

Entrevista al Dr. Roberto Dañino (*)

La Globalización de la Abogacía y el Rol de los Organismos Financieros Multilaterales (**)(***)

El Derecho no ha sido ajeno al fenómeno de la globalización. ¿cuál consideraría usted que ha sido la rama del Derecho que ha sido más impactada?

El Derecho ciertamente no ha estado al margen de la globalización. La apertura de los mercados y, en especial, la desregulación financiera mundial, han terminado integrando de manera sin precedentes a los mercados de capital a nivel global. A su vez, la revolución tecnológica ha aumentado la velocidad y ha reducido los costos de acceder y transmitir información. En ese contexto la globalización ha tocado de una forma u otra a todas las áreas del Derecho, pero sin duda el derecho financiero es una de las ramas que ha tenido una evolución muy acelerada al tener que seguir el desarrollo de los mercados globales de capital, y al tener que adaptarse a los nuevos instrumentos financieros que van apareciendo.

¿Y las demás áreas del Derecho?

Las demás áreas del derecho también se están transnacionalizando: cada vez hay más cortes con jurisdicción internacional y legislaciones con vigencia extra-territorial, cada vez más las regiones buscan uniformar su normatividad, ciertos países también han comenzado a aplicar sus legislaciones de manera extra-territorial, etc. Ello va de lo penal a lo tributario, pasando por la protección de los derechos humanos, el derecho de competencia, las normas sobre comercio internacional, la propiedad intelectual, el nuevo derecho de la informática, etc.

¿Una "nueva era" para los abogados de hoy?

Ciertamente. Estamos comenzando una nueva etapa sobre todo para el ejercicio privado de la profesión. No sólo la normatividad se está globalizando sino el ejercicio mismo del derecho. La revolución tecnológica ha impactado no sólo la forma cómo nos comunicamos, sino cómo investigamos, producimos documentos, efectuamos transacciones, etc. Incluso ya hay varios websites en los que se ofrecen servicios legales, aunque ciertamente para los temas más sencillos.

De otro lado, al igual que la banca, los seguros, la auditoría y la publicidad, los servicios legales

(*) Socio del Estado Wilmer, Cutler & Pickering con sede en Washington D.C., en el cual dirige la práctica latinoamericana (LAPC), una de las más reconocidas de los Estados Unidos de América. Presidente del Comité de Evaluación de las Actividades del Sector Privado del Banco Interamericano de Desarrollo. Abogado por la Universidad Católica del Perú. Master y Doctor (abril) en Derecho Económico por la Escuela de Leyes de Harvard University.

(**) La presente entrevista fue co-elaborada y realizada por Gustavo Barbosa Borsari, alumno del Décimo-Segundo ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Director General de Advocatus Nueva Época.

(***) Advocatus Nueva Época brinda un muy especial agradecimiento a la Dra. Maria Lizzy Motta Highley, por su generosa y valiosa colaboración en la preparación de la presente entrevista.

también se están globalizando. Los despachos europeos y norteamericanos han liderado ese proceso a través de incasantes fusiones y adquisiciones a nivel global que están transformando el ejercicio del derecho. Cada día hay más abogados que ejercen en otras jurisdicciones que aquellas en las que fueron formados. Asimismo, los requisitos para el ejercicio de abogados extranjeros están siendo liberalizados. Al comienzo éste fue un fenómeno primordialmente vinculado a la integración europea, pero hoy ha comenzado a ocurrir en los Estados Unidos también. Por ejemplo, de los 8.000 abogados que el año pasado tomaron el examen de admisión (Bar Exam) en Nueva York, 1.400 eran abogados extranjeros. Ciertamente, la abogacía está comenzando una nueva etapa, una etapa fascinante en la evolución, modernización y transnacionalización del derecho y de su ejercicio.

En ese contexto, los organismos financieros multilaterales -cuya actuación es por definición transnacional- están desarrollando un papel cada día más importante para nuestros países.

¿Cuáles son los más importantes a nivel global y cuál es su rol fundamental?

A nivel global, los organismos multilaterales financieros más relevantes son el Fondo Monetario Internacional ("FMI") y el Banco Mundial ("BM"). Ambas instituciones son producto de la coyuntura creada al término de la segunda guerra mundial.

El FMI tiene como función básica prestar ayuda financiera a aquellos países con desequilibrios en sus balanzas de pagos.

Por otro lado, el BM tiene como misión fortalecer las economías en desarrollo y expandir los mercados con el fin de mejorar la calidad de vida de sus habitantes a través de préstamos a gobiernos o a entidades privadas con garantía gubernamental. Ahora bien, dentro del grupo del BM, se encuentra la Corporación Financiera Internacional ("CFI") la cual se encarga de brindar apoyo financiero al sector privado, sin necesidad de garantías de gobierno. La CFI ofrece una amplia gama de productos financieros y servicios para empresas privadas en países emergentes, tales como inversiones de capital, préstamos a largo plazo, garantías, productos subordinados, entre otros. Asimismo, el Grupo del BM también tiene otras afiliadas como la Agencia Multilateral de Garantías que ofrece garantías de riesgo político para las inversiones internacionales.

¿Y a nivel latinoamericano?

En América Latina el Banco Interamericano de Desarrollo ("BID") constituye el principal organismo financiero multilateral. Creado en 1959, el BID tiene como misión promover el desarrollo económico y social de sus países miembros en América Latina. Tradicionalmente, el BID ha prestado su apoyo a través de préstamos a largo plazo a favor de gobiernos o entidades gubernamentales, así como a entidades privadas pero con garantía de gobierno. Dentro de este marco el BID ha venido financiando una amplia variedad de proyectos.

¿Qué tipo de proyectos?

Carreteras, hidroeléctricas, hospitales, redes de agua, así como programas de crédito para micro-empresarios y productores rurales en pequeña escala y asistencia técnica para la preparación, financiamiento y ejecución de los programas de desarrollo. Además, en los últimos cinco años, el BID ha iniciado un programa de préstamos para proyectos privados de infraestructura, sin garantías de gobierno.

¿El BID tiene también organismos afiliados?

Sí, al igual que el BM, el BID también cuenta con afiliadas como la Corporación Interamericana de Inversiones ("CII") y el Fondo Multilateral de Inversiones ("FOMIN").

¿Para qué fueron creados dichos "afiliados"?

En el caso de la CII, ésta fue creada para proveer respaldo financiero a empresas privadas de pequeña y mediana escala a través de inversiones de capital, préstamos y otros productos financieros. El FOMIN fue creado para auspiciar a través de préstamos y donaciones una serie de programas que propicien la creación de un clima regulatorio positivo para la inversión privada.

¿Y a nivel andino?

A nivel andino, la Corporación Andina de Fomento ("CAF") es el organismo financiero más relevante. La CAF es fundamentalmente un intermediario financiero creado para apoyar el desarrollo de infraestructura productiva, especialmente aquella que facilite la integración de los países miembros de la Comunidad Andina. En los últimos años la CAF ha adquirido una dinámica y una relevancia muy grande para el financiamiento tanto del sector público como del sector privado en los países andinos.

¿Cuál cree usted que han sido los principales motivos o razones para la creación de dichos organismos financieros multilaterales?

El común denominador de estos organismos multilaterales es su propósito de promover el desarrollo económico y social de los países más necesitados. No obstante, algunas de estas entidades también cumplen un importante rol en la promoción de las exportaciones provenientes de los países industrializados.

¿Quizá con un mayor énfasis en el desarrollo económico y no tanto en el ámbito social?

No. Por ejemplo, tomando como punto de referencia al BID, que es la institución que mejor conozco, creo que el BID le ha dado a la región mucho más que recursos financieros. En la última década el BID ha ejercido un verdadero liderazgo intelectual en la región respecto de las políticas sobre el manejo fiscal, la reducción de la pobreza, la promoción de la educación y equidad social, en la modernización del Estado, en integración económica, medio ambiente, sector privado, entre muchos otros temas. Los recursos financieros del BID son para mí sólo el complemento a las ideas y políticas que promueven estas instituciones.

¿En cuanto al acceso al crédito, son sólo los gobiernos los sujetos de crédito de dichos organismos financieros multilaterales?

Tradicionalmente ha sido así en la mayor parte de los casos, estas instituciones le proveían recursos sólo al sector público. Sin embargo, en la medida en que las privatizaciones de la década pasada transfirieron a la empresa privada proyectos que tradicionalmente eran desarrollados por el sector público, todos los organismos multilaterales financieros -salvo el FMI- han ido ampliando su capacidad de financiamiento al sector privado, y sin garantías de gobierno. Creo que ésta es una tendencia que se irá acentuando y estará acompañada también por un mayor acceso de la empresa privada a los mercados internacionales de capital.

¿Y los mercados nacionales de capital?

A mi modo de ver, el acceso de la empresa privada al financiamiento de estos organismos y al de los mercados internacionales, deberá estar acompañada por un desarrollo mucho más vigoroso y profundo de los mercados de capital nacionales. Gran parte del costo de los proyectos de infraestructura está en moneda nacional y por ello, en vez de endeudarse en el exterior, deberían poder acceder a productos financieros de largo plazo en los mercados nacionales y así evitar el innecesario riesgo de cambio. A su vez, si ello así ocurriera, se estarían creando instrumentos para movilizar y captar ahorro nacional a largo plazo, lo que es fundamental para la solidez de los fondos de pensiones, compañías de seguros, y para los ahorristas en general.

¿Qué requisitos toman en consideración los organismos financieros multilaterales para otorgar un empréstito a un determinado país?

Naturalmente, los países deben ser miembros de la entidad y encontrarse al día en sus obligaciones. Cumplido eso, lo fundamental es que los proyectos sean financieramente viables. Sin embargo, para justificar la presencia de un organismo multilateral en el financiamiento de un proyecto privado, se debe constatar que la presencia del organismo conlleva beneficios adicionales. Ello se conoce como el concepto de la «adicionalidad», es decir, los beneficios financieros y no-financieros adicionales que la presencia del organismo implica, como por ejemplo, plazos más largos de financiamiento, medidas especiales para la preservación del medio ambiente o para la promoción social en la zona en la que se ubica el proyecto.

¿Cuáles son los mecanismos de financiamiento mayormente utilizados por éstos?

En cuanto a los mecanismos de financiamiento, éstos varían también pero en la mayoría de los casos se dan bajo la forma de préstamos, inversión directa o garantías. Por ejemplo, la CFI otorga préstamos de largo plazo, que pueden ser también subordinados, invierte en el accionariado de empresas privadas, ya sea en acciones comunes o preferentes, otorga garantías y líneas de crédito. Para ser elegible y obtener financiamiento de la CFI, la empresa o el proyecto deben ser rentables, beneficiar a la economía del país en el cual se realizará la inversión y estar en cumplimiento con los estándares de protección del medio ambiente.

¿Existen limitaciones para ello?

Para el caso concreto de la CFI, ésta limita el monto total a financiar por medio de deuda a capital al 25% del costo total estimado del proyecto, pudiendo financiar hasta un 35% en aporte de capital siempre que ello no convierta a la CFI en el accionista con mayor participación en la empresa.

¿En qué se diferencian los mecanismos de financiamiento utilizados por los organismos financieros multilaterales de los demás mecanismos de financiamiento, tales como una emisión de bonos o una titulización de activos?

Estos organismos también realizan emisiones de bonos y titulización de activos, tanto para financiarse a sí mismos, así como para financiar a sus clientes. El aspecto más interesante de sus financiamientos a clientes lo constituye la estructura de "co-financiamiento". Al respecto, es importante recordar que estos organismos han sido creados a través de tratados que les confieren una serie de privilegios e inmunidades, en especial las exoneraciones tributarias y la inmunidad de ser enjuiciados fuera de sus sedes. Además, durante décadas se ha establecido

una trayectoria en la que de facto se les ha excluido de las refinanciaciones oficiales y de los controles de divisas. Ahora bien, a fin de hacer extensivos estos beneficios a quienes les acompañen en el financiamiento de sus proyectos, los organismos han desarrollado una estructura de co-financiamiento consistente en un préstamo fondeado en dos partes.

¿Podría darnos un ejemplo de ello?

Como no. Por ejemplo, si un proyecto requiere de \$100 millones, típicamente se estructuraría con un préstamo "A" de unos \$25 millones de recursos del organismo multilateral y con un préstamo "B" por el saldo fondeado por bancos comerciales. Al ser estructurado como un solo préstamo, en el que el acreedor de registro frente al país es el organismo multilateral, el íntegro del préstamo se beneficia de las exoneraciones tributarias y, sobre todo, del tratamiento preferente que universalmente los países le acuerdan a los organismos multilaterales. De esta manera, los organismos consiguen movilizar muchos más recursos financieros que los propios, cumpliendo así un rol "catalítico" o movilizador del financiamiento del desarrollo, lo que en muchos casos permite establecer coeficientes de uno a seis, un dólar del organismo por cada seis dólares de otras fuentes.

¿De ocurrir un incumplimiento por parte del país que hubiese solicitado dicho empréstito, cómo se ejecutan las garantías?

En el caso de los préstamos a gobiernos normalmente no hay garantías específicas, sino la garantía general del Estado, mientras que en el caso de los préstamos a empresas privadas sí suelen haber algunas garantías específicas, pero sobre todo son los flujos financieros estimados del proyecto lo que principalmente garantiza el servicio de la deuda.

¿Qué tipo de sanción o penalidad recaería sobre dicho país que incumpliera?

Normalmente, los gobiernos evitan incumplir con los acreedores gubernamentales por cuanto existen cláusulas de incumplimiento cruzada ("cross defaults") que implican que el incumplimiento de un contrato de préstamo, automáticamente acelera la exigibilidad de todas las demás acreencias pendientes con el mismo acreedor y, en algunos casos, las de otros acreedores también. El elemento disuasivo mayor, sin embargo, es que el país pierde la capacidad de obtener nuevos recursos de ese organismo. Adicionalmente, existe la posibilidad de que un país pueda ver embargados sus bienes fuera de su territorio, y por ende, entorpecido todo su comercio internacional, terminando con su eventual exclusión de toda la comunidad financiera internacional.

¿Cree usted que los Organismos Financieros Multilaterales han tenido un impacto positivo en el desarrollo de los países?

Yo soy de los que creen que estos organismos han jugado un rol importante y positivo en el desarrollo de América Latina y creo que en el futuro próximo su rol continuará siendo muy relevante, pues aún existe mucho por resolver en el ámbito social, en especial en el combate contra la pobreza condición en la que aún viven 220 millones de latinoamericanos y casi la mitad de ellos en condición de indigencia. Vivimos todavía en una región en la que el 10% más rico de la población concentra el 40% del ingreso nacional, mientras que el 30% más pobre sólo recibe el 7.5% del ingreso total.

No obstante, es innegable que en el último siglo también ha habido avances muy importantes

en América Latina. En educación, por ejemplo, el analfabetismo ha disminuido del 71% a comienzos del siglo veinte a un 11% en el año 2000. En ese mismo período la expectativa de vida pasó de 47 a 70 años; y la mortalidad infantil bajó de 291 a 25 niños de cada mil niños que no llegan al primer año de vida. A su vez la tasa de fecundidad ha bajado de 6 a 2.4 hijos por mujer.

¿Cuál cree usted que sería el rol de los organismos financieros multilaterales en un futuro próximo?

En todos estos logros de nuestros países, los organismos multilaterales han cumplido un rol muy importante. Yo tengo plena confianza en que en el futuro próximo seguirán desempeñando un rol preponderante en el apoyo a los gobiernos de la región en el combate frontal de la pobreza, el mejoramiento de nuestra competitividad internacional, el fortalecimiento de nuestras instituciones, la integración regional y la protección de nuestro medio ambiente.