.

El principio de buena fe en la reestructuración: el deudor soberano y todos sus acreedores deben participar en negociaciones constructivas de reestructuración de la deuda soberana y en otras etapas del proceso con el propósito de restablecer la sostenibilidad de la deuda y el servicio de la deuda de manera rápida y duradera y de obtener el apoyo de una masa crítica de acreedores mediante un diálogo constructivo acerca de las condiciones de la reestructuración.

El principio de transparencia: requiere aumentar la rendición de cuentas de los interesados, lo que puede lograrse compartiendo oportunamente tanto datos como procesos relacionados con la renegociación de la deuda soberana.

El principio de imparcialidad: exige que todas las instituciones y agentes involucrados en las reestructuraciones de la deuda soberana, incluso a nivel regional de conformidad con sus mandatos respectivos, sean independientes y se abstengan de ejercer toda influencia indebida en el proceso y en otros interesados o de realizar actos que generen conflictos de interés o corrupción o ambos.

El principio de trato equitativo: impone a los Estados la obligación de abstenerse de discriminar arbitrariamente a los acreedores, a menos que la diferencia de trato esté justificada conforme a derecho, sea razonable y se corresponda con las características del crédito, garantice la igualdad entre los acreedores y sea examinada por todos los acreedores. Según este principio, los acreedores tienen derecho a recibir el mismo trato en proporción con su crédito y con las características de éste y ningún acreedor o grupo de acreedores debe ser excluido a priori del proceso de reestructuración de la deuda soberana

El principio de inmunidad soberana de jurisdicción y ejecución: indica que los Estados tienen este derecho ante los tribunales internos

extranjeros, cuyas excepciones deben interpretarse de manera restrictiva.

El principio de legitimidad: implica que al establecer instituciones y realizar operaciones relacionadas con la reestructuración de la deuda soberana se deben respetar, en todos los niveles, los requisitos de inclusión y el estado de derecho. Según este principio, los términos y condiciones de los contratos originales seguirán siendo válidos hasta que sean modificados mediante un acuerdo de reestructuración.

El principio de sustentabilidad: significa que las reestructuraciones de la deuda soberana deben realizarse de manera oportuna y eficiente y crear una situación e endeudamiento estable en el Estado deudor, preservando desde el inicio los derechos de los acreedores y a la vez promoviendo el crecimiento económico sostenido e inclusivo y el desarrollo sostenible, minimizando los costos económicos y sociales, garantizando la estabilidad del sistema financiero internacional y respetando los derechos humanos.

El principio de reestructuración por mayoría: implica que los acuerdos de reestructuración de la deuda soberana que sean aprobados por una mayoría cualificada de los acreedores de un Estado no se verán afectados, perjudicados u obstaculizados de otro modo por otros Estados o por una minoría no representativa de acreedores, que deben respetar las decisiones adoptadas por la mayoría de los acreedores. Según este principio, debe alentarse a los Estados a que incluyan cláusulas de acción colectiva en sus emisiones de deuda soberana.

IV. VALOR JURIDICO DE LOS PRINCIPIOS BAJO EL DERECHO INTERNACIONAL

A fines de analizar el valor jurídico de los Principios bajo derecho internacional es necesario distinguir entre aquellos ya eran vinculantes al momento de la adopción de la Resolución 69 por constituir disposiciones de un tratado internacional, normas consuetudinarias o principios generales de derecho, de aquellos que no lo eran. En este último caso, es necesario identificar qué rol ha tenido la Resolución 69 en el valor jurídico de los Principios.

A. Valor jurídico de los Principios al momento de la adopción de la Resolución 69

(i) Clasificación utilizada

En el análisis del valor jurídico de los Principios, tomaremos como punto de partida la tradicional clasificación realizada en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (el “Estatuto”), según la cual:

“1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;

la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;

los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas”.

A partir de esta enumeración, existe consenso en entender que sólo son normas jurídicas vinculantes bajo derecho internacional los tratados internacionales, la costumbre internacional o los principios generales de derecho.⁷⁸

Como aún no existe un tratado internacional en materia de reestructuración de deuda, corresponde analizar si todos o algunos de los Principios constituyen costumbre internacional o principios generales de derecho, en los términos del artículo 38 del Estatuto.

La costumbre internacional ha sido definida como resultante de una combinación de dos elementos: una práctica establecida, amplia y consistente de los Estados y un elemento psicológico conocido como *opinio juris sive necessitatis* (“*opinio iuris*”). De este modo, no sólo los actos en cuestión deben constituir una práctica consistente, pero deben ser realizados de tal modo que sean una evidencia de que esa

⁷⁸ Si bien se ha cuestionado y criticado la doctrina tradicional de las fuentes del derecho internacional, lo cierto es que el enfoque tradicional ha probado ser el método más útil para analizar la manera en que las reglas y principios se desarrollan en el ámbito internacional. Asimismo, ningún método nuevo ha obtenido apoyo en la práctica de los Estados o en el lenguaje de sus reclamos inter-estatales, Thirlway Hugh, “The Sources of International Law” en Evans (ed.), *International Law*, pp. 97-99. En este sentido, se ha sostenido que la importancia de la enumeración del artículo 38 del Estatuto radica en su exclusividad: deja afuera potenciales procesos de creación de derecho internacional tales como el derecho natural, postulados morales o la doctrina de derecho internacional. Schwarzenberger, *International Law*, tercera edición 1057, Vol. 1, pp. 26-27. Por ello, los efectos del *soft law* son analizados en relación con las fuentes formales establecidas en el artículo 38 del Estatuto, antes que como una fuente distinta de derecho. Si bien el *soft law* interactúa y borra los límites de las fuentes tradicionales de derecho internacional, no las reemplaza. Charlesworth Hilary, “Law-making and sources”, en *The Cambridge Companion to International Law*, editado por Crawford James y Koskenniemi Martii, Cambridge University Press, 2012, p. 199.

práctica es obligatoria a raíz de la creencia en la existencia de una regla de derecho que así lo requiere.⁷⁹

En relación con la práctica estatal, la CIJ ha recalado que es importante la participación de los “Estados cuyos intereses se encuentra especialmente afectados.”⁸⁰ Al respecto, se ha sostenido que es innegable que algunos Estados son más influyentes y poderosos que otros y, por ende, su práctica debe ser considerada más relevante. Ello implica que la costumbre universal puede ser creada por algunos Estados, siempre y cuando ellos estén íntimamente conectados a la cuestión debatida, ya sea por riqueza, poder o por la relación especial con el área de práctica.⁸¹ En este marco, muchos Estados podrán proponer ideas y presionar, pero sin la concurrencia de voluntades los Estados cuyos intereses se encuentran especialmente afectados, no podrá surgir una regla general de derecho internacional consuetudinario.⁸²

Por su parte, un principio general de derecho, como fuente creadora de derecho internacional, usualmente requiere (i) una regla no escrita de comportamiento; (ii) reconocida en la mayoría de los sistemas jurídicos domésticos; y (iii) que pueda ser aplicada en el contexto del derecho internacional. Así, los principios generales de derecho se originan en la práctica doméstica y encuentran algún grado de confirmación en la práctica internacional.⁸³

(ii) Posición de los Estados

Durante la votación de la Resolución 69 y posteriormente, se pusieron en evidencia posturas contradictorias en relación con el valor jurídico los Principios bajo derecho internacional. Por un lado, hay Estados que sostienen que tienen carácter vinculante y otros que afirman que son meras pautas de conducta de naturaleza no vinculante.

Carácter vinculante

El representante de Uruguay, en nombre de UNASUR, sostuvo que los Principios “según el derecho internacional, ya rigen toda

⁷⁹ Thirlway Hugh, “The Sources of International Law” en Evans (ed.), *International Law*, p. 102.

⁸⁰ CIJ, *Plataforma Continental del Mar del Norte*, ICJ Reports 1969, párrafo 74.

⁸¹ En este sentido se ha sostenido que, para que una costumbre sea aceptada y reconocida, debe haber existido la concurrencia de las potencias más relevantes en el área en particular. De este modo, una regulación que establezca el ancho del mar territorial no puede ser tratada como “derecho” si las grandes naciones marítimas no la aceptasen, independientemente de los requerimientos efectuados por los Estados sin salida al mar. Shaw Malcolm, “International Law”, Cambridge University Press, sexta edición, 2008, p. 79.

⁸² Shaw Malcolm, “International Law”, Cambridge University Press, sexta edición, 2008, p. 79.

⁸³ UNCTAD Hoja de Ruta, p. 19.

reestructuración de deuda soberana en tanto principios generales del derecho o normas consuetudinarias. Sin lugar a dudas, es un gran aporte que esta Asamblea General está haciendo al compilar y codificar dichos principios básicos, ya que esto resultará de gran utilidad para avanzar en las discusiones sobre el establecimiento de un marco jurídico multilateral que los haga aún más efectivos.”⁸⁴

De manera concordante, en el proyecto de ley relativo a la adopción de los Principios presentado por el Poder Ejecutivo Nacional (el “PEN”) ante el Senado de la Nación con fecha 18 de septiembre de 2015⁸⁵ (el “Proyecto de Ley”), se sostuvo que los Principios eran ya “existentes en el derecho internacional y en los distintos derechos nacionales” y que “fueron consensuados por los Estados miembros con el objetivo de llegar a un equilibrio entre los derechos de los Estados deudores y los de sus acreedores, teniendo en cuenta la obligación que tienen ambas partes de actuar de buena fe y con espíritu de cooperación.”

Asimismo, se sostuvo que los Principios “ya se aplican a las negociaciones de reestructuración de deuda soberana en su carácter de normas consuetudinarias de derecho internacional o como principios generales de derecho. Sin embargo, a través de su compilación y codificación, la citada Asamblea General contribuye a incrementar su eficacia, al tiempo que envía una señal del compromiso de la comunidad internacional con estos principios.”

Por último, en relación con la naturaleza de los Principios, el PEN indicó que, mediante el envío del Proyecto de Ley, se cumplió con lo dispuesto en el artículo 2 de la Resolución 69 en cuanto se invita a los Estados a apoyar y promover los Principios, “teniendo presente sin embargo que los mismos ya se encontraban plasmados en el ordenamiento jurídico nacional y en el derecho internacional público consuetudinario, receptado por nuestra CONSTITUCIÓN NACIONAL en su Artículo 118.”⁸⁶

⁸⁴ Transcripción de la 102ª sesión plenaria de la AG, en el sexagésimo noveno período de sesiones, 10 de septiembre de 2015, A/69/PV.102, p. 15 (“102ª sesión plenaria de la AG”).

⁸⁵ Expediente N° 169/15. Este proyecto de ley resultó en la aprobación de la Ley 27.207, según la cual los Principios, “que forman parte del ordenamiento jurídico de la República Argentina”, tienen carácter de “orden público”. Artículo 1º, Ley 27.207 publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina el 10 de noviembre de 2015. Este trabajo de investigación se limita a analizar el carácter de los Principios bajo derecho internacional, y no aborda las consecuencias de su declaración de orden público en el ordenamiento interno argentino.

⁸⁶ El artículo 118 de la Constitución Nacional argentina establece que: “todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito; pero cuando éste

En conclusión, tanto para Argentina como para Uruguay, en representación de los Estados que forman parte de UNASUR, todos los Principios tienen carácter jurídico vinculante por constituir principios generales de derecho o costumbre internacional.

B. Carácter no vinculante

En forma contraria, se sostiene que los Principios son meras recomendaciones o pautas de conducta que carecen de carácter vinculante bajo derecho internacional.

Así, la representante de los Estados miembros de la Unión Europea, Sra. Lucas, sostuvo en el marco de la votación de la Resolución 69 que ésta “contiene varias declaraciones que no reflejan fielmente las leyes ni las prácticas internacionales.”⁸⁷

Por su parte, la representante de los Estados Unidos de América, Sra. Derderian, sostuvo que los Principios “son problemáticos en varios aspectos, incluido un lenguaje que podría interpretarse en el sentido de que reconoce cierto derecho a la reestructuración de la deuda soberana, que no existe. Esos principios también podrían socavar el cumplimiento de los plazos contractuales.”⁸⁸

En su voto y justificando su abstención, el representante de Australia, Sr. Neelam, afirmó que “Australia no respalda el principio 1, que podría interpretarse en el sentido de que los países tienen el derecho unilateral de reestructurar su deuda. Consideramos que toda reestructuración de la deuda debe ser el resultado de la negociación y el acuerdo mutuo entre deudores y acreedores.”⁸⁹

Incluso varios de los países que votaron a favor sostuvieron el carácter no vinculante de los Principios.

Así, el representante de India, Sr. Bishnoi, sostuvo que “al aprobar la resolución de hoy, la Asamblea codifica y oficializa un conjunto de principios básicos para los procesos de reestructuración de la deuda soberana que se lograron gracias a la labor del Comité Especial, de

se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el Derecho de Gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio”. La doctrina y jurisprudencia argentina es conteste en entender que la referencia al “derecho de gentes” incluida en este artículo de la Constitución Nacional dispone la aplicación inmediata del derecho consuetudinario en el ordenamiento interno argentino. Ver, entre otros, fallos: 17:163; 19:108; 43:321; 176:218; 202:353; 211:162; 257:99; 316:567; 318:2148 y 328:2056.

⁸⁷ 102ª sesión plenaria de la AG, p. 10.

⁸⁸ *Ibid.*, p.11.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 11.

conformidad con el mandato de la Asamblea”⁹⁰ aunque luego afirma que “los principios en sí no son vinculantes y, por consiguiente, preservan el espacio normativo soberano de los países para que puedan diseñar sus instrumentos de préstamo de acuerdo con sus circunstancias específicas, teniendo también en cuenta otros factores pertinentes. Esperamos que la adhesión voluntaria a estos principios contribuya en gran medida a evitar las crisis de deuda y crear procesos de reestructuración de deuda más eficientes y justos.”⁹¹

Por su parte, el representante de Singapur, Sr. Teo, indicó que “los principios no vinculantes de la reestructuración de la deuda soberana son un resultado práctico y una conclusión de los procesos del Comité Especial”.

C. Análisis del valor jurídico de los Principios

Previamente a la adopción de la Resolución 69 por la AG, en abril de 2015, la UNCTAD dio a conocer una “Hoja de ruta y guía para la reestructuración de la deuda soberana”, que también contiene una serie de principios denominados Sovereign Debt Workout Principles aplicables a los procesos de reestructuración de deuda (los “SDWP”) junto con un análisis del contenido de esos principios y su carácter bajo derecho internacional. Los SDWP son los siguientes: legitimidad, imparcialidad, transparencia, buena fe, y sustentabilidad.

Es de destacar que la UNCTAD no incluyó en su guía de principios para la reestructuración de la deuda soberana cuatro principios que fueron luego adoptados por la Resolución 69: (i) el principio según el cual todo soberano tiene derecho a reestructurar; (ii) el principio de trato equitativo; (iii) el principio de inmunidad soberana de jurisdicción y ejecución y; (iv) el principio de reestructuración por mayoría.

Con la excepción del principio de inmunidad soberana de jurisdicción y ejecución que es ampliamente reconocido como una regla general de costumbre internacional,⁹² la no inclusión de los restantes principios por

⁹⁰ Ibid, p. 16.

⁹¹ Ibid, p.17.

⁹² CIJ, Inmunidades de los Estados (Alemania c. Italia), sentencia de 2012, párrafos 56 y 57. En este caso, la CIJ indicó que la Comisión de Derecho Internacional ya había concluido, en 1980, que la inmunidad del Estado era una regla general de derecho internacional consuetudinario con apoyo en la práctica de los Estados. Esa conclusión estuvo basada en una extensa encuesta de la práctica de los Estados y, en la opinión de la CIJ, se encontraba confirmada por las legislaciones nacionales, decisiones judiciales y comentarios de los Estados. Esta práctica muestra que, ya sea al invocar la práctica o reconocérsela a otros Estados, los Estados han generalmente actuado sobre la base de la existencia de un derecho a la inmunidad en el derecho internacional, junto con la correlativa

la UNCTAD nos hace presuponer que, al menos en ese ámbito, no existía consenso en cuanto a su aplicación a los procesos de reestructuración de deuda soberana.

Esta conclusión se ve reafirmada en lo relativo al principio de reestructuración por mayoría por los términos de la misma Resolución 69. Ello es así, por cuanto la Resolución 69 alentó a los Estados a que incluyeran cláusulas de acción colectiva en sus emisiones de deuda soberana, lo cual confirma implícitamente su carácter no vinculante. En efecto, si la Resolución 69 fuese internacionalmente vinculante, entonces afectaría directamente y sin más, los términos y condiciones de los contratos originales y no requeriría la inclusión de cláusulas de acción colectiva a los efectos de obligar a una minoría no representativa de acreedores a respetar las decisiones adoptadas por la mayoría de los acreedores.

A continuación analizaremos el valor jurídico que la UNCTAD le ha reconocido a los SDWP comparándolos con los Principios incorporados en la Resolución 69.

(i) Legitimidad

Según la UNCTAD, el principio de legitimidad no se relaciona con el carácter legítimo o ilegítimo de la deuda. Mas bien, este principio requiere que el establecimiento, operación y resultados de los mecanismos y procesos de reestructuración de deuda observen los requisitos de inclusión, previsibilidad y otros aspectos del estado de derecho.⁹³

La UNCTAD se refiere a dos dimensiones de la legitimidad que los procesos de reestructuración de deuda deberían respetar:⁹⁴

Legitimidad en la fuente: requiere el establecimiento de instituciones internacionales y reglas que respeten los requisitos de inclusión y el estado de derecho. La legitimidad en la fuente también se puede

obligación de los otros Estados de reconocer y dar efecto a ese derecho. La CIJ considera que la regla de inmunidad estatal ocupa un lugar importante en el derecho internacional y las relaciones internacionales que deriva del principio de igualdad soberana de los Estados que, como lo deja en claro el artículo 2.1 de la Carta de la ONU, es uno de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico internacional. Así, las excepciones a la inmunidad de los Estados deben ser tenidas como excepciones al principio de igualdad soberana.

El principio de inmunidad de jurisdicción y ejecución en materia de reestructuración de deuda no vendría a ser más que una aplicación del principio general de inmunidad de los Estados que tiene carácter jurídico vinculante por tratarse de una norma de derecho internacional consuetudinario.

⁹³ UNCTAD Hoja de Ruta, p. 4.

⁹⁴ *Ibid*, p. 20.

beneficiar de la inclusión de todos los actores relevantes en el proceso de reestructuración de deuda soberana.

Legitimidad en el proceso: exige que la operación de un mecanismo de reestructuración de deuda respete los requisitos de inclusión y el estado de derecho. Entre otros aspectos, se incluyen los siguientes: amplitud (que se incluya a toda la deuda a los fines de alcanzar igualdad entre los acreedores y tratamiento justo), inclusión (que se incluya a todos los actores relevantes para maximizar las posibilidades de aceptar un resultado), previsibilidad, decisiones fundadas y posibilidad de revisar los resultados del proceso de reestructuración ante tribunales o cortes competentes e imparciales.

La definición no difiere mucho de la adoptada por la AG, según la cual el principio de la legitimidad implica que al establecer instituciones y realizar operaciones relacionadas con la reestructuración de la deuda soberana se deben respetar, en todos los niveles, los requisitos de inclusión y el estado de derecho. En relación con el principio de legitimidad, la Resolución 69 también indicó que los términos y condiciones de los contratos originales seguirán siendo válidos hasta que sean modificados mediante un acuerdo de reestructuración.

En cuanto al valor jurídico del principio de legitimidad, la UNCTAD ha sostenido que éste no debe ser entendido como un principio general de derecho.⁹⁵

En conclusión, no existe consenso en que el principio de legitimidad se trate de un principio general de derecho en los términos del artículo 38 del Estatuto y, por lo tanto, no puede razonablemente sostenerse que tenga carácter vinculante bajo derecho internacional. Esta conclusión va en línea con los propios términos utilizados por la Resolución 69. En efecto, si para esta resolución el principio de legitimidad tuviera carácter jurídico vinculante en el plano internacional, entonces podría afectar los términos y condiciones de los contratos originales.

(ii) Imparcialidad

Según la UNCTAD, la imparcialidad puede ser definida como la ausencia de parcialidad. Como tal, promueve la aceptación de decisiones a través de la generación o confirmación de confianza en actores e instituciones. Se vincula con el principio de legitimidad.⁹⁶

⁹⁵ Ibid, p. 19

⁹⁶ Ibid, p. 21.

La definición es sustancialmente similar a la adoptada por la AG en la Resolución 69, según la cual el principio de la imparcialidad exige que todas las instituciones y agentes involucrados en las reestructuraciones de la deuda soberana, incluso a nivel regional de conformidad con sus mandatos respectivos, sean independientes y se abstengan de ejercer toda influencia indebida en el proceso y en otros interesados o de realizar actos que generen conflictos de interés o corrupción o ambos.

En relación con su valor jurídico, según la UNCTAD, la imparcialidad puede ser definida como un principio general de derecho⁹⁷ y, como tal, tiene carácter vinculante bajo derecho internacional.

(iii) Transparencia

De acuerdo a la definición brindada por la UNCTAD, la transparencia exige la disponibilidad de información sobre el ejercicio de una autoridad pública al público en general o al menos a las partes interesadas. Se encuentra íntimamente vinculada a la idea de estado de derecho y de legitimidad.⁹⁸

Nuevamente, la Guía de la UNCTAD concuerda, en lo sustancial, con la definición adoptada por la AG en la Resolución 69. En efecto, según esta definición, el principio de la transparencia debe promoverse para aumentar la rendición de cuentas de los interesados, lo que puede lograrse compartiendo oportunamente tanto datos como procesos relacionados con la renegociación de la deuda soberana.

En cuanto al valor jurídico de este principio, la UNCTAD tiene dicho que la transparencia es un principio relativamente nuevo. En efecto, en el pasado y sólo con algunas excepciones, la mayoría de las administraciones públicas y las organizaciones internacionales estaban dominadas por una tradición de secreto. En definitiva, se encuentra actualmente debatido en la comunidad internacional si la transparencia se ha convertido en un principio general de derecho y, por lo tanto, este principio sólo podría clasificarse como un principio emergente de derecho internacional.⁹⁹

En conclusión, no existe consenso en sostener que el principio de transparencia constituya un principio general de derecho en los términos del artículo 38 del Estatuto y, por ello, no es razonable concluir que éste tenga carácter vinculante bajo derecho internacional.

⁹⁷ Ibid, p. 21.

⁹⁸ Ibid, p. 21

⁹⁹ Ibid, p. 22.

(iv) Buena fe

Según la UNCTAD, el principio de buena fe engloba requisitos básicos de justicia, honestidad e integridad.¹⁰⁰

De acuerdo a la AG, el principio de que el deudor soberano y todos sus acreedores deben actuar de buena fe implica su participación en negociaciones constructivas de reestructuración de la deuda soberana y en otras etapas del proceso con el propósito de restablecer la sustentabilidad de la deuda y el servicio de la deuda de manera rápida y duradera y de obtener el apoyo de una masa crítica de acreedores mediante un diálogo constructivo acerca de las condiciones de la reestructuración.

En general, se entiende que la buena fe es ampliamente reconocida como principio general de derecho y el contenido principal de este principio, que incluye la idea de *pacta sunt servanda*, tiene virtualmente reconocimiento universal¹⁰¹. Como principio general de derecho, en los términos del Estatuto, el principio de buena fe tiene carácter jurídico vinculante en los procesos de reestructuración de deuda soberana.

(v) Sustentabilidad

En los términos de la UNCTAD, el principio de sustentabilidad implica que la deuda pueda ser pagada sin afectar el desarrollo social y económico de una sociedad.¹⁰²

Según la AG, el principio de la sustentabilidad significa que las reestructuraciones de la deuda soberana deben realizarse de manera oportuna y eficiente y crear una situación e endeudamiento estable en el Estado deudor, preservando desde el inicio los derechos de los acreedores y a la vez promoviendo el crecimiento económico sostenido e inclusivo y el desarrollo sostenible, minimizando los costos económicos y sociales, garantizando la estabilidad del sistema financiero internacional y respetando los derechos humanos.

Para la UNCTAD, el principio de sustentabilidad constituye meramente un principio general de derecho emergente y no un principio general de derecho en los términos del artículo 38 del Estatuto.¹⁰³

En conclusión, al momento de adopción de la Resolución 69 y estrictamente desde una perspectiva de derecho internacional, sólo es

¹⁰⁰ *Ibid*, p. 22.

¹⁰¹ *Ibid*, p. 23.

¹⁰² *Ibid*, p. 24.

¹⁰³ *Ibid*, p. 24.

posible confirmar el carácter jurídico vinculante de los principios de imparcialidad, buena fe e inmunidad soberana de jurisdicción y ejecución.

Ahora bien, dado que, al no tratarse de principios generales de derecho no es posible sostener que los restantes principios enumerados en la Resolución 69 tengan carácter jurídico vinculante bajo derecho internacional, es preciso analizar si tal obligatoriedad puede derivarse de las siguientes circunstancias: de manera general, a raíz del carácter de las resoluciones de la AG bajo el derecho internacional o específicamente, porque la Resolución 69 refleja, cristaliza o genera una norma consuetudinaria. Analizaremos, a continuación, ambos supuestos.

D. Carácter de las resoluciones de la AG bajo el derecho internacional

Las resoluciones de la AG son, en principio, normas jurídicas no vinculantes bajo derecho internacional. Se tratan, pues, de meras recomendaciones que no crean, prima facie, ninguna obligación jurídica,¹⁰⁴ generalmente consideradas como una especie del género soft law.¹⁰⁵

Si la CIJ hubiese considerado que, independientemente del derecho internacional consuetudinario, todas las resoluciones de la AG fueran creadoras de derecho internacional como fuente formal, seguramente así lo habría sostenido.¹⁰⁶

A pesar de ello, y dependiendo de las circunstancias del caso, puede suceder que las resoluciones de la AG constituyan fuentes formales del derecho internacional –como tal ser vinculantes– cuando reflejan, cristalizan o crean normas consuetudinarias¹⁰⁷ o enuncian principios generales de derecho.

¹⁰⁴ Brownlie Ian, "Principles of Public International Law", Clarendon Press, Oxford, cuarta edición, p. 699. Existen excepciones: las resoluciones de la AG que admiten nuevos miembros (artículo 4 de la Carta de la ONU), persiguen y distribuyen el presupuesto (artículo 17 de la Carta de la ONU), suspenden derechos y privilegios (artículos 5 y 19 de la Carta de la ONU). Se tratan de resoluciones que resuelven cuestiones meramente administrativas. Klabbers Jan, "An Introduction to International Institutional Law", Cambridge University press, 2002, pp. 206/207.

¹⁰⁵ El soft law no es una fuente de derecho en el sentido del artículo 38 (1) del Estatuto, sino más bien una categoría de principios, articulados a través de instrumentos o documentos que no son obligatorios como tales, cuyo estatus es debatido y negociable. Charlesworth Hilary, "Law-making and sources", en The Cambridge Companion to International Law, editado por Crawford James y Koskeniemi Martii, Cambridge University Press, 2012, p. 198.

¹⁰⁶ Thirlway Hugh, "The Sources of International Law" en Evans (ed.), International Law, p. 118.

¹⁰⁷ Las resoluciones reflejan costumbre internacional cuando son probatorias de normas consuetudinarias preexistentes; las resoluciones cristalizan una regla consuetudinaria in statu nascendi cuando expresan opinio iuris y no una simple recomendación; y las resoluciones son

Para determinar si ese es el caso, cada resolución de la AG debe ser analizada a la luz de todas las circunstancias que rodearon su adopción y también por referencia a las otras pruebas de opiniones de los Estados en relación con la cuestión debatida.¹⁰⁸ Es necesario realizar un examen detenido e individualizado, para tratar de determinar las razones que llevaron a la adopción de una determinada resolución, el método utilizado, el lenguaje usado, las circunstancias del voto, las medidas de control, la práctica ulterior seguida por los Estados, etc.¹⁰⁹. En este sentido, se ha indicado que la importancia dependerá de la naturaleza de la resolución y del patrón de votación asociado. Una resolución que atraiga un voto polarizado, o muchas abstenciones, puede no tener implicancias jurídicas.¹¹⁰

En la relación entre normas consuetudinarias y costumbre internacional,¹¹¹ existen tres posturas distintas: las resoluciones de la AG pueden (i) constituir práctica estatal; (ii) reflejar opinio iuris; o (iii) presentar una combinación de ambos elementos.

(i) Práctica estatal

Según esta postura, a menos que uno tome la extrema posición que sólo los actos físicos constituyen práctica, las resoluciones de la AG, que son pronunciamientos colectivos de los Estados, deben considerarse parte de la práctica estatal.¹¹² En este sentido, se ha sostenido que votar o debatir en la AG debería tener el mismo valor, o incluso más, que un comportamiento determinado del Estado.¹¹³ El proceso por el cual fue adoptada la resolución determina si se trata de una práctica general o no. Su repetición en resoluciones posteriores determina su “consistencia” o

creadoras cuando impulsan el desarrollo de práctica estatal con el fin de configurar una futura norma consuetudinaria. Diez de Velasco Manuel, “Instituciones de Derecho Internacional Público”, decimoséptima edición, Editorial Tecnos, pp. 240/241.

¹⁰⁸ Brownlie Ian, “Principles of Public International Law”, Clarendon Press, Oxford, cuarta edición, p. 15.

¹⁰⁹ Diez de Velasco Manuel, “Instituciones de Derecho Internacional Público”, decimoséptima edición, Editorial Tecnos, p. 241.

¹¹⁰ Charlesworth Hilary, “Law-making and sources”, en *The Cambridge Companion to International Law*, editado por Crawford James y Koskeniemi Martii, Cambridge University Press, 2012, p. 199.

¹¹¹ Esto excluye del presente análisis la relación entre las resoluciones de la AG y la Carta de la ONU y/u otros tratados internacionales. Diez de Velasco Manuel, “Instituciones de Derecho Internacional Público”, decimoséptima edición, Editorial Tecnos, pp. 240/241.

¹¹² Sloan Blaine, “United Nations General Assembly Resolutions in our Changing World”, Transnational Publishers, 1991, pp. 71-75.

¹¹³ Klabbbers Jan, “An Introduction to International Institutional Law”, Cambridge University Press, 2002, p. 209.

“uniformidad”, así como la conducta de los de los Estados en conformidad con las reglas establecidas en la resolución fuera de la AG.¹¹⁴

Sin embargo, se ha sostenido que esta postura es cercana a lo absurdo, dado que la única práctica en la AG es votar y debatir.¹¹⁵ Asimismo, se ha indicado que hay que evitar los riesgos de otorgarle valor jurídico a todo lo que surja de la AG. En este sentido se sostiene que las resoluciones son generalmente el resultado de compromisos y arreglos políticos y, entendidos de ese modo, nunca pueden constituir normas obligatorias¹¹⁶.

(ii) Opinio iuris

Para otros, la votación en el marco de la AG de una determinada resolución revela la existencia de *opinio iuris* al articular un sentimiento relativo a la existencia de principios o reglas de derecho internacional.¹¹⁷ Por lo tanto, cuando las resoluciones se refieren a normas generales de derecho internacional, la aceptación por una mayoría constituye prueba de las opiniones de los gobiernos en el foro más amplio para la expresión de tales opiniones.¹¹⁸

Sin embargo, hay quienes han considerado que esta visión es simplista dado que los Estados votan de una determinada manera en la AG por una variedad de razones.¹¹⁹ Asimismo, se ha sostenido que, como principio, una declaración realizada por la AG en relación con el estado del derecho internacional no es inherentemente diferente a la realizada por cualquier otro órgano. La diferencia es el grado y no necesariamente el tipo.¹²⁰ Por último, se ha indicado que, para considerar el requisito de *opinio iuris*, es necesario analizar el lenguaje de la resolución, las afirmaciones realizadas en la AG en el debate con anterioridad a su adopción o luego en la explicación del voto, así como las afirmaciones realizadas fuera del ámbito de la AG.¹²¹

Además, aun si se le puede conferir a una resolución el carácter de *opinio iuris*, no es claro que ella pueda ser entendida asimismo como práctica estatal y, como tal, como creadora de costumbre internacional.

¹¹⁴ Harris David, “Cases and Materials on International Law”, Sweet & Maxwell, p. 54.

¹¹⁵ Klabbbers Jan, “An Introduction to International Institutional Law”, Cambridge, 2002, p. 209.

¹¹⁶ Shaw Malcolm, “International Law”, Cambridge University Press, sexta edición, 2008, p. 117.

¹¹⁷ Sloan Blaine, “United Nations General Assembly Resolutions in our Changing World”, Transnational Publishers, 1991, pp. 71-75.

¹¹⁸ Brownlie Ian, “Principles of Public International Law”, Clarendon Press, Oxford, cuarta edición, pp. 14 y 698.

¹¹⁹ Thirlway Hugh, “The Sources of International Law” en Evans (ed.), International Law, p. 118.

¹²⁰ Klabbbers Jan, “An Introduction to International Institutional Law”, Cambridge, 2002, p. 208.

¹²¹ Harris David, “Cases and Materials on International Law”, Sweet & Maxwell, p. 54.

Así, al indicar una *opinio iuris* de parte de los Estados miembros, las resoluciones de la AG pueden suplir el elemento faltante en línea a la existencia de una práctica estatal y luego consumir el uso en costumbre o pueden inspirar práctica que luego se convierta en derecho. Pero deben hacer algo más.¹²²

En efecto, cuando las resoluciones de la AG han sido invocadas en el marco de litigios internacionales, ellas han sido judicialmente consideradas como no más que declaratorias de derecho consuetudinario o, a lo sumo, evidencia de la existencia de *opinio iuris*.¹²³

Así, en el caso *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua*, la CIJ sostuvo que existía en el derecho internacional una *opinio iuris* que podía deducirse de, *inter alia*, las actitudes de las partes y los Estados en relación con ciertas resoluciones de la AG, particularmente la Resolución de la AG 2625. En este sentido, la CIJ sostuvo que el consentimiento al texto de esa resolución no puede entenderse como meramente “reiteración o elucidación” de los compromisos asumidos en la Carta de la ONU. Por el contrario, puede ser entendido como aceptación de la validez de la regla o serie de reglas declaradas en la misma resolución. Sin embargo, el mero hecho de que los Estados hayan declarado su reconocimiento a ciertas reglas no fue considerado suficiente para que la CIJ las juzgue parte del derecho consuetudinario y, como tal, aplicables de ese modo por los Estados.¹²⁴

En el caso de la *Legalidad de la Amenaza o Uso de Armas Nucleares*, la CIJ sostuvo que las resoluciones de la AG, aunque no sean obligatorias, pueden, a veces, tener valor normativo. Así, en ciertas circunstancias, pueden otorgar una evidencia importante para el establecimiento de la existencia de una regla o del surgimiento de *opinio iuris*. Para determinar si ello ocurre con una determinada resolución de la AG, es necesario analizar su contenido y las condiciones de su adopción. En este caso, la CIJ examinó una serie de resoluciones de la AG sobre la legalidad del uso o amenaza de uso de armas nucleares y destacó que muchas de ellas habían sido adoptadas con un número sustancial de votos negativos y

¹²² Sloan Blaine, “United Nations General Assembly Resolutions in our Changing World”, Transnational Publishers, 1991, pp. 71-75. De manera concordante, se ha sostenido que las Resoluciones de la AG pueden, al formular principios generales, elucidar y desarrollar normas consuetudinarias. Brownlie Ian, “Principles of Public International Law”, Clarendon Press, Oxford, cuarta edición, p. 699.

¹²³ Thirlway Hugh, “The Sources of International Law” en Evans (ed.), *International Law*, p. 118.

¹²⁴ CIJ, *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua*, Méritos, Sentencia, ICJ Reports 1986, párrafos 184/188.

abstenciones y que, por lo tanto, no eran suficientes para determinar la existencia de una opinio iuris sobre la ilegalidad de tales armas.¹²⁵

(iii) Combinación de práctica estatal y opinio iuris

Por último, se sostiene que un único acto de un Estado puede consistir en práctica acompañada de opinio iuris. En este sentido, se afirma que las resoluciones adoptadas en un caso particular también pueden constituir práctica acompañada de opinio iuris y, para algunos, no existiría razón lógica por la cual una resolución declaratoria de la AG no pueda también combinar esos dos elementos.¹²⁶

E. Impacto de la Resolución 69 en el carácter de los Principios bajo derecho internacional

Esta sub-sección pretende analizar si, como resultado de la adopción de la Resolución 69, los siguientes principios incluidos en el texto de esa resolución se han convertido en normas jurídicas vinculantes en el plano internacional: derecho soberano a reestructurar, trato equitativo, reestructuración por mayoría, legitimidad, transparencia y sustentabilidad.

Ello parte de la base que los principios de buena fe, imparcialidad e inmunidad soberana de jurisdicción y ejecución enumerados en la Resolución 69, tienen carácter vinculante por constituir principios generales de derecho o costumbre internacional en los términos del artículo 38 del Estatuto con anterioridad a la adopción de la mencionada resolución.

En función de lo hasta aquí expuesto y teniendo en cuenta las circunstancias específicas de la adopción de la Resolución 69, es posible concluir que ninguno de los restantes principios por ella enumerados tiene carácter jurídico vinculante bajo derecho internacional. Ello, por las razones que se expresan a continuación.

En primer lugar, al tratarse de una norma de soft law, los Principios no han adquirido carácter obligatorio por el mero hecho de haber sido plasmados en la Resolución 69.

En segundo lugar, independientemente del enfoque que se adopte en cuanto a la relación entre normas consuetudinarias y resoluciones de la AG, lo cierto es que para que el contenido determinado de una resolución

¹²⁵ CIJ, Legalidad de la Amenaza o Uso de Armas Nucleares, ICJ Reports 1996, párrafos 70/71.

¹²⁶ Sloan Blaine, "United Nations General Assembly Resolutions in our Changing World", Transnational Publishers, 1991, pp. 71-75.

de la AG tenga carácter jurídico vinculante bajo derecho internacional es necesario que refleje, cristalice o genere normas consuetudinarias. En cualquier caso, es necesario que se encuentren presentes los elementos de práctica estatal y *opinio iuris*.

A los fines de analizar la existencia de esos elementos, como hemos visto, de acuerdo con la jurisprudencia de la CIJ, es preciso tener en cuenta, entre otras circunstancias, los motivos que llevaron a la adopción de una determinada resolución, el lenguaje usado, las circunstancias del voto, la existencia de votos negativos u abstenciones, la práctica ulterior seguida por los Estados, etc.

Como hemos indicado en la sección IV, existen posturas contradictorias en relación con el carácter vinculante de los Principios. Por un lado, los Estados que conforman UNASUR han sostenido que los Principios son normas jurídicas vinculantes bajo derecho internacional, por el otro, Estados Unidos, India, Singapur han indicado justamente lo contrario.

A lo dicho, se suma la existencia de un número importante de abstenciones (41) y votos negativos (6) de Estados a los que se puede considerar como “especialmente afectados” de acuerdo con el lenguaje utilizado por la CIJ: Canadá, Alemania, Israel, Japón, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Estados Unidos de América. Lo anterior imposibilita afirmar la existencia de una *opinio iuris* en lo relativo al carácter obligatorio de los Principios.

En efecto, la misma UNCTAD ha reconocido que, para una solución eficaz al problema de la reestructuración de la deuda externa, ella debería ser concordada por un número crítico de futuros miembros y signatarios del tratado multilateral (en particular, por las economías cuyas jurisdicciones rigen la mayoría de las emisiones de deuda externa).

Recordemos que al momento de votar la Resolución 69, Estados Unidos sostuvo que los Principios son problemáticos por implicar el reconocimiento de un derecho a la reestructuración de la deuda que no existe, postura compartida por Australia. Asimismo, la representante de la Unión Europea sostuvo que la Resolución 69 contiene varias declaraciones que no reflejan fielmente las leyes ni las prácticas internacionales. Aun varios de los Estados, como India y Singapur, que votaron a favor de la Resolución 69 sostuvieron el carácter no vinculante de los Principios al expresar que ellos preservaban el derecho soberano de los Estados.

Es claro que los Estados que han votado en contra o se han abstenido son Estados especialmente afectados por los Principios en la medida en que, como hemos visto, sus jurisdicciones rigen la mayoría de las emisiones de deuda externa. Ello nos impide considerar que la Resolución 69 ha reflejado, cristalizado o generado normas consuetudinarias.

En tercer lugar, como hemos señalado, el mismo lenguaje de la Resolución 69 nos confirma el carácter no vinculante de los principios de reestructuración por mayoría y legitimidad, que preservan expresamente la discrecionalidad de los Estados de observarlos.

Por último, la práctica de uno de los Estados que más ha impulsado la adopción de la Resolución 69 reafirma las anteriores conclusiones. En efecto, Argentina ha recientemente celebrado un acuerdo con los holdouts aprobado por el Senado de la Nación que contraría justamente el principio de reestructuración por mayoría contenido en la resolución bajo análisis¹²⁷. Esta práctica contradictoria de Argentina imposibilita razonablemente sostener que la Resolución 69 haya dado lugar a una práctica consistente con todas las disposiciones en ella contenidas por considerarlas vinculantes en el plano internacional.

V. MODO DE COLOFÓN

Como fue indicado en la introducción, mediante este trabajo intentamos evaluar la postura de Argentina y de otros Estados según la cual todos los Principios son normas jurídicas vinculantes bajo derecho internacional por tratarse, ya sea de principios generales de derecho, o de costumbre internacional.

A partir de un análisis estrictamente jurídico, de las circunstancias de la votación y de los debates previos a la adopción de la Resolución 69 podemos razonablemente sostener que los únicos principios contenidos en esa resolución que hoy gozan de carácter jurídico vinculante bajo derecho internacional son los principios de buena fe, imparcialidad e inmunidad de jurisdicción y ejecución.

En efecto, en relación con los restantes principios contenidos en la Resolución 69, luego de un análisis de las condiciones de su votación y

¹²⁷ Ley 27.249 publicada en el Boletín Oficial del 1 de abril de 2016. A raíz de ello, se ha sostenido que “el mensaje” que enviaría Argentina al mercado financiero “sería que conviene negarse a participar en los procesos de reestructuración”, lo opuesto a lo que el país impulsó hace tan sólo seis meses ante la propia asamblea de la ONU, con el anterior gobierno y que la contradicción argentina engendra peligros. Ver, Página 12, Un mal precedente para el mundo, 9 de marzo de 2016, disponible en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-294111-2016-03-09.html>.

considerando los votos negativos y abstenciones de los Estados íntimamente conectados a la cuestión debatida –por tratarse de Estados cuyas jurisdicciones rigen la mayoría de los bonos de deuda soberana–, no es posible sostener que haya surgido una norma jurídica vinculante en el plano internacional.

Por lo tanto, a no ser que se ratifique un tratado multilateral en materia de reestructuración de deuda soberana conteniendo los Principios o que surja una práctica consistente y concordante con las enunciaciones realizadas en los Principios, el estado actual del derecho internacional no nos permite razonablemente sostener que todos los Principios gozan de carácter jurídico vinculante bajo derecho internacional.