

**DEUDA EXTERNA, NUEVO ORDEN ECONOMICO
Y ORDENAMIENTO JURIDICO INTERNACIONAL**

por ANTONIO FERNANDEZ TOMAS

SUMARIO

I. LA EXPOSICION DEL PROBLEMA

1. Los datos de base.

- A) *Países en desarrollo.*
- B) *Países desarrollados.*
- C) *Países socialistas.*

2. Los intereses en conflicto.

- A) *Perspectiva económica.*
- B) *Perspectiva político-social.*

3. Las causas de la situación.

4. La delimitación conceptual.

II. DEUDA EXTERNA Y NUEVO ORDEN ECONOMICO INTERNACIONAL: LA RENEGOCIACION

1. Los rasgos característicos de la renegociación.

- A) *La colectivización de los acreedores.*
- B) *La indeseada colectivización de los deudores.*

2. El proceso de renegociación.

- A) *Del Plan Baker al Plan Brady.*
- B) *Del reescalonamiento a la reducción de las deudas.*

3. La ocasional ruptura de la renegociación: la ejecución del deudor ante un tribunal interno. (El caso Allied Bank/Banco de Crédito Agrícola de Cartago).

III. DEUDA EXTERNA Y ORDENAMIENTO JURIDICO INTERNACIONAL. ANALISIS DE LOS ARGUMENTOS PARA JUSTIFICAR UN IMPAGO

1. Una perspectiva histórica: el estudio de los precedentes.

A) *Los arbitrajes de principios de siglo.*

- a) Las reclamaciones francesas contra el Perú.
- b) La indemnización rusa.

B) *La jurisprudencia del Tribunal Permanente de Justicia Internacional.*

- a) Los empréstitos serbios y brasileños.
- b) La Sociedad Comercial de Bélgica.

2. Una perspectiva dogmática: el estudio de los argumentos.

A) *El Cambio fundamental de las circunstancias esenciales para la manifestación del consentimiento del Estado (rebus sic stantibus).*

- a) El cambio fundamental en la doctrina, la práctica y la jurisprudencia internacional.
- b) El cambio fundamental en el Convenio de Viena sobre Derecho de los tratados.
- c) La aplicación de la doctrina *rebus a la situación provocada por la deuda externa.*

B) *El Estado de necesidad como causa de exclusión del ilícito internacional.*

- a) Estado de necesidad y fuerza mayor. Delimitación de la figura jurídica.
- b) La interconexión entre el cambio fundamental en las circunstancias y el estado de necesidad.
- c) La alegación del estado de necesidad.
- d) Su aplicación a la situación generada por la deuda.

C) *Los cambios fundamentales en la estructura del Estado.*

- a) La denominada «Sucesión de Gobiernos» y el problema de la deuda.
- b) Las llamadas «deudas odiosas» en una Sucesión de Estados y en una Sucesión de Gobiernos.
- c) Cambios de gobierno, derechos adquiridos y derecho a elegir el propio sistema económico.

CONCLUSIONES

INTRODUCCION

Los problemas económicos y sociales ocasionados a los Estados por el desmesurado crecimiento de su deuda externa a lo largo de la década de los ochenta han sido objeto de una copiosa información difundida por los medios de comunicación de masas. Ello plantea la conveniencia de conectar la problemática jurídica con las más recientes páginas de la historia económica tal y como ha sido divulgada por la doctrina y por la prensa. Por el contrario, frente a la anterior abundancia informativa, la práctica de arreglo de diferencias «jurídicas» en esta materia por parte de los Estados especialmente interesados es más bien escasa en los últimos años. Sin embargo, existen interesantes precedentes, que datan de principios de siglo y del período de entreguerras, y que conviene rescatar del olvido. Su observación impulsa al análisis más detallado de una serie de figuras jurídicas (sucesión de gobiernos, cambio fundamental en las circunstancias, fuerza mayor) que aparecen invocadas en los precedentes extraídos de la práctica internacional, y alguna otra proximidad sistemática hace ineludible su estudio comparativo (sucesión de Estados en materia de deudas del Estado, estado de necesidad) de cara a la posible utilidad de su aplicación a la variante radical del problema, esto es, al caso en que el deudor rechaza o repudia el pago de la deuda.

Por otra parte, en un estudio contemporáneo sobre la problemática jurídica ocasionada por la Deuda Externa, básicamente enfocado desde la perspectiva de los deudores, parece insoslayable tener en cuenta el punto de referencia obligado constituido por ese «concepto en evolución sin significado fijo» (0) llamado Nuevo Orden Económico Internacional. Sin embargo, el mensaje elaborado por la Asamblea General sobre este tema es considerablemente ambigüo,

(0) Así lo califica el gobierno de los Estados Unidos de América en la declaración efectuada al ratificar el tratado constitutivo de la ONUDI (BOE de 21 de febrero de 1986).

pues gira en torno a un término tan impreciso como el propio NOEI: el de *renegociación*. Tal vez cabía esperar de la mayoría tercermundista en la Asamblea un planteamiento más radical —en la línea de un repudio de la deuda y no de un mero reajuste en sus condiciones de pago— que quizá no se llevó a cabo en aras del consenso. No obstante, *renegociación* es un término lo suficientemente ambiguo como para ser ambivalente. De ahí que pueda afirmarse que, si bien el Programa de Acción para el establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional preconiza —literalmente— la *renegociación*, este término es susceptible de interpretaciones más moderadas o más audaces en función de las circunstancias. Desde el inicio de la crisis hasta ahora, la práctica de los Estados especialmente interesados lo ha interpretado como una mera negociación continuada que conducía a un *reescalonamiento* de los plazos y un reajuste de los tipos de interés, resultados a los que se llegaba en el exquisito marco de los Clubs de París y Londres, bajo el autoritario patronazgo del Fondo Monetario Internacional.

Sin embargo, de un tiempo a esta parte, parece tener considerable acogida la idea de la *condonación*. Parece haber bastado, que el Plan Brady mencione esa palabra mágica para que la práctica estatal comience a deslizarse hacia ella. A mediados de julio de 1989 se ha vuelto a renegociar la deuda mexicana y, por primera vez se ha concedido una condonación significativa a uno de los grandes deudores. Podría entonces haber, a partir de ahora, un nuevo enfoque del problema que condujese a la *renegociación/reducción* como práctica general; pero este trabajo posee un límite temporal y hay cuestiones sobre las que ahora sólo es posible esbozar conjeturas. Es deseable, que la condonación voluntaria de los acreedores pueda anticiparse a la forzosa negativa al pago de algunos deudores evitando mayores problemas, pero para analizar esta nueva práctica convendría esperar unos años, a fin de poseer la necesaria perspectiva.

I. LA EXPOSICION DEL PROBLEMA

1. Los datos de base

A) Países en desarrollo

El incremento de la Deuda Exterior de los Países en Desarrollo a lo largo de los últimos años constituye un problema hasta tal grado preocupante para la Comunidad internacional en su conjunto que no resulta aventurado calificarlo como el tema eje de la interdependencia económica internacional de la década de los ochenta (1). Una cierta deuda externa parece inherente a un proceso

(1) En general, puede ARNAUD, P. «La dette du Tiers Monde». París, Ed. La découverte, 1988; y verse la obra colectiva, a cargo de FERRI, P. *L'indebitamento dei paesi in via di sviluppo. Tra cooperazione e crisi petrolifere*. Giuffrè. Ed., Milano 1987.

de desarrollo inducido en muchas ocasiones desde la antigua metrópoli colonial. Las relaciones de dependencia en un plano comercial (importación de maquinaria y bienes de equipo), de transferencias de capital (créditos e inversiones), y de transferencia de tecnología, provocaban tradicionalmente una corriente de pagos al exterior, que sin embargo, se veían hasta cierto punto compensados con ingresos procedentes de exportaciones, renovación de líneas de crédito y llegada de nuevas inversiones extranjeras, con lo cual el déficit exterior de las balanzas de pago crecía pero no a un nivel alarmante, en tanto en cuanto había una relación bastante estable entre el aumento del endeudamiento y el aumento de ingresos por exportaciones del deudor. En la década de los ochenta, por el contrario, una deuda externa crónica, y en un aumento desbocado, golpea de lleno la estabilidad económica y social de los Países en Desarrollo. Han sido probablemente los Países en Desarrollo con un grado de desarrollo medio los más afectados por la crisis económica, que ha provocado su propia crisis de pagos. Es quizá Latinoamérica (2) el área geográfica más castigada por este incontenible proceso. Dentro de ella importa destacar que actualmente, tan afectados están los países productores de petróleo (México, Venezuela, Ecuador) como los que no lo son; aquellos con un elevado grado de industrialización (3) (Brasil, Argentina), como lo más pobres (Bolivia).

En concreto, acerca de la situación en Africa: BOTAFOGO, J. «Debito, aggiustamento e crescita nell'Africa Subsahariana». pp. 57-75. FLAGESTAD, A. «Il problema del debito nei paesi in via di sviluppo: in particolare in Africa», pp. 75-87. Ambas incluidas en la referida obra colectiva.

(2) Véase al respecto *América Latina: Deuda, crisis y perspectivas*, Ed. Cultura Hispánica del I.C.I., Madrid 1984. Esta colección de estudios de varios autores, presenta una panorámica general y un estudio en profundidad de los casos de México, Argentina y Chile. Véase sobre todo el número monográfico de la revista *Política Exterior*, vol. III. n.º 10. Primavera 1989 sobre *La deuda iberoamericana*.

Entre la amplísima bibliografía extranjera destaca el número monográfico de la revista *International Organization*, 1985, vol. 39, n.º 3; y los *Proceedings* de la *American Society of International Law* de 1983. Así mismo *Trois points de vue Latino-Americaine sur la question de l'endettement* en el n.º 74 (Cuarto trimestre, 1984) de la sección «Notes et études documentaires» de *La documentation française*, pp. 4-63, en el que los tres puntos de vista son aportados por los profesores A. FERRER, R. FRENCH-DAVIS, y A. BARROS DE CASTRO.

(3) AMERICA LATINA: DEUDA TOTAL DESEMBOLSADA. (Saldos a finales del año, en millones de dólares).

País	1978	1981	1983	1985	1986	1987
América Latina	150.893	277.702	344.030	368.000	392.893	409.805
<i>Países exportadores de petróleo</i>	64.390	121.233	147.534	152.440	—	—
Bolivia	1.762	2.450	2.780	3.190	4.267	4.450
Ecuador	2.975	5.868	6.712	7.300	8.646	9.600
México	33.946	74.900	92.100	97.700	101.500	105.600
Perú	9.324	9.638	12.442	13.750	14.468	15.300
Venezuela	16.383	28.377	33.500	32.341	32.200	

De ahí que la explicación última sea considerable compleja y no parezca ahora venir ligada a la crisis de las materias primas, como ocurrió en 1973 y años sucesivos, ni a la mayor o menor presencia de inversión extranjera en el sector industrial, preocupación obsesiva para los países del pacto Andino durante la década de los setenta.

B) Países occidentales

Conviene tener en cuenta que el problema del déficit exterior no está restringido al *guetto* de los países subdesarrollados, sino que el mal aqueja a ciertos países occidentales y, significativamente a la propia balanza de pagos norteamericana, deficitaria desde hace años. La deuda exterior norteamericana obedece quizá a causas diferentes de la de los países tercermundistas, y no podemos entrar aquí en su análisis, pero el hecho evidente es que sigue creciendo a un ritmo acelerado en la actual coyuntura mundial, sumando en estos momentos ya más que el total de la deuda exterior latinoamericana. Dentro del Bloque Occidental, y aún constituyendo por tantos motivos un caso especial, conviene recordar la situación en la que se llama la República Sudafricana, sólo salvada *in extremis* de la más absoluta insolvencia por los créditos especiales otorgados por el F.M.I., a cambio de las contribuciones sudafricanas a la reserva mundial de oro (4), en la más desafiante contradicción con las resoluciones de la Asamblea

País	1978	1981	1983	1985	1986	1987
<i>Países no exportadores de petróleo</i>	86.503	156.468	196.469	215.760	—	—
Argentina	12.496	35.671	46.500	50.000	51.500	54.500
Brasil	52.285	78.580	96.500	101.930	111.045	116.900
Colombia	4.247	7.885	10.405	13.350	14.990	15.700
Costa Rica	1.870	3.360	3.848	4.240	3.739	3.800
Chile	6.664	15.542	17.431	19.580	20.670	20.510
El Salvador	986	1.471	1.891	2.100	2.200	2.250
Guatemala	821	1.385	2.019	2.450	2.641	2.720
Haití	210	372	551	650	700	740
Honduras	971	1.708	2.017	2.440	2.931	3.145
Nicaragua	961	2.200	3.324	4.370	5.773	6.200
Panamá	1.774	2.379	3.392	5.140	4.802	4.900
Paraguay	669	949	1.469	1.850	1.841	2.000
Rep. Dominicana	1.309	1.837	2.560	2.760	3.646	3.700
Uruguay	1.240	3.129	4.589	4.900	5.193	5.600

Fuente: CEPAL, sobre la base de información oficial en Brasil y Venezuela; en los demás casos sobre dato del Banco de Pagos Internacionales.

(4) La prensa publicó el 2 de septiembre de 1985 la decisión sudafricana de *suspender el pago* de su deuda externa durante 4 meses. Según el cronista de *El País* (Supl., p. 3) la deuda externa cuyo pago se aplazaba alcanzaba 17.000 millones de dólares, garantizados por apenas unos 2.350 millones de reserva de oro y divisas.

General de las Naciones Unidas que recomiendan la ruptura de relaciones comerciales y financieras en el régimen racista de Pretoria, y en un clima social insostenible ante las reiteradas negativas gubernamentales a acabar con el *apartheid*.

C) Países socialistas

De igual modo, las economías de ciertos países socialistas se han visto seriamente afectadas por el déficit exterior. El problema no sólo afecta a Cuba, sino fundamentalmente a algunos países socialistas europeos. En efecto, actualmente dentro de los llamados «Baker 15» (5), o sea, de los quince mayores deudores mundiales durante la etapa en la que se ha intentado aplicar el Plan Baker, hay un país socialista europeo: Yugoslavia; y Polonia no le anda muy a la zaga en cifras negativas.

2. Los intereses en conflicto

A) Perspectiva económica

Una primera lectura de los datos expuestos podría hacer pensar que, con alguna puntual excepción —Sudáfrica o Yugoslavia—, estamos ante un problema que afecta a los Países en Desarrollo, en el que, por lo tanto, los gobiernos occidentales no tienen por qué verse implicados. La práctica, sin embargo, demuestra lo contrario pues, desde las Declaraciones de Williamsburg (1983) y Londres (1984) de los Jefes de Estado y Gobierno del Grupo de los Siete, (o grupo de países más industrializados), hasta hoy, no han cesado de sucederse declaraciones y planes, siendo los más significativos al Plan Baker y el Plan Brady, formulados respectivamente por quién fue Secretario del Tesoro norteamericano entre 1985 y 1988 y quien lo es desde entonces. Asimismo existe, si bien más tardíamente adoptada, una posición institucional común sobre el problema en el ámbito comunitario europeo, posterior a la Resolución del Parlamento Europeo de 23 de marzo de 1987 (6).

Si se analiza el problema en profundidad, en primer lugar desde una perspectiva económica, la reacción de los Gobiernos occidentales es lógica, pues sería absurdo pretender ignorar las graves repercusiones que el problema puede llegar a producir también en las economías de los países desarrollados en el caso

Por lo que respecta a sus relaciones privilegiadas con el FMI puede verse el informe del Dr. GISSELQUIST para el Consejo de las Naciones Unidas para Namibia, titulado *Relaciones del Fondo Monetario Internacional con Sudáfrica* reproducido como documento de la Asamblea (A/37/568), de 25 de octubre de 1982.

(5) LAWRENCE, R. «Estrategia para la reducción de la deuda». *Política Exterior*, vol. III, n.º 10. Primavera 1989, pp. 114-138. En concreto, pp. 118 nota al pie.

(6) Resolución sobre el problema del endeudamiento de los países en desarrollo, adoptada el 18 de febrero de 1987 (DOCE, C 76 de 23 de marzo de 1987). Puede verse reproducida en *RIE*, vol. 14, n.º 2, 1987, pp. 591 y ss.).

de que finalmente se produzca una sucesión de impagos en cadena producto de la anemia financiera generalizada de los países deudores. Un crack generalizado de los deudores del Tercer Mundo podría llegar a producir la quiebra de muchos acreedores privados, al tener que renunciar la Banca Comercial al imposible cobro de unos pasivos que, en algunas instituciones financieras superaban la cifra de activos (7). Indudablemente, los Bancos Centrales de los Países Occidentales se verían afectados si quisieran evitar la quiebra de instituciones crediticias importantes de su propio país, constituyéndose en garantes de los depósitos privados. De ahí la preocupación detectable en las autoridades financieras gubernamentales de los países desarrollados ante el problema. Conviene señalar, sin embargo, la tensión existente dentro de estos países, entre quienes dirigen la política exterior, partidarios de seguir manteniendo corrientes de capital hacia el Tercer Mundo, independientemente de la consideración del riesgo económico que ello implica ante la creciente falta de capacidad de pago de los deudores (8), y la recelosa actitud de los Bancos, mucho más preocupados por el ajuste contable y la presión de sus propios accionistas, que por el mantenimiento de una determinada política exterior (9).

(7) DE LA DEHESA, G. y RUIZ, J.J.: «La deuda externa latinoamericana y la 'involuntaria' recomposición de la cooperación internacional» *Política Exterior*. Vol. III, n.º 11, 1989, pp. 159, divulgan un original mecanografiado de SACHS, Jeffrey, editado en septiembre de 1988 y titulado *New approaches to Latin América debt crisis*, del que vale la pena extraer el siguiente párrafo: «Cuando en aquel agosto de 1982 México decidió anunciar su incapacidad de hacer frente al servicio de sus obligaciones, el mundo financiero internacional se vio conmocionado por la posibilidad de una profunda crisis. El grado de exposición de los Bancos norteamericanos en Latinoamérica a finales de 1982, medido por el *ratio* de activos en el área sobre el capital de la institución financiera, era sencillamente sobrecogedor. Para el conjunto de Bancos americanos este *ratio* era de 118,8 por 100 y para los nueve mayores Bancos estadounidenses de un 176,5 por 100. Es decir, la insolvencia, incluso parcial, de Latinoamérica era suficiente para arrastrar a la quiebra al sistema económico occidental».

(8) *La perspectiva de los países industrializados* viene expuesta en: VERWILTS, H. «The transfer of financial resources from North to South: some problems and prospects». *Studia Diplomática*. Vol. XXXVIII, 1985, pp. 255-277. La postura norteamericana, con más detalle, puede ser observada a través de LICHTENSTEIN, C.C. «The U.S. Response to the International Debt crisis; The International Lending Supervision Act of 1983». *Virginia Journal of International Law*, 1985, pp. 401-435.

(9) Como ejemplo de esta actitud pudo ser representativo el informe de DE VRIES, R. (Vicepresidente del MORGAN Guaranty Trust Company) *The Debt crisis: Problems and Prospects as seen from the United States*. Preparado para la reunión de 1984 de «The Atlantic Conference». Iguazú Falls, Argentina 8 a 11 de noviembre de 1984, (Mimeografiado). Asimismo, WELLONS, Ph. a. «International debt: The behavior of Banks in a politized environment». *International Organization*, 1985, vol. 39, n.º 3. Una perspectiva interesante —aquella que los bancos tienen de la posición del Estado deudor— en BOGDANOWICZ, Ch. A. «Restructuring sovereign debt: the perspective of the sovereign debtor». *American Society of International Law. Proceedings of the 77th. Annual Meeting*, 1983, pp. 232 y ss.

B) *Perspectiva político-social*

Pero las repercusiones más recientes del problema merecen un enfoque, no ya exclusivamente económico, sino político y social. En efecto, como oportunamente se anunció desde el organismo que constituye la plataforma reivindicatoria habitual del Tercer Mundo —la UNCTAD— «la crisis de la deuda, tras haberse manifestado inicialmente como un fenómeno puramente financiero y luego como una crisis de desarrollo, había de pasar a una tercera y aún más aguda fase que plantearía conflictos sociales y alteraciones políticas que harían de ella un tema de preocupación en las fábricas y en la calle» (10). De hecho, la falta de solución al problema de la deuda ha empeorado las ya precarias condiciones de vida de las clases sociales populares en estos países. El surgimiento de problemas, sociales en Argentina, Túnez o Venezuela, con revueltas impulsivas que asaltan supermercados o protestan por las subidas de precios de los bienes de consumo más elementales, plantean una inestabilidad política de los gobiernos afectados que, en muchos casos —pensemos en Argentina, por ejemplo— podrían dar lugar al derrocamiento de regímenes democráticos, con la consiguiente pérdida de respeto a los derechos humanos y probablemente a una menor influencia política en la zona de los Estados occidentales a cuya Banca se culpa, con bastante razón, de haber originado la presente situación.

Este panorama social amenaza gravemente la estabilidad de los regímenes políticos en los países deudores. México, Argentina, Perú y Brasil han tenido que suspender pagos alguna vez durante esta década. Bolivia, Ecuador, Nicaragua y Uruguay (véase el cuadro incluido en la nota al pie núm. 2) han sufrido incrementos espectaculares de la deuda en los últimos años. En Argelia y Túnez las revueltas populares podrían quizá incrementar el número de adeptos al islamismo shiita. Yugoslavia no acaba de encontrar una fórmula nacional sólida tras la desaparición de Tito.

El gobierno de cualquiera de estos países puede verse compelido en un momento dado a adoptar una postura de indudable respaldo popular como sería sin duda la negativa al pago de la deuda. El impago es pues una decisión política que cabe dentro de lo posible y es contemplada como tal desde diversos ángulos, pero asimismo hay que pensar que una decisión de este tipo daría lugar a una compleja problemática, no exenta de aspectos jurídicos.

3. Las causas de la situación

Algún autor como FOCSANEANU (11) prefiere utilizar, para describir el actual problema, un término nuevo; el de «sobreendeudamiento» (*Surendette*-

(10) LAWRENCE, R., *Op. cit.*, pp. 115.

(11) FOCSANEANU, L. «Endettement extérieur, renégotiation des dettes, contrôle du crédit transnational» *R.G.D.I.P.*, 1985, pp. 299-352.

ment) para expresar que la característica relevante del fenómeno en el presente es que supera con creces la eventual capacidad de pago del deudor.

Las causas del fenómeno son múltiples y complejas y entre ellas habría que citar, a su juicio, las siguientes: 1) La fuerte bajada de los precios de las materias primas, 2) La disminución relativa del volumen de las exportaciones de los países en desarrollo, 3) La subida de las tasas reales de interés pagadas por estos países, 4) La subida de cotización del dólar en los primeros años de esta década, 5) Para los países no productores, las subidas en los precios del petróleo, sobre todo en 1973-74 y 1979-80, 6) El refuerzo del proteccionismo comercial en los países industrializados, que contribuye a dificultar las exportaciones del tercer mundo, 7) La masiva evasión de capitales producida en estos países y 8) La utilización de una parte de los créditos para la financiación de inversiones no rentables (12). Una enumeración parecida es ofrecida por el Parlamento Europeo del modo siguiente: «unos tipos de interés comerciales altos, unos tipos de cambio imprevisibles, en particular del dólar estadounidense, la caída de los precios internacionales de la mayoría de los productos básicos, la fuerte incidencia de proteccionismo en los países de la OCDE. La falta de un control adecuado en el préstamo de capitales, la inadecuación de la gestión de las finanzas y de los recursos en muchos países en desarrollo, las importantes fugas de capital desde estos países y la inflexibilidad estructural de sus economías nacionales en muchos casos» (13).

La enumeración de causas recién efectuada es muy amplia pero poco identificativa, ya que se incluyen dentro del elenco expuesto algunas causas que muy probablemente no son sino efectos producidos o acentuados por la crisis de pagos (como el refuerzo del proteccionismo comercial, y sobre todo la evasión de capitales) y sin embargo se subraya poco el papel causal primordial que sobre la situación actual parece haber tenido la subida de los tipos o tasas de interés financiero que recaen sobre los préstamos y empréstitos de variada índole concertados por estos países.

De un modo más gráfico puede decirse que, a grandes rasgos, existen dos grandes corrientes de pensamiento a la hora de formular una explicación al fenómeno actual. En una primera corriente doctrinal habría que incluir a quienes —como TAMAMES entre nosotros (14)— hacen arrancar el origen causal de unos episodios algo remotos: los constitutivos de la crisis de las materias primas, —la «crisis del petróleo»— en 1973. Es francamente difícil, sin embargo, hacer concordar dichas tesis con el hecho estadísticamente incuestionable de que, a finales de los ochenta, los grandes productores de petróleo como México,

(12) *Idem.* pp. 313-317.

(13) Resolución de 23 de marzo de 1987, *cit.*, véase *RIE*, 1987, pp. 591.

(14) TAMAMES, R. «Deuda externa y desarrollo, un problema de nuestro tiempo». *Política Exterior*, 1989, pp. 139, se pronuncia por el origen remoto (1973) y agrupa las posibles interpretaciones en torno a cuatro macrocorrientes doctrinales económicas (Kondratief y Garvy; Friedman; Keynes y una cuarta corriente «entre libertaria y ecologista, a la que se adscribe», pp. 140).

Argelia, o Venezuela, están terriblemente endeudados, y que fue México el primer país que se vio obligado a suspender pagos en 1982.

Más acertado parece adscribirse a una segunda corriente de opinión, para la que se pueden encontrar representantes tan dispares como, entre nosotros, Mariano RUBIO (15) y en el exterior A. GUNDER FRANK (16). Este último ha podido señalar como factor más significativo el de la «repentina y espectacular subida de los tipos de interés (en momento) posterior a 1979», originado inicialmente por la actitud de la Reserva Federal estadounidense y posteriormente por la Banca privada. A los deudores, sigue diciendo, «este tipo de interés se les ha cargado sobre los viejos préstamos existentes con anterioridad y sobre los nuevos tomados para pagar esos intereses más altos pagados por los primeros préstamos». Ello ha sido posible gracias a la inclusión en los contratos correspondientes de la mención a unos «Tipos flotantes» de interés, que, en un determinado momento evolucionaron bruscamente al alza suponiendo una carga financiera sobre los deudores muy superior a la esperada.

Enlazando la causa remota con la más próxima y directa, el Gobernador del Banco de España expone con claridad una explicación integradora pero poniendo el acento en la exagerada oscilación de los tipos de interés fluctuantes, cargados a los créditos otorgados desde finales de la década de los setenta.

Tras la subida de los precios del petróleo en 1973, los países productores de oro negro se encontraron con un fuerte excedente de divisas. Colocados en los euromercados, los «petrodólares» se transformaron en «eurodólares», dando lugar a flujos masivos de divisas que se desplazaban a corto plazo y provocaban problemas de liquidez y estabilidad monetaria en los Bancos Centrales de los países comunitarios (17). Fue entonces cuando los Bancos privados internacionales, con excedentes de divisas en sus depósitos, se apresuraron «a efectuar las tareas de reciclaje, concediendo préstamos a aquéllos con necesidad de financiación» (18).

Así se produjo lo que, con acierto, ha sido calificado como «la prueba radical de dos irresponsabilidades paralelas: la de los deudores y los acreedores» (19), pues, por un lado los países con déficit en su balanza de pagos debida a la subida de los precios del petróleo, precisamente por el hecho de ser ya defi-

(15) RUBIO, A. «El problema de la deuda exterior latinoamericana». *Política Exterior*, 1989, pp. 58-73.

(16) GUNDER FRANK, A. «La Asamblea del FMI y los problemas del Tercer Mundo», *El País*, 29 de septiembre de 1987.

(17) Recuérdese que, tras la crisis del FMI en 1971 se produjo la adopción de una directiva comunitaria la 72/156/CEE (J.O. L 91 de 18-IV-1972), permitiendo la adopción de medidas de salvaguardia para hacer frente a los problemas de liquidez ocasionados por la existencia de flujos internacionales de capital a corto plazo, aún vigente. Esta directiva fue posteriormente utilizada por los Estados miembros en las crisis de «eurodólares».

(18) RUBIO, M., *Op. cit.*, p. 60.

(19) RUIZ GARCÍA, E. «Latinoamérica: deuda y crisis de un modelo global». *Política Exterior*, 1989, p. 101 y ss., en concreto p. 113.

citarios. Y, por otro lado, los países productores de petróleo, por haberse involucrado en políticas de expansionismo y crecimiento económico por encima de sus posibilidades reales basándose de modo optimista en las reservas naturales de las que eran poseedores, se embarcaron en la concertación con la Banca privada internacional de un importante volumen de préstamos cuyo tipo de interés estaba sujeto a las fluctuaciones del mercado.

Durante una primera etapa, aproximadamente entre 1973 y 1980 los tipos de interés se mantuvieron, y como los precios de las materias primas mantuvieron una tendencia al alza, la proporción entre la deuda exterior de estos países y sus ingresos por exportaciones se mantuvo equilibrada. Por el contrario, cuando, a comienzos de la década de los ochenta se elevan bruscamente los tipos de interés, la deuda se dispara y resiste todos los esfuerzos de ajuste posteriormente efectuados (20).

Ante ello, cabría preguntarse a qué se debió esa elevación repentina de los tipos de interés de la banca privada. La respuesta parece estar en función de las políticas económicas llevadas a cabo en los países industrializados —sobre todo en los Estados Unidos— a principios de la década. Los esfuerzos de la Administración Reagan para reducir la inflación a través de políticas monetaristas, provocaron la subida del dólar en los mercados de cambios y fuertes subidas de los tipos de interés de los créditos y préstamos (21).

Al mismo tiempo se produjo una fuerte recesión en la producción de Estados Unidos y del resto de los países occidentales que les hizo reducir la demanda de materias primas. Ante el exceso de oferta de éstas, sus precios empezaron a bajar, y por tanto, a disminuir los ingresos por exportaciones de los países productores (22). La disminución de ingresos, unida al aumento de los pagos correspondientes a los intereses de la deuda provocaron la crisis de liquidez que posteriormente se ha revelado como algo más grave que una mera crisis de pagos, pues estamos ante una auténtica crisis estructural.

4. La delimitación conceptual: el contenido de la Deuda Exterior

Aunque quizá donde haya sido más elaborado el concepto de deuda del Estado, doctrinalmente, es en el ámbito de la Hacienda Pública y el Derecho Financiero y Tributario (23), razones de índole pragmática hacen prescindir,

(20) LASSO DE LA VEGA, A. (Banco Exterior de España) «El endeudamiento exterior de Iberoamérica». *ABC*. 29-VII-1985.

(21) RUBIO, M., *Op. cit.*, p. 61: En el mismo sentido: MINSKY, A. «La política económica americana e l'indebitamento dei paesi in via di sviluppo», en *L'indebitamento dei paesi in via di sviluppo ...*, *Op. cit.*, pp. 27 a 45.

(22) RUBIO, M., *Op. cit.*, p. 62.

(23) FERREIRO LAPATZA, J.J., *Curso de Derecho Financiero Español*. Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Hacienda. Cuarta edición. Madrid, 1980, pp. 650-724. Se analiza aquí el concepto y los componentes de la Deuda pública del Estado, pp. 650-662, y su clasificación (interior y

por el momento, de honduras conceptuales y adoptar una noción de trabajo como la propuesta por CARREAU, en el sentido de que el término Deuda Exterior debe comprender, tanto las de naturaleza pública como las de naturaleza privada y abarcar por tanto «todas las deudas pactadas en divisas entre residentes en un país y no residentes (24).

Es posible que la noción expuesta pueda parecer excesivamente amplia, pero ante todo interesa utilizar un instrumento conceptual capaz de incluir los dos bloques principales, a saber: las deudas públicas bilaterales, con respecto a las cuales funciona el llamado «Club de París», y las deudas privadas con Bancos Comerciales, en relación con las que trabaja el denominado «Club de Londres».

Intenta describir todas las operaciones que pueden dar lugar a una corriente de divisas entre residentes y no residentes sería arduo y farragoso. A grandes rasgos, sin embargo, parecen aceptables las tesis expuestas por MORRISSETTE (25), que, también sobre la base de la distinción entre corrientes de capital públicas y privadas efectúa la siguiente clasificación: 1) Las corrientes públicas bilaterales provenientes de los países miembros del CAD (OCDE). Vendrían fundamentalmente constituidos por los préstamos de Ayuda Pública al Desarrollo, sean o no concedidas en condiciones de favor, y los créditos públicos a la exportación. 2) Las corrientes de capitales privados, entre las cuales las más importantes son A) Los créditos privados a la exportación. B) Los préstamos bancarios, donde se incluirían fundamentalmente los créditos otorgados a los Países en Desarrollo por los consorcios bancarios multinacionales utilizando fondos obtenidos en el euromercado (eurocrédito). Estos fondos fueron especialmente abundantes tras la primera crisis petrolífera en 1973, y, según este autor han resultado especialmente costosos para los P.V.D. C) Los empréstitos internacionales o sea la emisión (directa) de empréstitos internacionales por los países en Desarrollo sobre el mercado de obligaciones extranjeras y de euroobligaciones. (Por obligaciones extranjeras) hay que entender las obligaciones por un prestatario que no tiene la nacionalidad del país en el cual emite las obligaciones. Por euro-obligaciones hay que entender las obligaciones colocadas por los sindicatos bancarios internacionales en moneda diferente de la del país en el que se emite el Título). En opinión de Morrisette este tipo de empréstitos hubiera sido el menos desfavorable para los Países en Desarrollo, pero, por diversas razones, éstos han hecho escaso uso de esta gama de mecanismos financieros (26). 3) Por último, dentro de la clasificación de este autor figuran las

exterior) (664-709). La conversión, la consolidación y el *repudio* de la deuda ocupan las páginas siguientes (710-724).

(24) CARREAU, D., «Le réechelonnement de la dette extérieure des Etats». *J.D.I.*, 1985, pp. 5-48.

(25) MORRISSETTE, F., «*Le problème de la dette des pays en développement*», (Tesis doctoral, Aix-en Provence 1979). Un resumen muy amplio, con el mismo título en *Canadian Yearbook of International Law*, 1981, pp. 50-131.

(26) MORRISSETTE, F., *Op. cit.*, p. 67.

corrientes multilaterales, esto es, aquellas que provienen de instituciones públicas internacionales, entre las que destaca el grupo de Banco Mundial. Conviene, por último, precisar que, más de las tres cuartas partes de la deuda actual provienen de las corrientes de capitales privados generadas por los consorcios bancarios multinacionales en forma de préstamos.

II. DEUDA EXTERNA Y NUEVO ORDEN ECONOMICO: LA RENEGOCIACION

Tanto la Declaración sobre el establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional —Res. 3.201 (S-VI)— como la Carta de Derechos y Deberes de los Estados —Res. 3.281 (XXIX)— guardan un absoluto silencio en torno a la problemática de la deuda externa. Únicamente el Programa de Acción sobre el establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional —Res. 3.202 (S-VI)— en su sección II, relativa al Sistema Monetario Internacional y la financiación del crecimiento económico de los países en desarrollo, se preocupa de señalar, en calidad de «medidas» (para la acción) las siguientes:

«f) Adopción de medidas urgentes, incluso en el plano internacional, para mitigar las consecuencias negativas para el desarrollo actual y futuro de los países en desarrollo derivadas de la carga de la deuda externa contraída en condiciones poco favorables:

g) *Renegociación* de la deuda, caso por caso, con miras a concertar acuerdos para la *anulación*, moratoria o reajuste de la deuda, o la concesión de subsidios para el pago de intereses».

Si se eliminase de este texto la palabra «anulación» podría decirse, no sin cierta malicia, que la práctica seguida en los últimos quince años cumplía literalmente el mandato contenido en el Programa de Acción sobre el establecimiento del Nuevo Orden Económico Internacional. Sin embargo, el texto extractado debe ser analizado dentro de su contexto histórico. A fines de 1974, pocos países tenían problemas con su deuda y se trataba entonces fundamentalmente de situaciones de falta de liquidez en divisas, o, dicho de otro modo, de una crisis de pagos y no de una crisis estructural. Parecía pues que un reajuste, una moratoria de pagos, y la llegada de nuevos créditos podían conjuntamente o por separado, solucionar la cuestión. Años después, la práctica ha demostrado que, con un mero «reescalonamiento» o reajuste no se da solución al problema. La palabra clave de la primavera de 1989, es «*reducción*», que sin tener un alcance tan absoluto como «anulación» o «condonación», está en la misma línea. Todo ello hace pensar en la posibilidad de una nueva interpretación del Texto consensuado en 1974 poniendo ahora el acento en el vocablo referido, de tal modo que la «renegociación» ya no tenga por objeto un mero reajuste de plazos y condiciones, sino una auténtica reducción de la deuda.

1. Los rasgos característicos de la renegociación de la deuda externa

El actual proceso viene marcado por la falta de homogeneidad entre los deudores, que implica una desigual capacidad de pago de los mismos, estrechamente ligada en muchos casos a las fluctuaciones de precios de alguna materia prima fundamental. Tampoco existe homogeneidad entre los acreedores (Estados, Bancos, Organizaciones Internacionales). Ahora bien, los acreedores han podido agruparse en dos grandes bloques: los públicos y los privados. Los deudores, en cambio, no han sido capaces de crear un frente común. Quizá esa sea una de las razones, que han explicado un de las características fundamentales del proceso que se está llevando a cabo: ha sido posible una «cartelización» de los acreedores, mientras que, fuertes presiones gubernamentales e institucionales han impedido una asociación de los deudores, tanto a nivel general como a nivel regional.

a) *La colectivización de los acreedores*

Para llevarla a cabo se han constituido dos foros de reunión específicos: El llamado Club de París, para las deudas públicas y el denominado Club de Londres para las deudas privadas. El Club de París⁽²⁷⁾ fue establecido sobre la base de una simple recomendación del Fondo Monetario Internacional. Por tanto en cada ocasión tiene lugar una sesión, convocada al efecto, para reunir a los principales acreedores de un concreto deudor, con éste. No hay, por tanto, estructura institucional⁽²⁸⁾, ni hay pues más continuidad que un mero secretariado puesto a disposición de las partes por el Gobierno francés. En dicho marco se elabora un acta que reestructura fundamentalmente el calendario de vencimientos, con el fin de que el país en cuestión pueda pagar su deuda. Se desplaza el calendario un período de 8 a 10 años, con 2 ó 3 de gracia, y se renegocia aproximadamente el 80 ó el 85 % de la deuda, nunca la totalidad. En una segunda fase, bilateral, cada deudor y acreedor llegan a un acuerdo, dentro del marco establecido, en el que se realiza un desarrollo técnico de lo anterior, y se discute el interés por mora. El acta consigna el resultado de la conferencia, y, sin necesidad de la previa formulación de una regla jurídica en ese sentido, se ha establecido una práctica de aplicación de la «cláusula de nación más favorecida», pues si un país deudor concede a un acreedor condiciones más favorables debe concederlas también a los demás acreedores.

El funcionamiento del Club de París viene estrechamente ligado a los programas de ajuste económico preconizados por el FMI para cada deudor en los

(27) Sobre el Club de París, RIEFFEL, A. «The Paris Club, 1978-1983». *Columbia Journal of Transnational Law*, 1984, pp. 83 a 110; FEUER, G. y CASSAN, A. «Droit international du développement». Ed. Dalloz. Paris, 1985, pp. 489-491.

(28) BOTHE, M. y BRINK, J. «Public debt restructuring. The case for International Economic Cooperation». *German Yearbook of International Law*, 1986, pp. 86 y ss., en concreto, p. 103.

llamados acuerdos *stand-by* (29). Sólo si el deudor ha concertado previamente con el FMI un programa *stand-by* los acreedores van a estar dispuestos a renegociar con él la deuda (30). Dicho de otra manera, el Fondo, se ha convertido «en organismo asesor y controlador básico de las propuestas de políticas de ajuste exigidas por los países e instituciones acreedoras, para llegar a nuevos acuerdos con los países deudores» (31). Hay que destacar que, durante los dos años siguientes al inicio de la crisis, los procesos de reestructuración de la deuda tuvieron una periodización anual. Por el contrario a partir de 1984 se hicieron plurianuales, aunque el papel controlador el FMI se intensificó (32).

El Club de Londres funciona sobre unas bases totalmente similares al anterior, la única diferencia es que los acreedores son bancos privados agrupados frente al deudor. Es este ámbito sin embargo se planteó el grave problema de que los bancos acreedores se negaron a suministrar nuevos créditos para aliviar la falta de liquidez de los deudores «si bien es cierto que hubo negociaciones globales concertadas mediante las cuales los bancos acordaron conceder nuevos préstamos... estos mismos bancos trataron de asegurarse por otras vías la cancelación de parte de los préstamos existentes, así como la limitación de los créditos comerciales a los países deudores» (33).

Por todo ello, como ha escrito PÉREZ ESCOLAR «la función intermediadora del FMI no resultó suficiente en los primeros años de la crisis. La reprogramación de los pagos de capital no era bastante para que los países deudores se mantuvieran al día» (34). Así pues, el FMI tuvo que controlar también la reprogramación de los pagos de intereses, o, dicho de otra manera, se comprometió a vigilar las políticas de ajuste de los deudores a cambio de que los bancos concedieran nuevos préstamos, que a su vez se otorgaban para poder estar al día en los pagos a la propia banca privada. La formula adoptada —inicialmente— obligaba a los bancos acreedores al aumento de los préstamos en un 7 % anual a aquellos países que aceptaran los programas del Fondo. De este modo, el FMI se ha convertido en el garante del colectivo de los acreedores.

(29) ROBICHEK, W., «The International Monetary Fund: An Arbiter in the Debt Restructuring Process». *Columbia Journal of Transnational Law*, 1984, pp. 143 a 154.

(30) DE LA DEHESA, G. y RUIZ, J.J., «La deuda externa latinoamericana y la «involuntari» recomposición de la cooperación internacional». *Política Exterior*, Vol. III, n.º 11. Verano 89, pp. 143 y ss.; en concreto, p. 158.

(31) RUBIO, M. «El problema de la deuda exterior latinoamericana». *Política Exterior*, Vol. III, n.º 10. Primavera 1989, p. 63.

(32) Hasta el punto de ser razonable el planteamiento de una tesis según la cual la intervención del FMI exigiendo determinadas políticas de ajuste externo constituiría una auténtica *intervención* en asuntos internos de ese Estado. Véase KRANZ J., «Le droit du Fonds monétaire international et les affaires des pays membres» *German Yearbook of International Law*, vol. 29, 1986. pp. 111-136.

(33) RUBIO, M. *Op. cit.*, p. 64.

(34) PÉREZ ESCOLAR, R. «Una propuesta sobre la deuda exterior latinoamericana». *Política Exterior*, Vol. III, n.º 10, pp. 74 y ss., en concreto, p. 84.

B) *La indeseada colectivización de los deudores*

La aceptación de tales foros de negociación implica la remisión a un terreno de juego en el que el deudor está en evidente desventaja, pues se produce una agrupación colectiva de acreedores que adoptan, una estrategia unitaria. Por el contrario, el deudor actúa aisladamente sin saber en qué condiciones estará negociando, quizá con los mismos acreedores, el resto de sus homólogos. Sin duda ello constituye una táctica de presión sobre el deudor, pero es preciso darse cuenta de que se está produciendo una proyección de categorías que provienen del derecho interno en el ámbito de la quiebra y la suspensión de pagos, y que son aceptadas y asimiladas por los deudores, tanto como por los acreedores.

En buena lógica, cabía esperar que la UNCTAD representara un papel de foro alternativo que permitiera encauzar el problema de la negociación de la deuda levantando una conciencia colectiva que produjera tomas de postura conjuntas por los países deudores. No obstante, hay que tener en cuenta que la agudización del problema de la deuda exterior se produce ya en un momento en que la UNCTAD comienza su fase decadente a partir del fracaso de la V Conferencia celebrada en Manila en 1979 (35). De ahí que la visión que el propio Secretario General tiene de las posibilidades de la UNCTAD en este campo, sobre todo tras la fracasada cumbre de Cancún sobre las «negociaciones globales» no pueda ser optimista y conduzca a que la UNCTAD adopte una posición más prudente de la habitual (36).

En este sentido, es preciso destacar la línea extremadamente moderada en la que están las dos resoluciones, 161 (VI) «Deuda Exterior» y 162 (VI) «Cuestiones monetarias internacionales», adoptadas el 2 de Julio de 1983 en la VI Conferencia celebrada en Belgrado, que recomiendan a los países miembros que acudan al Fondo Monetario Internacional para resolver sus problemas, y a éste que revise, con el fin de aumentarla, la asignación de los derechos especiales de giro correspondientes a cada país (37). Conviene subrayar que ambas resoluciones fueron aprobadas «sin disenso».

Esta inusual timidez reivindicativa es proseguida en la séptima Conferencia (UNCTAD VII) celebrada en Ginebra del 9 de julio al 3 de agosto de 1987, en cuya Acta Final se sigue preconizando un enfoque casuístico que tenga en cuenta las circunstancias particulares de cada país —lo que equivale a aceptar la negociación colectiva de acreedores con cada deudor— en la reestructuración de su deuda. Sin duda es juicioso que los plazos y condiciones concretas de un

(35) Sobre este tema puede verse FERNANDEZ TOMAS, A. *Las estructuras de cooperación para el desarrollo en Naciones Unidas*. Valencia. Diputación de Valencia, 1987, pp. 64-66 y 67-68.

(36) Véase *Deuda y Desarrollo*, informe de la Secretaría de la UNCTAD de 4 de julio de 1985. UNCTAD/TDR/5. Vol. I; y Vol. II *La Deuda, el desarrollo y la Economía Mundial* (misma signatura). Véase también el *Informe sobre el Comercio y el Desarrollo*, 1983, N.U., Nueva York, 1985. UNCTAD/TDR/3/Rev. 1.

(37) Actas de la UNCTAD VI. Belgrado, 1983, TD/326/ Vol. I, pp. 20 y 21.

reescalonomiento de deuda se efectúen basándose en una evaluación que tenga en cuenta la situación financiera de cada país. (y que sea capaz de otorgar un trato privilegiado a los más pobres, como los del Africa Subsahariana), pero lo sorprendente es que, seis años después de comenzada la crisis —y por tanto, tras constatar el fracaso de los meros reajustes de pagos— la UNCTAD VII acepte como bueno un mecanismo que no conduce a ninguna salida de la situación (37 bis).

No deja de resultar llamativo que el órgano más radical del sistema de Naciones Unidas adopte sobre un tema tan crucial una postura tan moderada. Cabe esperar que de la UNCTAD surgieran posturas más radicales, quizá, en la línea de preconizar la constitución de Asociaciones de Deudores, para que estos pudieran negociar, en un plano de igualdad con los acreedores agrupados o, más aún, pedir la pura y simple condonación de la deuda. Por el contrario, la adopción consensuada de propuestas conducentes a la expresa aceptación del liderazgo del Fondo en la materia, hace pensar que los países deudores no veían viable ninguna posible respuesta radical a lo largo de la década.

La búsqueda de foros alternativos donde pueda cuajar una postura colectiva de los países deudores se ha deslizado hacia el ámbito regional, en el que, al menos en Latinoamérica hay que reseñar tímidos intentos, como el «Consenso de Cartagena», comunicado elaborado por los ministros de Asuntos Exteriores y de Economía de once países latinoamericanos reunidos en Colombia en junio de 1984 (Brasil, México, Argentina, Venezuela, Chile, Perú, Colombia, Ecuador, Bolivia, Uruguay y República Dominicana) (38). Como fruto más destacado del mismo hay que señalar la formulación inicial de una receta que va a popularizar posteriormente el presidente peruano Alan García: los pagos correspondientes a la deuda renegociada deberían venir limitados a una fracción razonable de los ingresos en concepto de exportaciones (el 10 %) (39). Además se recomienda a la comunidad financiera internacional que tenga en cuenta un estatuto jurídico especial: el de «Estado soberano deudor» a la hora de actuar, pero no se formula un repudio colectivo de la deuda.

Mención aparte merece la Conferencia convocada por Fidel Castro en la Habana los primeros días de agosto de 1986, sobre la deuda exterior en latinoamérica (40). La reunión a la que no asistieron representantes estatales significativos, tuvo el interés de ser el primer foro en el que se defendió la idea de formular una negativa colectiva al pago (41).

(37 bis) Actas de la UNCTAD VII. Ginebra 1987. Puede verse también, DE LA CÁMARA, M. «Problemas causados por el endeudamiento internacional de los países en desarrollo». Serie «Cuadernos de Documentación.» O.I.D. Ministerio de Asuntos Exteriores. Madrid, 1988, pp. 15-16.

(38) Véase el texto en Boletín del FMI, vol. 13, n.º 13 de julio de 1984, pp. 205-206.

(39) Conviene tener en cuenta que esta posición ha sido calificada de «razonable» por el Parlamento Europeo, en su Res. de 18 de febrero de 1987, punto 13.

(40) Véase *El País* 1 agosto y 20 de septiembre de 1985 y *ABC*, 29 de julio de 1985.

(41) Véase *El País* de 1 de agosto de 1985.

A lo largo de 1989 ha habido nuevas iniciativas en ese sentido. Así, a nivel regional, el Pacto Andino acuerda negociar en bloque mejores condiciones para el pago de la deuda, como publica la prensa el 30 de mayo. El mes siguiente, también en Venezuela, el Grupo de los 77 fórmula la Declaración —de Caracas— proclamando que sus miembros no actuarán aisladamente en la búsqueda de soluciones a la crisis de la deuda. No parece, sin embargo, que, pese a los mencionados esfuerzos, vaya a lograrse finalmente una colectivización de los deudores.

2. El proceso de renegociación

El proceso de renegociación de la deuda, instado desde el propio centro del sistema económico, para evitar una sucesiva cadena de moratorias individuales, ha consistido, a grandes rasgos, en ir inyectando nuevos flujos de capital con diversas garantías estatales. El Plan Brady pretende que se aumente decisivamente el capital del F.M.I. a fin de utilizar una parte de la cuota nacional de cada país en la financiación de la deuda. La variante consiste, por tanto en que los nuevos flujos de capital procederán cada vez más, de fuentes públicas.

No obstante, en los últimos años, deudores y acreedores van tomando conciencia de que alargando el proceso mediante sucesivos reescalonamientos no se consigue más que aplazar momentáneamente una crisis de liquidez. De ahí que se tienda ahora, si bien de modo aún incipiente, a reducir el monto global de la deuda por diversas vías, como su canje por inversiones de capital, por bonos o títulos de la Deuda Interna del Estado, o bien, simplemente por venderla en el mercado secundario a un precio inferior.

A) *Del Plan Baker al Plan Brady*

Cuando en 1985 se hizo evidente que los bancos privados, no querían conceder nuevos créditos, los Gobiernos occidentales sobre todo el de los EEUU decidieron intervenir directamente en la problemática de la deuda. El Plan Baker, adoptado en el otoño de 1985 (42) significó así el fin de la política de desconocimiento oficial del problema de la deuda, que dejaba de ser un asunto privado entre los bancos y los Estados deudores, para implicar en el proceso a un nuevo interlocutor: la Administración norteamericana. El Plan estaba basado en la promesa de recaudar nuevos créditos, por valor de unos 29.000 millones de dólares en los años siguientes siendo aportado el resto del dinero por fuentes públicas de crédito, entre las que empezaba a adquirir un papel significativo el Banco Mundial (43). Sin embargo el Secretario del Tesoro Norteamericano.

(42) MALVEZZI, G., «Sei mesi di Piano Baker: implicazioni per il Sistema bancario internazionale». En FERRI, P. y otros. *L'indebitamento...*. Op. cit., pp. 45-57. El texto del Plan Baker puede verse en *International Legal Materials*, 1986, pp. 412-421.

(43) PÉREZ ESCOLAR, R., Op. cit., p. 88.

James BAKER, se mostraba contrario a una ampliación del capital del Banco Mundial, así como a una nueva emisión de derechos especiales de giro por el Fondo Monetario Internacional. Esto es, que las aportaciones de nuevo dinero público, eran en realidad considerablemente reducidas. De ahí que, el incumplimiento de su parte por la banca, motivara el absoluto fracaso del Plan hasta el punto de que, a finales de 1988 fue considerada necesaria la sustitución del mismo.

El Plan Brady, enunciado por el nuevo Secretario del Tesoro Norteamericano Nicholas BRADY (43 bis), implicaba un enfoque mucho más favorable para los deudores que el anterior. De hecho la parte más espectacular del Plan es la que propone —en abstracto— una reducción de hasta el 50 % de la deuda del Tercer Mundo, mediante diversas opciones técnicas. Como ha escrito PÉREZ ESCOLAR, en cierto modo las ideas consistentes en una reducción de la deuda ya habían sido avanzadas por ciertos países, (en concreto, SOLCHAGA, fue el primer Ministro de Economía de un país desarrollado que propuso ante el F.M.I. en abril de 1988 una política de reducción del importe de la deuda (44), pero no habían recibido hasta ahora el respaldo de los acreedores públicos más importantes. El Plan Brady repesca además en cierto modo, una idea ya expuesta anteriormente por los países en desarrollo en el seno de la UNCTAD; la de utilizar los Derechos Especiales de Giro para posibilitar una concesión directa de créditos por parte del Fondo Monetario Internacional. En el fondo, ello supone que serán los gobiernos de los países con mayor participación en el capital del F.M.I. quienes aportarán nuevos flujos de dinero capaces de ser destinados a mitigar el problema de la deuda. En concreto, Japón —el país con más excedentes de capital en la actualidad— parece haberse comprometido a la aportación de más de cuatro mil millones de dólares, independientemente de la actuación del F.M.I. No obstante, como señaló la prensa, la ejecución del Plan suscita numerosos interrogantes, en especial el de quién va a pagar en última instancia la operación, pues la opinión pública puede tener cierta base para pensar que al final pueden ser los contribuyentes de los países occidentales quienes corran con el pago de buena parte de la deuda.

B. *Del reescalonamiento a la reducción de las deudas*

En una primera etapa el contenido del proceso de la renegociación de las deudas llevado a cabo en el Club de París y en el Club de Londres respectivamente, consistía en un mero reescalonamiento de las mismas (45). Sin embargo

(43 bis) Sobre la también llamada «iniciativa Brady» puede verse BERMEJO, R. «Comercio Internacional y Sistema Monetario: Aspectos Jurídicos». Ed. Civitas, Madrid, 1990, pp. 245-250.

(44) PÉREZ ESCOLAR, R., *Op. cit.*, p. 95.

(45) La práctica de varios Estados en materia de renegociación ha sido publicada en *International Legal Materials*. Puede verse, P. ej., en relación con la RFA el «Draft Agreement on The rescheduling of the foreign debt of Third World Countries». *I.L.M.*, Vol. XXVI, mayo 1987, pp. 614 y ss., y sobre Chile, mismo número, pp. 819 y ss.

la repetición de operaciones de este tipo no ha conseguido, evidentemente, solucionar el problema. De ahí que, durante el fracasado intento de aplicación del Plan Baker y durante la actual vigencia del Plan Brady, se esté procurando por diversos medios una reducción del monto de la deuda.

El proceso de negociación específico calificado de reescalonamiento consiste en un complejo conjunto de operaciones por medio de las cuales, «el deudor recibirá nuevos créditos al tiempo que obtendrá igualmente la modificación de los términos y condiciones de sus compromisos financieros anteriores» (46). Conviene precisar pues que el «reescalonamiento» se diferenciaría de una simple renegociación de los plazos de vencimiento que dejara intactas las condiciones estipuladas en los acuerdos iniciales. No es pues una simple moratoria, sino algo más complejo; la sustitución de la antigua deuda, por una nueva deuda con términos y condiciones diferentes. El esquema jurídico último sería pues de una novación de créditos pactada entre acreedor y deudor. El proceso de reescalonamiento se ejerce fundamentalmente sobre dos tipos de deudas: 1) las Deudas Públicas Estatales, de carácter bilateral, y 2) las deudas privadas concertadas con bancos multinacionales, o con consorcios bancarios que operan en el mercado del «eurocrédito».

Durante la segunda mitad de la década de los ochenta, esto es mientras fracasa el Plan Baker, se reconoce, cada vez más ampliamente, la necesidad de reducir la deuda. El abanico básico de posibilidades consiste, bien en condonarla en todo o en parte, bien en conseguir su reventa en el mercado secundario de créditos o bien su canje por bonos o acciones de capital (47). Por utilizar palabras de la prensa, mediante «un plan de cambalache», «las mejores empresas de los países endeudados pueden pasar a manos de sus acreedores». Este sería el resumen de la lista «de opciones de mercado», esto es, aquella enumeración de posibilidades empleada en la práctica por la banca privada para intentar desprenderse de la deuda, reduciendo el riesgo de impagos. Ante la imposibilidad de eliminar la deuda por vía de el reescalonamiento de créditos, con los actuales *debt-equity-swaps* se está procediendo al canje de la deuda por otro tipo de activos financieros.

La esencia de los cuatro mecanismos básicos ha sido descrita con gran claridad por DE LA DEHESA. En primer lugar, nos encontramos con los bonos de salida (*exit-bonds*) que permiten a los bancos implicados aceptar largos períodos de amortización y tipos de interés por debajo de los del mercado, a cambio de no verse obligados a conceder nuevos préstamos. En segundo lugar, el mecanismo más utilizado es el cambio de la deuda por inversiones de capital (*debt-equity-swaps*) en el país deudor, denominadas en la moneda nacional del mis-

(46) CARREAU, D., *Op. cit.*, pp. 5 y 6.

(47) Pueden verse sobre este tema: DALLAS, R., *The Latin American debt crisis-is there a way out. The World today*, june 1989, pp. 99 y 55, y TORREGROSA, F., «Two aspects of the global management of the present external debt crisis: unilateral techniques and the secondary market of loans». Research Paper, (inédito). Departamento de Derecho Internacional, Valencia, 1989.

mo. En tercer lugar, es también bastante usada por algunos países la conversión de deuda vieja por nueva, llevando aparejadas los nuevos títulos una mayor garantía de pago, tanto del principal como de los intereses. Por último, el cuarto gran mecanismo es la recompra de la deuda (*debt-buy-back*) por parte del propio deudor, que la adquiere en el mercado secundario a un precio mucho más bajo que el nominal, logrando de este modo, indirectamente, la reducción (48).

3. La ocasional ruptura de la renegociación: la declaración de quiebra del deudor ante un tribunal interno (El caso Allied Bank/Banco de Crédito Agrícola de Cartago)

La renegociación de la deuda es un proceso buscado para evitar la ruptura entre acreedores y deudores. Puede ocurrir, en ocasiones, que alguna de las partes no desee realmente la negociación, o bien que los resultados de la misma no le parezcan aceptables. Por ejemplo, en la etapa actual (1989) México ha conseguido renegociar su deuda reduciendo un porcentaje importante de la misma, pero Venezuela, por el contrario, ha sufrido el rechazo de su propuesta por parte de sus acreedores, que se niegan a admitir una reducción del 50 % de la misma (véase *El País*, 22 de Julio de 1989). Si eso ocurre puede llegar a producirse la ruptura de la renegociación. Si es el deudor quien estima inadmisible la nueva negociación o el resultado de la misma puede llegarse a un repudio de la deuda. Por el contrario, si algunos acreedores no está de acuerdo con los términos alcanzados en la negociación colectiva, pueden intentar anticiparse y ejecutar por su cuenta y riesgo al deudor ante la jurisdicción competente. Eso es exactamente lo que ha ocurrido en el caso del *Allied Bank*.

Los hechos de este auténtico caso *test* pueden ser resumidos del modo siguiente (49). En 1976 se produce una reestructuración de las deudas de Costa Rica con un sindicato de 40 Bancos. La mayoría de los Bancos son norteamericanos, pero hay también al menos tres alemanes, uno suizo, uno francés, y dos españoles (Banco Exterior de España y Banco de Madrid). El pacto se concreta en que tres Bancos del sector público costarricense emitan cartas de pago, en dólares, y pagaderas en Nueva York, con vencimientos periódicos entre 1978 y 1983. La antigua deuda de Costa Rica es pues sustituida por esa nueva deuda contraída en otras condiciones por los tres Bancos del sector público costarricense.

En 1981 se produce una nueva crisis de pagos en Costa Rica, y un decreto presidencial del 24-XI-1981 exige una autorización especial del Banco Central para que las entidades del sector público puedan realizar pagos al exterior. El Banco Central ya había suspendido previamente todos los pagos, y los tres ban-

(48) DE LA DEHESA, G. y RUIZ, J.J., *Op. cit.*, pp. 167-169.

(49) Un resumen de los hechos puede verse en FOCSANEAU, *Op. cit.*, 326 y siguientes: CARRERA, *Op. cit.*, pp. 42 y ss., y en los considerados de la segunda y tercera sentencia en I.L.M. 1984, pp. 742 y ss., en I.L.M. mayo 1985, pp. 762 y ss. respectivamente.

cos en cuestión no son autorizados a pagar en divisas. El decreto presidencial remite a una motivación de fondo: la suspensión de pagos era necesaria pues se estaba volviendo a renegociar la Deuda Exterior del país.

Mientras dichas negociaciones prosiguen, uno de los bancos acreedores inicia un proceso contra los bancos costarricenses. El asunto va a parar, en una primera instancia al juzgado del distrito sur de Nueva York que rechaza, en su fallo de 22 de julio de 1983, la argumentación de los bancos demandantes. Conviene tener en cuenta que el Tribunal aceptó el argumento de los demandados basado en la doctrina del *Act of State*, (50), pero rechazó el relativo a la inmunidad de jurisdicción que pretendían poseer los Bancos demandados, (por ser empresas públicas estatales) en base a que la *Foreing Sovereign Immunities Act* Norteamericana de 1976 (51) consagra la distinción entre actos *iure imperii* y *iure gestionis* y por ser la de los bancos demandados una actividad comercial, no tendrían derecho a valerse de las prerrogativas jurisdiccionales derivadas de la inmunidad del Estado.

Mientras tanto las negociaciones han concluido, pero uno de los Bancos, el Fidelity, se niega a aceptar el nuevo acuerdo de reestructuración. Actuando como agente del Fidelity, el Allied Bank recurre, apelando contra la sentencia del Tribunal de Distrito. El Tribunal de Apelación (*Court of Appeals for the Second Circuit*) falla sentencia el 23 de abril de 1984 y falla también favorablemente a los demandados pero con otro argumento. Silencia la posibilidad de aplicación de la Teoría del *Act of State* y apoya su fallo en los llamados «comity principles» a caballo entre los auténticos principios jurídicos y los principios de cortesía internacional (52). En virtud de aplicación de tales principios, la validez de los actos del gobierno de Costa Rica debe ser reconocida por la jurisdicción de los Estados Unidos cuando estos no sean incompatibles con «*The law and policy*» de los EEUU.

Así pues, el Tribunal de Apelación, en esta primera sentencia, reconoce la validez del decreto presidencial costarricense de 1981, pues además, estima que

(50) Sobre los contornos de esta figura jurídica pueden verse: HERZOG, P., «La théorie de l'Act of State dans le droit des Etats-Unis». *Revue Critique de Droit International Privé*, 1983, pp. 617-646; TAHYMAR, M., «The Act of State doctrine: resolving debt situs confusion». *Columbia. Law Review*. Vol. 86, april 86, pp. 594-617; BENROTH, C.T. y TEITZ, L.E., *Banking on The Act of State, International lending and The Act of State*. Konstanz, 1985.

(51) Sobre la Ley norteamericana en materia de inmunidad de jurisdicción puede verse SORNARAJAH, M., «Problems in applying the restrictive theory of sovereign immunity». *I.C.L.Q.*, 1982, pp. 661-685.

(52) En el asunto *Hilton V. Guyot* (159 n.s. 113, 1895) el Tribunal Supremo USA definió la comity tal y como sigue: «Comity is neither a matter of absolute obligation on the one hand, nor of mere courtesy and good will, upon the other. But it is the recognition which one nation allows within its territory to the legislative, executive, or judicial acts of another nation, having due regard both to international duty and convenience, and to the rights of its own citizens or of other persons who are under the protection of its laws». Véase FENWICK, Ch. *International Law*. Fourth edition. New York. Appleton-Century-Crofts (1965), pp. 399-400.

existen declaraciones del Secretario de Estado y del propio Presidente de los EEUU apoyando el proceso de negociación de la deuda costarricense, e incluso, existía entre ambos países un acuerdo, en el marco del «Club de París» para la renegociación de la deuda pública. Con estos datos, el Tribunal de Apelación estima que el decreto costarricense no es contrario a lo que podríamos llamar «el orden público económico norteamericano».

Sin embargo, tras su fallo, el propio Tribunal se encuentra con una demanda de revisión de sentencia. (*rehearing*) que debe examinar en pleno. Y la novedad fundamental es que en el curso del procedimiento interviene, en calidad de *amicus curiae*, el propio gobierno de los EEUU. ¿Cuál es el objeto de esa intervención procedimental colateral?: demostrar que la suspensión de pagos decretada por Costa Rica sí afecta negativamente al orden económico norteamericano, y que por tanto el Tribunal había mal interpretado la «política» de los EEUU en esta materia, pues la suspensión de pagos decretada por Costa Rica «es contraria a los intereses esenciales de los EEUU en el buen funcionamiento del sistema financiero internacional» (53).

Además, en su memoria, el gobierno de los EEUU niega que existan las analogías apreciadas por el Tribunal de Apelación en su primera sentencia entre un procedimiento interno de quiebra, que implica la suspensión de los procedimientos de los acreedores individuales para no perjudicar la regulación conjunta finalmente resultante, y el proceso de reescalonamiento de deudas privadas internacionales en el cual no hay ninguna autoridad capaz de realizar esa gestión en beneficio de todos los acreedores.

El resultado final era previsible. Por fallo de 18 de marzo de 1985 el Tribunal de Apelación, actuando ahora en pleno, revisa la sentencia anterior y acoge las pretensiones de los demandantes (54). La contrariedad manifestada por el propio gobierno USA entre el acto legislativo costarricense y la «Policy» norteamericana en la materia impide ahora el Tribunal aplicar la *comity*. Se pasa revista sin embargo a la posibilidad de aplicación del *Act of State*, inicialmente aceptada por el Tribunal de Distrito. Sin embargo, un argumento contribuye al rechazo de esa argumentación. La formulación clásica de la doctrina del *Act of State* en *Underhill V. Hernandez* (168, U.S. 250, 252, (1897) la ciñe a los «actos del gobierno de otro Estado dentro de su propio Territorio» (55) y ello es asimismo repetido en el más sonado caso sobre el tema de las últimas décadas el *Banco Nacional de Cuba V. Sabbatino* (576, N.S., 398, 427 (1964). Según el Tribunal, el hecho de que la deuda renegociada en 1976 fuera pactada en dólares y pagadera en Nueva York, además del reconocimiento expreso de la com-

(53) Un comentario a la memoria del Gobierno USA en FOCSANEANU, *Op. cit.*, pp. 329-330.

(54) Publicada en *ILM* n.º 3 mayo 1985, pp. 762 y 55. Comentario en CARREAU, D., «La nouvelle décision américaine Allied Bank International ou un retour ambigu à la protection juridique des créanciers dans la procédure de rééchelonnement des dettes internationales», *J.D.I.* 1986, 123 y 55.

(55) *I.L.M.*, pp. 765, párrafo III.

petencia de los tribunales de los EEUU, serían razones de peso para afirmar que no podría ser aplicada aquí tampoco la doctrina del Acto de Estado.

Indudablemente, esta última afirmación es muy criticable, sobre todo si se tiene en cuenta, que, como recuerda CARREAU, el lugar que determina la situación de una deuda en el propio derecho norteamericano es el domicilio del deudor (56), en este caso en Costa Rica. Independientemente de la posible crítica jurídica, en materia de competencia judicial y conflicto de leyes, lo cierto es, que de la sentencia cabe extraer algunas conclusiones. Parece perfectamente posible suscribir las de FOCSANEANU, a saber: Por un lado, que un acuerdo de reestructuración de la deuda exterior de un país no es oponible a los acreedores que no han manifestado su consentimiento en relación con tal acuerdo; y, por otro que, la suspensión de pagos de la deuda exterior decidida por el gobierno del Estado deudor, no se impone automáticamente a la jurisdicción de los tribunales EEUU, en virtud de las figuras jurídicas examinadas (57).

Desde un punto de vista global, por tanto, el caso del *Allied Bank* posee la virtualidad de hacer patente cómo un procedimiento de reestructuración puede verse frustrado porque uno de los muchos acreedores se niegue a aceptar la negociación, o su resultado, e intente ejecutar al deudor para cobrar por la fuerza su crédito, en evidente perjuicio, no sólo del deudor que está en plena negociación, sino también del resto de los acreedores, que ven de este modo disminuidas sus posibilidades de cobro. Sería pues conveniente que los sistemas jurídicos internos, y el internacional incluyeran disposiciones capaces de prever la suspensión de los procedimientos en curso en caso de apertura de una negociación colectiva de su deuda, por parte de un Estado deudor con sus acreedores, de modo similar a lo que ocurre con los procedimientos de quiebra en muchos derechos internos.

III. DEUDA EXTERNA Y ORDENAMIENTO JURIDICO INTERNACIONAL: ANALISIS DE LOS ARGUMENTOS PARA JUSTIFICAR UN IMPAGO

1. Una perspectiva histórica: el estudio de los precedentes

Una de las lecciones del pasado es que no es la primera vez que se produce una gigantesca crisis de pagos en Latinoamérica. En efecto, entre 1870 y la Primera Guerra Mundial hubo una enorme expansión generalizada que afectó gravemente a estos países, así como a otros entonces periféricos, como los balcánicos (58). La Primera Guerra Mundial supuso una ruptura con la situación

(56) CARREAU, *Op. cit.*, Núm. 2, p. 124.

(57) FOCSANEANU, *L. Op. cit.*, p. 330.

(58) FISHLOW, A. «Lessons from the past: capital markets during the 19th. century and the interwar period». *International Organization*, 1985, vol. 39, pp. 383-439; BORCHARD, E. y WYNNE, W.A., «State Insolvency and foreign bondholders». Vols. I y II. New Haven, 1951.

hasta entonces existente, y, con posterioridad a la misma tienen lugar varias diferencias internacionales relacionadas con problemas de Deuda Pública. Conviene pasar revista a las más significativas de las provocadas por un impago de la deuda.

A) *Los arbitrajes de principios de siglo*

a) *El asunto de las reclamaciones francesas contra el Perú (1920)*

i) Exposición de los hechos y fundamentos jurídicos

Poco conocida es la sentencia arbitral de 11 de octubre de 1920, fallada en La Haya por un Tribunal Arbitral cuyo presidente era el suizo Ostertag, y cuyos vocales era el Sr. Sarrut por parte francesa y el Sr. Elguera por la peruana (59). La diferencia venía planteada por ciertos créditos de personas privadas francesas contra el Estado peruano, complicada por una «sucesión de gobiernos» en el mismo.

Según el relato de los hechos aceptado por las partes —pues figura en el compromiso de arbitraje de 2 de febrero de 1914— en 1910 los Ministros de Asuntos Exteriores de Perú (Melitón F. Porras) y de Francia (J. Guillemín) firmaron un acuerdo en virtud del cual, el Gobierno de Perú, con el fin de obtener la cotización en la Bolsa parisina de los bonos resultantes de un empréstito que se proponía negociar, consentía deducir del producto del empréstito 25 millones de francos para pagar a acreedores franceses, representados por el Banco de París y de los Países Bajos, en el buen entendimiento de que tal pago estaba subordinado a la realización del empréstito al que iba conectado.

Dos años después, el Ministro francés (Desportes de la Fosse) exigía a su homólogo peruano el pago de la deuda formalmente reconocida en el precitado acuerdo por el Gobierno del Perú. Este último se negaba al pago pues estimaba que la condición necesaria para que le fuera exigible el mismo —la realización del empréstito— no había sido llevada a cabo. Tal y como estaba previsto la diferencia fue sometida al referido Tribunal Arbitral.

El laudo arbitral pone de relieve que el Banco de París y los Países Bajos, actuaba representando los intereses de varias compañías mercantiles —así como algún comerciante individual— que, habiendo celebrado con Perú contratos para la compra de guano, habían anticipado pagos sin obtener la correspondiente mercancía. El acreedor principal es la sociedad Dreyfus Frères et Cie, que había contratado, el 17 de agosto de 1869 la compra de dos toneladas de guano con el Gobierno del Perú, anticipando su pago.

Diez años después estalla la guerra entre Perú y Chile, a consecuencia de la cual «desaparece el Gobierno legal» y sube al poder Nicolás de Piérola, pro-

(59) Recueil des Sentences Arbitrales, vol. I, Nations Unies, pp. 215-221.

clamándose «Jefe Supremo de la República». Como tal, ejerce el poder legislativo, el poder ejecutivo y «en parte el poder judicial» (60). La Compañía Dreyfus escribe al Dictador «confiándole la decisión de las cuestiones litigiosas» y aceptando de antemano su sentencia». Piérola, «usando de sus poderes excepcionales», falla sentencia el 18 de noviembre de 1880, otorgando la razón a la Compañía y fijando el monto de su crédito en dieciseis millones y medio de soles peruanos (jentonces equivalentes a 3.200.000 libras esterlinas!).

Piérola abandona «voluntariamente» el Poder el 28 de julio de 1881 siendo sin embargo investido del cargo —al parecer honorífico— de Presidente de la República. Cinco años después, la ley peruana de 26 de octubre de 1886 declara nulos todos los actos de administración interior, llevados a cabo por Nicolás de Piérola, entre ellos la «sentencia» que reconocía la obligación de pago, fijando su cuantía.

Sólo veinticuatro años más tarde, el Gobierno francés y el peruano firmaban el protocolo Guillemín-Porras de 1910, en el que el Gobierno peruano reconocía la existencia de la deuda, y fijaba su importe máximo en 25 millones de francos, deducibles del empréstito que nunca se llevó a cabo, por no autorizarlo el Congreso peruano.

La sentencia arbitral de 11 de octubre de 1920 es un texto jurídico extraordinariamente sucinto en el que el Tribunal, ni siquiera se molesta en exponer y valorar los argumentos de las Partes. Por el contrario, tras la exposición de los hechos viene directamente el fallo, condenatorio del Estado peruano hasta el tope máximo fijado por el acuerdo Guillemín-Porras. La impresión que produce es que, solucionaba la diferencia interestatal mediante la negociación, y plasmada la solución final en el protocolo referido, la ejecución del mismo no pudo llevarse a cabo al ser impedida por el Congreso Peruano. En ese contexto, la solución de someter la diferencia a un arbitraje, cuyo fallo era previsible de antemano, no es sino una vía para ganar tiempo y soslayar el obstáculo interpuesto al pago en el plano interno peruano.

Ello no obstante, la problemática planteada, jurídicamente compleja, merece poner de relieve la existencia de una diferencia «privada» (la de las sociedades francesas, posteriormente representadas por el Banco de París y de los Países Bajos, con el Gobierno peruano) a la que se superpone otra «pública» a partir del momento en que el Gobierno francés interviene en apoyo de sus nacionales. En segundo lugar, un reconocimiento público y oficial de la existencia y cuantía de la deuda por parte del Gobierno Piérola. En tercer lugar, la existencia de una ley peruana posterior, de 1886 que anula la decisión interna anterior. En opinión del Tribunal, endosado la argumentación francesa en este punto, esta ley «no puede ser oponible a extranjeros que han contratado de buena fe».

(60) Recueil des Sentences Arbitrales, *Op. cit.*, p. 219.

ii) Interés actual

El problema jurídico planteado es pues el de la incidencia de una «sucesión de gobiernos» en el valor jurídico del reconocimiento de una obligación de pago de carácter internacional. La situación histórica puede ser comparable a la actual, pues por un lado, se trata de deudas entre un acreedor privado y un deducido público en el que —a través de una u otra vía— se produce la intervención del gobierno nacional del acreedor apoyando sus pretensiones. Y por otro lado, la incidencia de una «sucesión de gobiernos» en la existencia de una deuda internacional, contraída por un gobierno no legítimo, es también fácilmente trasponible a los casos de algunos actuales deudores como Argentina, Nicaragua o Uruguay.

A este respecto, es una lástima que el presente laudo pase con rapidez por la cuestión decisiva, limitándose a la afirmación de que el Gobierno Piérola había sido reconocido por Francia, Gran Bretaña, Alemania y Bélgica y que tres sentencias, del Alto Tribunal de Justicia de Inglaterra (23-II-1888), del Tribunal de Apelación de Bruselas (10-julio-1888) y del Tribunal Arbitral franco-chileno (Lausana, 5 de julio de 1901), respectivamente, estimaban que tal Gobierno «había representado y obligado a la nación (peruana)» (61). De ahí la no oponibilidad a extranjeros de buena fe, de la posterior nulidad de lo actuado por el Gobierno Piérola.

A juicio del Tribunal arbitral, la regla general de identidad y continuidad del Estado (62) no encuentra en los hechos descritos ninguna base para no ser aplicada mediante la estimación de una posible excepción. Comparado con otro conocido arbitraje de la época, el «Caso Tinoco» (63), lo cierto es que, en las reclamaciones francesas contra el Perú ni siquiera era posible interponer un hipotético problema de reconocimiento de gobiernos, en tanto en cuanto el Gobierno Piérola había sido reconocido previamente por Francia, Estado que —años más tarde— lleva a cabo la reclamación; mientras que, por el contrario, en «Tinoco», Gran Bretaña —Estado reclamante— no reconoció nunca al go-

(61) *Recueil...*, cit., p. 219.

(62) La obra básica al respecto es la de MAREK, K. *Identity and continuity of States in Public International Law*. Libr. Droz. Geneve 1968, que estudia los casos de Austria, Italia, Yugoslavia, Checoslovaquia, Albania, Estonia, Letonia y Lituania, Polonia y Etiopía.

(63) *Recueil des Sentences Arbitrales*, vol. I, Nations Unies, pp. 375 y ss. Puede verse sus fragmentos más interesantes reproducidos en HARRIS, D.J., «Cases and Materials on International Law». Sweet and Maxwell, London 1973, pp. 150-151. Más extensamente, y acompañados de un interesante comentario en LEECH: OLIVER, C.I. y SWEENEY. *The International Legal System. Cases and Materials*, Mineola. New York, The Foundation Press the 1973, pp. 804-808. Entre nosotros, CASANOVAS, O. *Casos y Textos de Derecho Internacional Público*. Cuarta edición, segunda reimpresión revisada. Ed. Tecnos, Madrid, 1987, pp. 164-166. la declaración de no reconocimiento de los EEUU., (Estado nacional del árbitro Taft, presidente de su Tribunal Supremo), puede verse reproducido en GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.; SÁNCHEZ RODRIGUEZ L.I., y ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, M.P., *Materiales de Prácticas de Derecho Internacional Público*. Ed. Tecnos, Madrid, 1987, pp. 225-227.

bierno del dictador costarricense. Pese a ello, en este último caso, el árbitro estimó que —por ser los efectos del reconocimiento meramente declarativos, y por ostentar el dictador el control de facto del territorio durante más de dos años— el Gobierno Tinoco había sido un gobierno soberano, y por tanto, Costa Rica estaba obligada a respetar los contratos de concesión petrolífera en su día concertados con súbditos británicos.

La aplicación del principio inducido de los precedentes expuestos —la regla general de identidad y continuidad del Estado— a la situación actual, conduciría a la afirmación de que es lícito, con arreglo al Derecho Internacional, exigir a un actual gobierno democrático el pago de las obligaciones financieras internacionales contraídas por el anterior gobierno dictatorial, y eso es lo que ha hecho la Banca Privada Internacional, significativamente en el caso argentino (64). No obstante, aún siendo clara la regla general, el sentimiento de injusticia producido por la aplicación de la regla a ciertos casos concretos es tal que merecería la búsqueda de ciertas excepciones.

b) El asunto de la indemnización rusa (1912)

i) Exposición de los hechos y fundamentos jurídicos

El primero cronológicamente de los tres laudos rescatados del olvido es el emitido el 11 de noviembre de 1992 (65) en un litigio cuyos oponentes eran el Imperio Ruso y el Otomano, extraordinariamente interesante —de entrada— al estar causado por el impago de una deuda pública interestatal. En efecto, un armisticio de 1878 puso fin a las hostilidades ruso turcas y en él se pactaban ciertas indemnizaciones de guerra, entre las cuales figuraba la prevista en el art. 19(d), por un valor de diez millones de rublos, en concepto de daños e intereses por mora y pagadera a individuos e instituciones rusas domiciliadas en territorio Otomano.

La cuestión básica que al árbitro se plantea es la de si está obligado el imperio Otomano a pagar una indemnización por daños e intereses por mora, a los nacionales rusos que, habitando en territorio gobernado por el Imperio Otomano, hubieran sido perjudicados por actos de guerra en la contienda entre ambos imperios. Desde un punto de vista jurídico se trata pues de un caso de protección diplomática en el que el Estado ruso actuaría su propio derecho a reclamar la ejecución de un compromiso internacional en cuyo contenido se

(64) Respecto a la utilización de argumentos de esta índole en la práctica de la renegociación de la deuda argentina posterior al derrocamiento de la dictadura puede verse el desencantado trabajo de SCHVARZER, J., «L'Expérience Argentine de renégociation de la dette extérieure: Limites et perspectives (1983-1985)». En «Notes et Etudes documentaires», n.º 4812. *La documentation française*.

(65) Recueil des Sentences Arbitrales Nations Unies. Tomo XI, pp. 431-447. El Tribunal estaba compuesto por cinco miembros entre los que figuraba el Barón Taube, y presidido por el Suizo Lardy. Como dato curioso cabe señalar que el Agente del Gobierno otomano era Edouard Clunet.

prevé el pago de una indemnización por daños a sus nacionales, la indemnización de diez millones de rublos, debía haber sido pagada a medida que las reclamaciones de los interesados hubiesen sido examinadas por la embajada de Rusia en Constantinopla, y transmitidas a la Sublime Puerta (66).

Como es lógico, el gobierno ruso considera al otomano internacionalmente responsable por inejecución de deudas pecuniarias, discurrendo buena parte de su argumentación por los derroteros relativos a la exigibilidad del pago de intereses por mora en el pago del principal de la indemnización. Frente a éllo, el argumento otomano es notorio pues, a su juicio, «en derecho internacional público, los intereses por mora no existen sin estipulación expresa» (67).

Pero la más interesante de este arbitraje es que, frente a la pretensión rusa de que se declare la responsabilidad del Estado turco, el gobierno otomano opone cuatro excepciones preliminares, a saber: cosa juzgada, carácter de liberalidad de la indemnización, fuerza mayor y renuncia tácita al cobro por parte rusa. Curiosamente, el tribunal admitió la cuarta excepción y liberó al Imperio otomano de su obligación de pago, pero lo que aquí nos interesa es lo relativo al uso de la noción de «fuerza mayor».

Según el Tribunal, «por poco que la responsabilidad (exigida) ponga en peligro la existencia del Estado, (la situación) constituiría un caso de fuerza mayor que podría ser invocada en Derecho Internacional Público tanto como por un deudor privado» (68); y, «el Gobierno Imperial Ruso admite expresamente que la obligación para un Estado de ejecutar los tratados puede flexibilizarse si la existencia misma del Estado llega a estar en peligro, si la observación del deber internacional es autodestructiva» (69).

El Tribunal, admite las dificultades extraordinarias con las que se ha encontrado el Imperio Otomano sobre todo desde 1881 hasta 1902, pero también ha observado signos de recuperación, sobre todo tras la creación de la Banca Otomana, pues ha podido obtener nuevos préstamos con tasas favorables y amortizar una parte importante de su deuda pública (350 millones de francos). Por éello «sería manifiestamente exagerado admitir que el pago (o la concertación de un empréstito para el pago) de la suma relativamente mínima de alrededor de seis millones de francos)... pone en peligro la existencia del Imperio Otomano...». Por lo cual, en buena lógica, rechaza la aplicación al presente caso de la excepción de fuerza mayor.

ii) Interés actual

El asunto de la Indemnización Rusa posee el extraordinario interés de ser el primer precedente conocido en el que, frente a la exigibilidad del pago de una deuda interestatal se alega la excepción de fuerza mayor. Además, es preci-

(66) Recueil, *Cit.*, p. 434.

(67) Recueil, *Cit.*, p. 438.

(68) Recueil, *Cit.*, p. 442.

(69) Recueil, *Cit.*, p. 443.

so resaltar que el tribunal acoge como perfectamente razonable —en abstracto— la alegación de tal excepción, afirmando, en pocas palabras que, desde el momento en que la exigencia de un deber o de una responsabilidad internacional ponga en peligro la existencia misma del Estado, nos encontramos ante una situación en la que cabe alegar fuerza mayor. Por tanto, si en el caso de autos se rechaza la alegación, no es por considerar irrazonable su planteamiento ante la existencia de un grave peligro económico, sino por considerar que los hechos en conocimiento del Tribunal no permiten afirmar la existencia —de facto— de tal peligro extremo y, sobre todo que, teniendo en cuenta las cifras de juego, el cumplimiento de la exigencia del pago no transformaría la situación en «autodestructiva» para el deudor.

Si, por el contrario extrapolamos la argumentación al terreno habitado por las cifras de la actual deuda externa de los Países en Desarrollo nos encontramos con una situación en la que el peligro para la existencia misma del Estado, y la calificación de autodestructiva referida a la obligación de pago, distan mucho de ser exageradas en la mayor parte de los Estados.

B) *La jurisprudencia del Tribunal Permanente de Justicia Internacional*

a) Los asuntos de los Empréstitos Serbios y Brasileños. (70) (1929)

i) Exposición de los hechos y fundamentos jurídicos

Entre 1895 y 1913, el reino de los Serbios, croatas y eslovenos emitió varios empréstitos en Francia que incluían una «Cláusula oro» en virtud de la cual establecía el compromiso de pagar en francos-oro el servicio de esta deuda. De hecho, sin embargo el pago se había realizado siempre en papel moneda, y cuando la disparidad del franco francés con el oro era escasa, la cuestión carecía de importancia práctica. La paridad del franco se mantuvo estable incluso durante la Primera Guerra Mundial y la inmediata postguerra; pero, a partir de 1924 experimentó una depreciación importante. Fue entonces cuando los tenedores de títulos pretendieron hacer valer sus derechos al pago en oro (71). La intervención del gobierno francés al lado de los tenedores de títulos motivó, tras el fracaso de unas negociaciones diplomáticas, el sometimiento de la diferencia al T.P.J.I. mediante un compromiso entre ambos Estados, fechado el 19 de abril de 1928. Según este texto, la cuestión esencial de la diferencia consistía en saber

(70) Affaire concernant le paiement de divers emprunts serbes émis en France. (Série A Núm. 20 - Série C Núm. 16-III) Arrêt du 12 Juillet 1929. Affaire relative au paiement, en or, des emprunts fédéraux brésiliens émis en France. (Série A, Núm. 21 - Série C, Núm. 16-IV). Arrêt du 12 Juillet 1929. Kraus Reprint Nendelsn/Liechtenstein, 1970.

(71) MAREK, K., *Précis de la Jurisprudence de la Cour Internationale*. Volume I. Cour Permanente de Justice Internationale. Martinus Nijhoff. La Haye, 1974, p. 455. VERZIJL, J.A.W., *The jurisprudence of the World Court*. T.I., pp. 177-191.

si el pago debía hacerse en francos papel moneda, como se venía efectuando hasta entonces, o existía la obligación de pagar en oro (72).

Una primera cuestión importante dentro del fallo es la competencia del TPJI para resolver una diferencia, aparentemente producida, no entre dos Estados, sino entre un Estado y unos acreedores privados. A juicio del Tribunal, sin embargo, «en prenant fait et cause» en pro de sus nacionales, el Estado (francés) hace valer su propio derecho a ver respetado el Derecho Internacional en las personas de sus nacionalidades, como ya dijera en el asunto de las Concesiones Mavrommatis y en el de la Fábrica de Chorzow, reiterando la clásica diferenciación entre la reclamación producida en el plano del derecho interno de un Estado, y la efectuada en el plano internacional (73).

Otra de las cuestiones examinadas era la correspondiente a la interpretación que debía darse a la Cláusula oro, si como indicadora de una modalidad de pago, o como determinante de la cuantía del mismo, importando poco que éste se efectuase en el precioso metal o en papel moneda. Es esta segunda acepción la elegida por el Tribunal.

La más importante de las cuestiones suscitadas por este fallo, presente también en el que a continuación se examinará, es la alegación por el Estado deudor de la excepción de fuerza mayor, y su rechazo por parte del Tribunal, al considerar que ni una guerra, ni la existencia de una ley interna posterior

(72) Arrêt, n.º 14. «Emprunts serbes ...», p. 14 y pp. 29 y ss.

(73) «Il s'ensuit que, si le différend porté devant la Cour par le compromis entre la France et l'Etat serbe-croate-slovène devait être considéré comme étant un différend entre le Gouvernement du Royaume des Serbes, Croates et Slovènes et certains porteurs des emprunts, unes des conditions essentielles de la procédure devant la Cour, à savoir la qualité des Parties, ferait défaut.

A cet égard, il convient de rappeler ce que la Cour a dit à plusieurs reprises et notamment dans ses Arrêts n. 2 et 13. savoir, qu'en prenant fait et cause pour ses ressortissants devant une juridiction internationale, l'Etat fait valoir son propre droit, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants le droit international.

... Mais il faut observer que la question de savoir si la manière dont le Gouvernement serbe-croate-slovène effectue le service de ses emprunts correspond aux engagements qu'il avait contractés, ne forme plus seulement l'objet d'un différend entre ledit Gouvernement et ses créanciers. Lorsque les porteurs des emprunts serbes estimant leurs droits méconnus, s'adressèrent au Gouvernement français, celui-ci intervint en leur faveur auprès du gouvernement serbe-croate-slovène. Des négociations diplomatiques s'ensuivirent; quelles qu'aient été, par ailleurs, ces négociations, il est constant que le Gouvernement serbe-croate-slovène ne repoussa pas l'intervention du Gouvernement français, mais fit valoir que le service des emprunts était effectué par lui en pleine confirmation avec les obligations résultant des contrats. *Ce point de vue, cependant, ne fut pas partagé par le Gouvernement de la République française.* A partir de ce moment, il y eut donc entre les deux Gouvernements une divergence de vues qui, tout en étant au fond identique au différend qui existait déjà entre le Gouvernement serbe-croate-slovène et ses créanciers, s'en distingue; car elle sépare les Gouvernements du Royaume des Serbes, Croates, Slovènes et de la République française, ce dernier agissant dans l'exercice du droit qu'il a de protéger ses nationaux. C'est cette divergence de vues entre les deux Gouvernements, et non le différend entre le Gouvernement serbe-croate-slovène et les porteurs français des emprunts, que le compromis a soumis à la Cour». «Emprunts Serbes ...», pp. 17 y 18.

adoptada por el Estado deudor prohibiendo esa modalidad de pago eran suficientes para aceptar la alegación de la excepción, dando —como mucho— lugar, solamente, a tenerlas en cuenta con el marco de consideraciones de equidad (74).

ii) Interés actual

Los fallos relativos a los empréstitos serbios y brasileños revelan sin duda una mentalidad de época. No es posible explicar de otro modo el hecho de que las opiniones disidentes de los dos jueces latinoamericanos —Bustamente y Pessoa— y el Serbio (Navacovitch) se detengan en cuestiones formales —relativas a la competencia del Tribunal, a la cláusula oro y a la ley aplicable al contrato— y omitan pronunciarse acerca de la fuerza mayor. Demuestran con ello que para un jurista de la época la santidad de los contratos era tal que ni siquiera la incidencia en el cumplimiento de los mismos de un evento bélico tan considerable como la Primera Guerra Mundial (75) parece suficiente para apreciar la excepción de fuerza mayor para evitar la ilicitud derivada del incumplimiento.

No parece muy verosímil que —cualquiera que fuese su composición— una postura semejante pudiese ser mantenida por el Tribunal Internacional de Justicia en la actualidad. Ahora bien, conviene tener en cuenta que —salvo en el caso de Argentina y quizá de Nicaragua— ninguno de los actuales grandes deudores se ha encontrado con una situación bélica que pueda dar lugar al incumplimiento de sus pagos por imposibilidad de satisfacerlos. Sin embargo, conviene tener en cuenta que la causa del impago no es la guerra en sí misma, sino el «bouleversement» económico, y éste si se ha producido, a partir de 1981, debido fundamentalmente a causas financieras —la repentina elevación de los tipos de interés— en los grandes países deudores. Ello hace que parezca enormemente interesante el estudio más detallado de esta causa de exención de la

(74) *Force majeure*. On ne saurait prétendre que la guerre elle-même, quelque graves qu'aient été ses conséquences économiques, ait juridiquement affecté les obligations nées des contrats conclus entre le Gouvernement serbe et les porteurs français. Les bouleversements économiques provoqués par la guerre n'ont pas libéré l'Etat débiteur, bien qu'ils puissent comporter des considérations d'équité qui, sans doute seront examinées comme il convient lors des négociations et —le cas échéant— de la sentence arbitrale prévues à l'article II du compromis.

On rétorque que, sous l'application du régime du cours force en France, instauré par la loi du 5 août 1914, le paiement en francs-or, c'est-à-dire en espèces, est devenu impossible. Mais, si les contrats d'emprunt sont considérés comme se référant au franc-or en tant qu'étalon de valeur, le paiement d'un montant équivalent de francs calculé sur cette base pouvait encore être effectué, «Emprunts Serbes ...», pp. 39 y 40.

(75) La referencia a la Primera Guerra Mundial aparece más clara en los «Emprunts Brésiliens» (p. 120). *Force majeure*. Le Bouleversement économique causé par la grande guerre n'a pas, au point de vue des principes juridiques, libéré de ses obligations le Gouvernement brésilien. Pour ce qui est des paiements or, si l'on considère la promesse comme, visant un paiement de valeur or, on ne saurait invoquer l'impossibilité du fait que l'on ne peut obtenir des pièces d'or. Il est possible de se procurer l'équivalent de la valeur or».

responsabilidad internacional por hecho ilícito pues, a mi juicio, podría ser perfectamente alegable en la actual situación.

b) El asunto de la Sociedad Comercial de Bélgica (1939) (76)

i) Exposición de los hechos y fundamentos jurídicos

En 1925 la Sociedad Comercial de Bélgica había concertado con el Gobierno Griego un contrato para el trazado líneas de ferrocarril en territorio griego. Conforme a lo pactado, la empresa anticipaba los costos de construcción, recibiendo a cambio unos bonos (obligaciones) que formaban parte de la Deuda Pública Exterior de Grecia. El conocido lema «un Estado no puede quebrar» falló en este caso y, como ha escrito VERZIJL. «La imprudente compañía se encontró, poco años más tarde, enfrentada a la desagradable sorpresa de la insolvencia del Estado griego» (77), pues este, en razón de su crisis financiera generalizada se vio obligado a suspender el servicio de la deuda en 1932 (78).

La sociedad accionó entonces la cláusula arbitral contenida en el contrato y obtuvo una primera sentencia arbitral, de 3 de enero de 1936, por la que la Comisión arbitral ordenaba la rescisión del contrato a partir de la fecha de la suspensión de pagos. Un segundo laudo arbitral, de 25 de julio de 1936, fijó el montante de la indemnización debida en 6.700.000 dólares. Grecia siguió sin abonar esa suma, por lo que la Sociedad solicitó de su gobierno el ejercicio de la protección diplomática. El Estado belga interpuso demanda contra el griego apoyándose en la existencia entre ambos de un tratado con cláusula compromisoria: el de Conciliación, Arbitraje y Arreglo Judicial concertado en 1929. Este fue el origen de la última sentencia del Tribunal Permanente de Justicia Internacional.

Frente a la pretensión belga de que Grecia estaba obligada al pago de la suma en condiciones autónomas —independientes por tanto de las relativas al pago del resto de la deuda exterior griega— el Estado helénico, sin negar el valor de cosa juzgada que poseía la previa sentencia arbitral, alegaba fundamentalmente que una situación de fuerza mayor le impedía la ejecución de sus obligaciones de pago.

El itinerario procesal se encuentra repleto de complejidades —incluyendo ciertas posibles irregularidades, como la reelaboración hasta tres veces consecutivas de las conclusiones de las Partes— salvadas *bona fide* por el TPJI en su voluntarioso intento de contribuir al arreglo del fondo de la diferencia. Las referidas complicaciones dificultan, sin embargo, la adecuada estimación por el TPJI del argumento relativo a la hipótesis de fuerza mayor.

(76) Sentencia de 15 de junio de 1939. Série A/B, n.º 78.

(77) VERZIJL, J.A., *The Jurisprudence of The World Court*, Y.I., SIJTHOFF, 1965, P. 584.

(78) MAREK, K., *Précis de la Jurisprudence ...*, Op. cit., p. 957. El comentario a esta sentencia es de CAFLISCH, L.

En efecto en la presentación inicial de las argumentaciones de las Partes, la primera de las conclusiones finales de Grecia tenía por objeto el rechazo de la demanda belga tendente a establecer que Grecia había violado sus obligaciones internacionales —y por tanto incurrido en responsabilidad internacional— mediante la alegación de la excepción de fuerza mayor. Sin embargo, la retirada por parte belga de su conclusión al respecto (79) permite al TPJI abstenerse de un pronunciamiento sobre tal excepción. Asimismo, la cuestión de la pretendida carencia de capacidad de pago por parte de Grecia, o, dicho de otra manera, la existencia de «razones financieras» que le impedían la ejecución de las sentencias arbitrales, es soslayada por el Tribunal afirmando que para poder tenerlas en cuenta como medio de defensa procesal de Grecia hubiera sido necesario probar —mediante la actuación e informes de los oportunos expertos— la veracidad de tal situación. Esta cuestión es asimismo puesta sobre el tapete en la opinión disidente del juez VAN EISINGA, y en la opinión individual del juez HUDSON, sin llegar a conclusiones diferentes.

ii) Interés actual

Como en el caso anterior, nos encontramos ante una cuestión de enorme interés para la problemática actual: la de saber si la excepción de fuerza mayor —o la que posteriormente puede ocupar su lugar en ciertos casos como «estado de necesidad»— puede eliminar el ilícito internacional derivado del incumplimiento de una obligación de pago en circunstancias tales que sea posible apreciarla en los hechos. El Tribunal sin embargo, hábilmente sortea los obstáculos para evitar pronunciarse y dejarnos en la penumbra jurídica, pues evita entrar en la discusión de fondo, limitándose a constatar la existencia de un acuerdo entre las partes.

Aún sin poder trasponer una solución jurídica al problema de fondo —pues el Tribunal esquiva su pronunciamiento— nos encontramos aquí con un precedente de gran interés, pues la situación de hecho es muy similar a la actual. Existe una promesa de pago —una obligación— integrada en el conjunto de la Deuda Exterior de un Estado y una situación financiera tan insostenible en éste que se ve obligado a suspender pagos. Tal suspensión no es momentánea pues dura al menos desde 1932 hasta 1939.

En la situación actual —con la excepción de Perú que limitó al 10 % de sus exportaciones el pago de la deuda— ninguno de los grandes deudores ha suspendido pagos durante un período superior a seis meses, si bien alguno —como México— lo ha hecho más de una vez. Sin ser excesivamente pesimista, bien pudiera ocurrir que ante la falta de expectativas de solución por la vía del reescalonamiento con obtención de nuevos créditos, algún deudor decidiera simplemente la suspensión *sine die*. ¿Intentaría entonces ejercer una protección diplomática en el plano judicial internacional el Estado nacional del acreedor?

(79) MAREK, K., *Op. cit.*, p. 963. VERZIJL, J.A. *Op. cit.*, pp. 588-589.

2. Una perspectiva dogmática: el estudio de los argumentos

El estudio de los precedentes arbitrales y judiciales del período comprendido entre las dos Guerras Mundiales nos permite apreciar el valor argumental que pueden poseer instituciones jurídicas como la sucesión de gobiernos y la fuerza mayor. La jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia carece, en cambio, de significación, pues en ninguno de los cuatro asuntos que hubieran podido tener alguna conexión con nuestro tema se entra en el fondo (80).

Conviene pues abordar con mayor detalle el estudio de los argumentos que aparecen utilizados en los precedentes (81). Además, en relación con la problemática actual puede tener notable interés el estudio de otro argumento clásico, alegable cuando se intenta conseguir la terminación o suspensión de un tratado, o la rescisión de un contrato: el cambio fundamental en las circunstancias esenciales, denominación actual de la clásica doctrina *rebus sic standibus*.

A) *El cambio fundamental en las circunstancias*

Tras la segunda suspensión de pagos de México acaecida en 1986, este país negoció un nuevo acuerdo marco con el FMI para reestructurar el pago de su deuda, entonces valorada en unos 97.000 millones de dólares (82). Puede decirse que —quizá por primera vez— se estimaba la posibilidad del descenso en el precio de la materia prima fundamentalmente exportada por el deudor —el petróleo— como un cambio fundamental en las circunstancias relativas a su capacidad de pago, hasta el punto de preverse que si se producía, tal cambio daría lugar a la renegociación del acuerdo.

Pero si el cambio fundamental en las circunstancias puede tener aplicación a la problemática actual, no es sólo en base a la apreciación de aquellas circunstancias que harían disminuir hasta límites inferiores a lo admisible la capacidad de pago del deudor —pues estaríamos ya entrando en el terreno acotado por

(80) Los cuatro asuntos que hubieran podido ser interesantes son:

— *Affaires de l'or monétaire pris à Rome en 1943*. (Italia v./Francia, Reino Unido y Estados Unidos). Sentencia de 15 de junio de 1954, (cuestión preliminar).

— *Affaire de la Société «Electricité de Beyrouth»*. (Francia v./Libano). Auto (*Ordonnance*) de 29 de julio de 1959.

— *Affaire relative à certains emprunts norvégiens*. (Francia v./Noruega). Sentencia de 6 de julio de 1957, (excepciones preliminares).

— *Affaire de la Compagnie du port des quais et des entrepôts de Beyrouth et de la Société Radio-Orient*. (Francia v./Libano). Auto (*Ordonnance*) de 31 de agosto de 1960.

Puede verse una sumaria información acerca de los mismos en EISEMANN, P.M.: COUSSIRAT-COUSTERE, V. y HUR, P., *Petit Manuel de la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice*. Ed. Pedone, París, 1984.

(81) Los argumentos que se analizan a continuación, son también brevemente examinados por BOTHE, M. y BRINK, J. «Public debt restructuring, The Case for International Economic Cooperation». *German Yearbook of International Law*, 1986, pp. 86-110. En concreto, pp. 92-94.

(82) Según datos publicados en *El País*, de 16 de julio de 1986.

la fuerza mayor y el estado de necesidad (83)— sino por su posible apreciación en relación con los hechos cruciales, imprevistos por los deudores, que determinaron el incremento imparable de la deuda externa —la subida de los tipos de interés— y con el consentimiento expresado por las partes en la contratación de los créditos cuyo costo financiero ascendió tan repentinamente.

a) El cambio fundamental en la doctrina y la práctica diplomática y judicial

Como expuso en acertada síntesis POCH GUTIÉRREZ DE CAVIEDES, «La práctica diplomática ha probado a utilizar, a menudo, como causa de denuncia, la doctrina *rebus* como instrumento político de liberación de las obligaciones de los tratados que llegaban a ser molestos para la parte que la invoca, pero esto ha provocado siempre la oposición de la otra o de las otras partes signatarias que, o bien negaban la existencia del principio en el orden jurídico internacional, en general, o bien, si lo aceptaban, no lo hacían más que en principio, y rechazando casi siempre su aplicación a los casos debatidos» (84).

Sin duda esa situación provocaba en el órgano encargado de solucionar la diferencia una duda más que razonable acerca de la aplicabilidad de una institución jurídica de tan difusos contornos. Quizá por é ello la conclusión a la que llegaba el Tribunal Permanente en el Asunto de las Zonas Francas de la Alta Saboya y del País de Gex —relativo a la interpretación del art. 435 del Tratado de Versalles— era tan ambigua como para decir que «la doctrina (*rebus*) será aplicable en la medida en que esta teoría pueda ser considerada como constitutiva de una regla de Derecho Internacional» (85). Posiblemente también por razones de esa índole, algún autor tan significativo como BOURQUIN (86) es capaz de afirmar en los años treinta, que la doctrina *rebus* no posee la consistencia necesaria para que podamos hablar de una auténtica regla de Derecho Internacional.

Un análisis de la práctica diplomática en perspectiva histórica, como el que efectúa VAN BOGAERT (87), permite a este autor afirmar que —teniendo sus orígenes más remotos en el Islam y en el derecho canónico medieval, de donde

(83) Un dato curioso que confirma lo recién afirmado es que en su trabajo sobre el sentido de la cláusula *rebus sic stantibus*, («Le sens de la clause «rebus sic stantibus» dans le droit des gens actuel», *RGDIP*, 1966, pp. 48 y ss. VAN BOGAERT, estima que en el asunto de la «Société Commerciale de Belgique» el TPJI «evitó pronunciarse acerca de este tema» (pg. 68), habiendo invocado Grecia «un cambio fundamental de su situación financiera para no estar obligada a ejecutar un arreglo arbitral» p. 69. Como vimos en páginas anteriores la conclusión griega —posteriormente modificada— giraba en torno a la *fuerza mayor*, no haciéndose mención expresa de la doctrina *rebus*.

(84) POCH GUTIERREZ DE CAVIEDES, A., «De la clause «rebus sic stantibus» à la clause de révision dans les conventions internationales», *RCADI* T. 118, 1966-II; pp. 105-208; en concreto p. 192.

(85) Francia/Suiza, C.P.J.I., série A/B, n.º 46, pp. 157-158.

(86) BOURQUIN, M. «Stabilité et mouvement dans l'ordre juridique international», *RCADI*, 1938-III, vol. 64, p. 406.

(87) VAN BOGAERT, E. «Le sens de la clause 'rebus sic stantibus' dans le droit des gens actuel», *R.G.D.I.P.*, 1966, T. LXX, pp. 49-74.

paso a Grocio y Vattel— a partir del XIX la práctica diplomática se ha mostrado cada vez más hostil a la aplicación unilateral de la regla *rebus sic stantibus*. Cuestión muy diferente de su alegación en un marco donde esté previamente institucionalizada.

Así pues, lo que va perdiendo la doctrina es su naturaleza original, basada en la pretendida existencia de una condición tácita insertada en cada convenio —o contrato— internacional de modo que permitiera libremente su utilización en el momento oportuno (88). Sin duda ello permitía un uso unilateral y arbitrario de la misma.

Durante la fase de adopción del texto de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados se publican dos análisis (89) de la doctrina *rebus* que son quizá los más lúcidos publicados antes de la Convención. El profesor PASTOR RIDRUEJO, en su intento de delimitación del contenido de la regla consuetudinaria en la materia subraya las más relevantes características de la misma. El cambio debe venir referido a las circunstancias presentes en el momento de la manifestación del consentimiento y en consideración a las cuales es concluido el tratado. Además, debe referirse a circunstancias tan decisivas como para ser consideradas por las partes una condición esencial para la prestación del consentimiento en el momento en que se efectúa. La doctrina tiene pues un acen tuado carácter subjetivo.

Es de gran interés señalar que LISSITZYN recoge la alegación de la doctrina *rebus* en un asunto concerniente a una deuda, el de la Resolución del Congreso francés de los Diputados de 14 de diciembre de 1932 que invoca el principio respecto al acuerdo franco-americano de 1926 relativo a las deudas de guerra (90). Ahora bien, conviene destacar, ya desde ahora, que la doctrina es invocada *para forzar una renegociación* (91) del acuerdo. La argumentación francesa estaba basada en la conexión existente entre las deudas de guerras internas del bando aliado y las reparaciones que debía abonarles Alemania por los daños causados durante la Primera Guerra Mundial. Al interrumpir su pago Alemania, Francia —que contaba con dichas cantidades para pagar, a su vez, a los EEUU— se ve obligada a interrumpir el pago. La perspectiva francesa era pues la de utilizar la doctrina para suspender el pago y forzar una renegociación (92), pues hubo un cambio fundamental en las circunstancias determinantes del acuerdo con los EEUU.

(88) VAN BOGAERT, E., *Op. cit.*, p. 71.

(89) PASTOR RIDRUEJO, J.A., «La doctrine 'rebus sic stantibus' à la Conférence de Vienne de 1968 sur le droit des traités». *Annuaire Suisse de Droit International*, 1968, XXV, pp. 81-98; LISSITZYN, O.J., «Treaties and Changed circumstances (*Rebus sic stantibus*)». *A.J.I.L.*, vol. 61, 1967, pp. 895-922.

(90) PASTOR, *Op. cit.*, pp. 84 y 87, respectivamente; LISSITZYN, O.J., *Op. cit.*, pp. 904-905; PASTOR, *Op. cit.*, 94, también menciona este caso.

(91) LISSITZYN, O.J., *Op. cit.*, p. 904.

(92) Literalmente: «La Chambre déclare que les circonstances déterminantes ayant été intégralement modifiées et devant le demeurer sous peine de voir s'aggraver la situation mondiale, les ac-

b) El cambio fundamental en el Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados

El informe de Sir H. WALDOCK, relator especial de la Comisión de Derecho Internacional sobre este tema en 1963, nos ofrece una primera versión, completa y prolija, de la doctrina *rebus*. El entonces artículo 22 del Proyecto (luego 44, más tarde 59, y por fin artículo 62 de la Convención), presentaba una redacción (93) de la que conviene señalar tres aspectos. En primer lugar, la formulación negativa de la excepción, reduciendo lo más posible su alegación en benefi-

cords intervenus sur les dettes ont perdu leur force exécutoire et doivent faire l'objet de nouvelles négociations». Journal Officiel 1932, pp. 3584-3585, (Cit. por LISSITZYN, p. 904). Su texto puede también encontrarse reproducido en KISS, A.Ch., *Répertoire français de droit international*, vol. 5, pp. 384 y 385. Véase también un escueto comentario a este asunto en HARASZTI, G., «*Treaties and fundamental change of circumstances*». *RCADI*, 1975-III, T. 146, p. 28.

(93) Artículo 22. La doctrina *rebus stantibus*.

1. a) Un cambio de circunstancias existentes al tiempo de celebrarse el tratado no obstará, de por sí, para que el tratado siga siendo válido.

b) No obstante, en las condiciones que se señalan en los siguientes párrafos de este artículo, la validez de un tratado podrá ser afectada por un cambio esencial en las circunstancias que formen la base del tratado.

2. Hay un cambio esencial en las circunstancias que forman la base del tratado cuando:

a) Se ha producido un cambio con respecto a un hecho o a una situación de hecho que existía al tiempo de concertarse el tratado:

b) Aparece por el objeto y la finalidad del tratado y por las circunstancias en que éste se concertó que ambas partes, o todas las partes, deben haber dado por supuesto que la subsistencia de ese hecho o situación de hecho era fundamento esencial de las obligaciones aceptadas por ellas en el tratado; y

c) Los efectos del cambio ocurrido en ese hecho o situación de hecho son tales que;

i) Frustran esencialmente la realización en lo sucesivo del objeto y la finalidad del tratado;

ii) Hacen que la ejecución de las obligaciones contenidas en el tratado sea algo esencialmente diferente de lo que originalmente se estipuló.

3. Un cambio en la política del Estado que pretende dar por terminado el tratado, o en sus motivos o actitud en lo que respecta al tratado, no constituye un cambio esencial en las circunstancias que forman la base del tratado en el sentido dado a la expresión a denunciarlo o a retirarse de él:

a) Si la parte que invoca el cambio lo ha causado, o ha contribuido en medida importante a él con sus actos u omisiones;

b) Si el Estado interesado ha dejado de invocarlo dentro de un plazo razonable después de haberse hecho manifiesto por primera vez, o se ha inhabilitado de otro modo para invocar ese cambio en las circunstancias conforme a lo dispuesto en el artículo 4 de esta Parte;

c) Si tal cambio en las circunstancias ha sido expresa o implícitamente previsto en el propio tratado o en un acuerdo ulterior celebrado entre las partes interesadas;

(...).

Anuario de la C.D.I., 1963, vol. II, pp. 92 y 93. Para un comentario de la evolución de la redacción del Convenio, puede verse BASTID, S., *Les traités dans la vie internationale*. Ed. Económica. París, 1985, p. 209 y ss.; SINCLAIR, I., *The Vienna Convention on the law of treaties*. Segunda edición. Manchester University Press, 1984. pp. 192-196. Entre nosotros REMIRO, A., *Derecho Internacional Público 2. Derecho de los Tratados*. Ed. Tecnos. Madrid, 1987, pp. 484-491.

cio de la estabilidad del tratado (94). En segundo lugar, la presencia en este texto de los dos requisitos fundamentales ya señalados por la doctrina (el momento de la apreciación de las circunstancias y la esencialidad de las mismas para la base del consentimiento de las partes). Por último, el hecho de que la redacción está formulada de tal manera que se impide la alegación de la causa (apartado 4.c) «Si tal cambio en la circunstancia ha sido *expresa o implícitamente previsto* en el propio tratado o en un acuerdo ulterior...».

Tres años más tarde, la nueva redacción del artículo es la siguiente:

Artículo 59. Cambio fundamental en las circunstancias.

1. Un cambio fundamental en las circunstancias ocurrido con respecto a las existentes en el momento de la celebración de un tratado y que no fue previsto por las partes no podrá ser alegado como causa para poner término al tratado o retirarse de él, a menos que:

- a) La existencia de esas circunstancias constituyera una base esencial del consentimiento de las partes en obligarse por el tratado; y
- b) Ese cambio tenga por efecto modificar radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deban ejecutarse en virtud del tratado.

(...)(95).

Como puede verse, el último aspecto señalado cambia de emplazamiento sistemático dentro del conjunto, y además altera su redacción en una cuestión sustancial: no cabe hablar de una previsión implícita de la posibilidad de cambio en las circunstancias por las partes. La nueva redacción, que se conserva en la versión final del artículo 62 del Convenio parece exigir que la previsión de que el cambio pudiera ocurrir fuese expresa.

En síntesis, siguiendo el «Comentario» que al proyecto del artículo hace WALDOCK, las circunstancias limitativas de la alegación (o mejor alegabilidad) de esta causa sería las cinco siguientes: «1) el cambio debe ser en las circunstancias existentes en el momento de la celebración del tratado; 2) tal cambio debe ser fundamental; 3) debe ser asimismo un cambio que las partes no hayan previsto; 4) la existencia de esas circunstancias debe haber constituido una base esencial del consentimiento de las partes en obligarse por el tratado, y 5) el cambio debe tener por efecto una modificación radical del alcance de las obligaciones que todavía hayan de ejecutarse en virtud del tratado. La Comisión atribuyó gran importancia a una formulación estricta de tales condiciones» (96).

(94) Como escribe REMIRO, «Ciertamente el cambio en las circunstancias como causa de terminación ha sido regulado *a la contra* ...». *Op. cit.*, p. 491.

(95) Anuario de la C.D.I., 1966, vol. II, p. 280.

(96) Anuario de la C.D.I., 1966, vol. II, p. 283.

c) La aplicabilidad del cambio fundamental de circunstancias a la situación generada por la Deuda Externa

Si la circunstancia generadora de la actual situación es la brusca subida de los tipos de interés de los préstamos concebidos a los Países en Desarrollo (96 bis), esto es, un costo mucho más elevado de la financiación previamente concertada y, si a ello se acompaña la considerable disminución de sus ingresos debido a la bajada de los precios de las materias primas en los mercados mundiales, o dicho sea de otro modo, una importante disminución de la capacidad de pago, en una primera lectura nos encontraríamos con una situación de hecho propicia para la alegación de la doctrina *rebus*.

Sin embargo, si el terreno de juego en el que se lanza la alegación no es el de la negociación políticoeconómica, sino el arreglo de una diferencia jurídica, probablemente tal alegación no sería admitida. La razón es sencilla. La subida repentina de los tipos de interés fue posible para los acreedores financieros en préstamos, en los que el tipo de interés se consideraba flotante. Desde ese punto de vista, fallaría una de las condiciones esenciales para la posible alegación de esta causa, a saber: la falta de *previsión* del cambio de circunstancias por las partes contratantes (97). Ahora bien, quizá desde el punto de vista del deudor cabría preguntarse ¿no fue realmente imprevisible la nueva situación, aún estando aparentemente prevista? (98).

Los deudores tendrían pues, verdaderas dificultades para alegar la causa, pero, por otra parte, aún lográndolo, ¿cuáles serían los efectos que con ello conseguirían en caso de que fuese admitida la alegación? La configuración tradicional de la doctrina *rebus* era la de una condición implícita unilateralmente accionable cuando, a juicio del que la alegaba, se diesen las condiciones que lo justificasen, y cuyo efecto sería la *suspensión* del cumplimiento de las obligaciones derivadas del pacto con vistas a una *renegociación*. Quizá el ejemplo paradigmático sea el proporcionado por la Resolución del Congreso francés en 1932.

(96 bis) ESPECHE GIL, M.A. «Ilícitud del alza unilateral de los intereses de la deuda externa». Ponencia presentada en el XV Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (IHLADI) 23-29 de abril de 1989, Santo Domingo.

(97) Como señala MANN, F.A., *The legal aspects of money*. Cuarta edición. Oxford, 1982, p. 559.

(98) La distinción entre *imprevisión* e *imprevisibilidad* ha sido prevista por A. REMIRO —y al parecer por los padres del Convenio de Viena— del siguiente modo: «En relación con la actitud de las partes ante la eventualidad del cambio se ha discutido si bastaba con la *imprevisión* (Waldock) o se exigía la *imprevisibilidad* (Fitzmaurice), esto es, que amén de no haber sido contemplado por las estándares comunes (como la diligencia del buen *padre de familia* al que, por lo visto, se ha venido considerando en el Derecho civil una persona normal). El tenor del art. 62.1 abona la primera opinión, pero en la práctica, como ha observado J.A. Pastor Ridruejo, lo que importa es la carga de la prueba y para probar la *imprevisión* el invocante tendrá a menudo que probar la *imprevisibilidad*». REMIRO, A., *Op. cit.*, p. 487.

De hecho, en el marco político-económico actual, la renegociación, es precisamente un proceso en el que —teniendo en cuenta el cambio de circunstancias acaecido en el deudor— se están estableciendo periódicamente nuevas condiciones de pago. Ello implica —en cierto modo— la admisión de la doctrina, pero no para aceptar un impago de carácter definitivo, sino para negociar nuevas condiciones de pago. Dicho de otro modo: *se está aceptando como causa de suspensión/renegociación, pero no de terminación.*

Además, desde otro punto de vista, siete años después de comenzada la renegociación en masa, los instrumentos jurídicos hoy vigentes no son ya aquellos cuyas circunstancias esenciales cambiaron, sino otros nuevos, pactados por las Partes para «remediar» la situación, en los que todos sus elementos han sido previstos y aceptados por los deudores en relación con la nueva situación de hecho planteada. En estos casos no habría cambio en las circunstancias.

En otros términos, el cambio fundamental en las circunstancias no podría —a mi juicio— ser utilizado con perspectivas de éxito en el curso de una diferencia jurídica más que: 1) Ante un acreedor que se negase a admitir una suspensión de pagos seguida de una renegociación (y no es que esto sea imposible —pensemos en el asunto del *Allied Bank*— sino sólo afortunadamente infrecuente). 2) Ante una deuda pactada en condiciones menos precisas de los habitual, de modo que no se hubiera previsto la posible variación del tipo de interés. 3) En principio, se ha analizado esta hipotética causa de impago partiendo de un supuesto tipo, constituido por una deuda pública —interestatal, o pactadas entre un Estado y una Organización Internacional— concertada por vía de un Tratado internacional, o de un contrato de derecho público cuya naturaleza es de difícil precisión (99). 4) Conviene tener en cuenta, sin embargo que, aún con contornos igualmente imprecisos, la doctrina *rebus* es también de aplicación —excepcional— en el ámbito propio del derecho privado, incluso entre nosotros, como demuestra la Sentencia del tribunal Supremo (Sala 1.^a) de 23 de noviembre de 1962, si bien, para obtener una revisión contractual capaz de obtener una modificación más equitativa de lo pactado (100).

B) *El Estado de Necesidad como causa de exclusión del ilícito internacional*

a) Estado de necesidad y fuerza mayor. Delimitación de la figura jurídica

Como ha escrito el relator especial de la Comisión de Derecho Internacional, Roberto AGO, la noción de estado de necesidad está arraigada demasiado

(99) ZAVALA, D. *Les prêts de la banque Mondiale aux services publics industriels et commerciaux*. Ed. Pédone, París, 1982, especialmente pp. 135-162.

(100) DIEZ PICAZO, L. y GULÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*. Volumen II. Ed. Tecnos, Madrid, 1978, p. 212. Más ampliamente haciendo referencia a las diversas teorías doctrinales existentes en el derecho comparado (Teoría de la imprevisión. Teoría de la excesiva onerosidad de la prestación. Teoría de la base del negocio). DIEZ PICAZO, A., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Ed. Tecnos, 1970. pp. 863-875.

profundamente en la teoría general del Derecho para que el silencio que se guardara respecto de ella pudiera, por sí sólo, interpretarse como una exclusión absoluta de la aplicabilidad de esta noción al derecho internacional» (101). Tradicionalmente, esta noción ha venido unida a las del «derecho de autoconservación» y «derecho de autoprotección» (102), y en ocasiones a la de la legítima defensa (103) y —en otra orden de cosas— al cambio fundamental de circunstancias.

Pero, si existe una figura jurídica con la que ha sido repetidamente confundido, es la fuerza mayor. En su configuración actual, sin embargo el estado de necesidad puede describirse como un conflicto entre un interés esencial y un derecho subjetivo, o bien entre dos normas —o quizá más exactamente, dos obligaciones— que no pueden ser respetadas, observadas o cumplidas simultáneamente, por el Estado que se encuentra en tal situación. Como ha dicho, de modo muy gráfico, BARBOZA: «Es como si la norma que establece la obligación del Estado A estuviera formulada en éstos o similares términos: «El Estado A debe cumplir con su obligación respecto del Estado B, siempre que un interés esencial del Estado A no se halle gravemente amenazado y se cumplan todas las demás condiciones del art. 33» (104).

Por su parte, la fuerza mayor es descrita actualmente (art. 31 del Proyecto AGO) como la circunstancia capaz de excluir la ilicitud de un hecho de un Estado debido a «una fuerza irresistible o a un acontecimiento exterior imprevisible ajenos a su control que hicieron materialmente imposible que ese Estado procediera en conformidad con tal obligación» (105). En la fuerza mayor existe pues una imposibilidad material de cumplimiento de la obligación, siendo este ajeno a la voluntad del Estado obligado.

Por el contrario, en el estado de necesidad, el hecho —inicialmente ilícito— cuya ilicitud queda excluida al concurrir la circunstancia, es conscientemente realizado por el Estado obligado (106).

(101) Anuario de la C.D.I., 1980, vol. II. Segunda parte, p. 47 (Comentario al art. 33 del Proyecto de Responsabilidad Internacional).

(102) Véase al respecto GUTIÉRREZ ESPADA, C., *El estado de necesidad y el uso de la fuerza en derecho internacional*. Ed. Tecnos. Madrid, 1987. pp. 64-65 y la bibliografía allí citada.

(103) *Idem.*, pp. 65-66.

(104) BARBOZA, J., «Necessity —revisited— in International law». *Essays in international law in honour of judge Manfred Lachs*. Ed. Martinus Nijhoff. La Haya, 1984. pp. 27-43.

(105) Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados aprobado en primera lectura por la C.D.I.. Anuario de la C.D.I., 1980, vol. II. Segunda parte, pp. 29-32.

(106) Como ha escrito ROBERTO AGO: «No ocurre así cuando los Estados recurren al estado de necesidad para justificarse. La ‘necesidad’ de que se habla entonces es una ‘necesidad de Estado’: la situación de grave peligro que se aduce no esta representada por un riesgo para la vida de las personas físicas cuyo comportamiento se atribuye al Estado, sino un peligro grave para la existencia del Estado mismo, para su *supervivencia política o económica*, para la preservación de la posibilidad de funcionamiento de sus servicios esenciales, para el mantenimiento de su paz interna, para la supervivencia de una parte de la población, para la conservación ecológica de su territorio, etc. Los

De ahí que hubiese una mayor resistencia a la admisión de esta circunstancia excluyente, lo cual ha provocado, en primer lugar la formulación negativa de la circunstancia (cuya aplicación debe tener carácter verdaderamente excepcional), y en segundo lugar, los firmes requisitos exigidos para la admisión de esta causa, a saber,

- «a) (que) ese hecho haya sido el único medio de salvaguardar un interés esencial del Estado contra un peligro grave e inminente; y
- b) (que) ese hecho no hay afectado gravemente un interés esencial del Estado para con el que existía la obligación» (107).

Si la distinción entre ambas circunstancias parece hoy clara, conviene sin embargo tener en cuenta las dos afirmaciones siguientes. En primer lugar, los principales precedentes en los que se ha invocado la fuerza mayor, cuando los hechos cuestionados eran de naturaleza económica —Indemnización Rusa (108), Empréstitos Serbios y Brasileños, y Sociedad Comercial de Bélgica— confundían en realidad la fuerza mayor con un estado de necesidad financiera. En segundo lugar, tal confusión se ha prolongado, hasta finales de los años cincuenta, pues hasta entonces no comienza a distinguir ambas figuras el relator especial sobre responsabilidad, Sr. GARCÍA AMADOR (109); y si no lo hace, es quizá porque la práctica y la jurisprudencia que recogía y sistematizaba se encontraba repleta de supuestos confusos (110). Así pues, los precedentes arbitra-

órganos estatales llamados entonces a decidir el comportamiento del Estado, en modo alguno se encuentran en condiciones que puedan anular su propia voluntad. Son ellos, es cierto, los que deciden el comportamiento que hay que observar ante condiciones anormales de peligro en las que se encuentra el Estado del cual son órganos, pero su libre arbitrio personal en modo alguno está afectado. *El comportamiento que observen será, pues la consecuencia de una elección deliberada, plenamente consciente y voluntaria.* Anuario de la C.D.I., 1980, Vol. II. Segunda parte, p. 34. (El subrayado es nuestro).

(107) Art. 33 del Proyecto Ago, *Cit.* (Véase nota anterior). Acerca del criterio de distinción entre fuerza mayor y estado de necesidad, el hecho de que —en este último supuesto— «la acción y omisión que se realiza invocándolo... es absoluta y totalmente voluntaria». Véase GUTIÉRREZ ESPADA, C., *Op. cit.*, pp. 34 y 35.

(108) En relación con el asunto de la *Indemnización Rusa*, el propio, Roberto Ago escribe que la «situación financiera extremadamente difícil» —en la que se encontraba el Gobierno Turco— constituía una «situación que él describía con el término 'fuerza mayor', pero que revestía más bien el aspecto del estado de necesidad» (Anuario de la C.D.I., 1980, vol. II, Segunda parte, p. 35 y párrafo 7).

(109) Como ha recordado GUTIÉRREZ ESPADA, C., *Op. cit.*, pp. 24-25, dentro de la evolución de la obra codificadora de la C.D.I., la distinción surge en el Tercer Informe y se estabiliza en el «Anteproyecto revisado...», (art. 17) del relator cubano.

(110) Es más, en la posterior obra sistematizadora de su visión del tema, dentro de las páginas dedicadas a la «excepción de fuerza mayor» colecciona indiscriminadamente, tanto los tres precedentes esenciales del «estado de necesidad financiera» como otros. (P. ej. el caso *Macri* ante el Tribunal Arbitral Mixto rumano-turco, de 1928, o las reclamaciones del *Alabama* de 1872) en los que, a juzgar por el extracto incorporado, sí se alegaba la existencia de una auténtica fuerza mayor, GARCÍA AMADOR, F.V., «Principios de Derecho Internacional que rigen la responsabilidad». Escuela de Funcionarios Internacionales, Madrid, 1963, pp. 323-325.

les y judiciales examinados en los que se alegaba la fuerza mayor (111), constituyen en realidad supuestos de hecho en los que existía un estado de necesidad en el plano económico y financiero.

- b) La interconexión entre el cambio fundamental en las circunstancias y el estado de necesidad

Existe una interacción entre las consecuencias del incumplimiento de una obligación internacional —derivada de un tratado— en el plano de la responsabilidad y las existentes en el ámbito del derecho de los tratados (terminación, suspensión, retiro). Incluso podría decirse, desde una perspectiva de conjunto, que el estado de necesidad juega un papel liberador, paralelo y complementario en el plano de la responsabilidad, al que la doctrina *rebus* cumple en el plano de los tratados. Ciertamente, a primera vista esa es una afirmación que podría hacerse poniendo en relación cualquiera de las causas de terminación de los tratados con una u otra de las circunstancias excluyentes del hecho ilícito. Sin embargo, en una segunda lectura, puede apreciarse una cierta correspondencia lógica entre determinadas causas de terminación de un tratado y sus equivalentes circunstancias excluyentes de responsabilidad. Así, a la violación de un tratado como causa de suspensión/terminación/denuncia vendría a corresponder la posibilidad de adoptar contramedidas en el plano de la responsabilidad; a la imposibilidad subsiguiente de cumplimiento, en el plano de los tratados, equivaldría la fuerza mayor en el campo de la responsabilidad, y al cambio fundamental de circunstancias, el estado de necesidad.

Ello no quiere decir que la correspondencia lógica tenga que ser forzosamente absoluta. En hipótesis, la obligación internacional cuyo cumplimiento puede poner en peligro la existencia del Estado en el estado de necesidad, podría haber sido generada por una vía técnica diferente del tratado internacional, pero, probablemente la conexión lógica existirá en la mayoría de los casos.

Además, la práctica parece confirmar tal conexión, al menos en ciertos precedentes recogidos en páginas anteriores, en relación con los cuales la coincidencia es observada —no sin ciertas confusiones— por la doctrina (112). Es más, también en los asuntos de los Empréstitos Serbios y Brasileños podría constatarse la existencia de un cambio fundamental de circunstancias —las derivadas de la crisis económica posterior a la Primera Guerra Mundial, que aca-

(111) Sería también conveniente el examen de otros precedentes en los que el respeto de los derechos adquiridos de los ciudadanos extranjeros se enfrentaba al ejercicio del «*power of eminent domain*» del Estado, y en los que se alegó fuerza mayor, como el de las *Norwegian shipowners claims* (EEUU v. Noruega). Recueil de Sentences Arbitrales, Nations Unies. Tomo IV, pp. 336-338, para saber si existió en realidad fuerza mayor o estado de necesidad.

(112) La confluencia de aspectos propios de estas dos figuras jurídicas distintas es señalada por VAN BOGAERT (*Op. cit.*, pp. 68-69) en relación con el caso de la *Société Commerciale de Belgique* y valga también como botón de muestra lo afirmado por HARASZTI, G., (*Op. cit.*, p. 43) en relación con otro precedente, el de la *Indemnización Rusa*. Este autor, sin embargo confunde fuerza mayor y estado de necesidad.

ban produciendo una devaluación del franco francés en relación con el patrón oro— que incide en la configuración de una situación (descrita como «fuerza mayor») de presunto estado de necesidad.

Ocorre, sin embargo, en los tres precedentes señalados, que la transformación del entorno circunstancial que incide en el incumplimiento de la relación obligatoria, no es utilizado por la parte demandada para dar por terminada la relación (o para considerarla en suspenso) alegando *rebus sic stantibus* sino que se atiende sólo a intentar evitar que el efecto del incumplimiento prolongado haga surgir la responsabilidad del Estado demandado, explicando su actitud en base a una pretendida imposibilidad material de ejecución constitutiva de «fuerza mayor». Justamente lo contrario ocurre en un interesante supuesto de la jurisprudencia internacional contemporánea, el de las Pesquerías Anglo-Islandesas. (Reino Unido y República Federal Alemana v. Islandia).

El asunto se lleva ante el Tribunal Internacional de Justicia que falla una primera sentencia, sobre la Competencia en materia de Pesquerías en la que afirma lo siguiente:

«38. La referencia de Islandia a su «*intereses vitales*» hay que interpretarla en relación con el cambio de circunstancias alegado, como una indicación por parte de Islandia a la razón por la estima fundamentales los cambios que han tenido lugar respecto a las técnicas pesqueras anteriores. Tal interpretación encajaría con la tradicional concepción de que los cambios de circunstancias que deben considerarse fundamentales son los que *ponen en peligro la existencia de una de las partes, en el presente o en el futuro*. (...)

40. (...) Si, como argumenta Islandia, han acaecido cambios fundamentales en las técnicas de pesca (utilizadas) en los mares en torno a Islandia, tales cambios *sólo podrían tener interés en relación con una decisión sobre el fondo del litigio*. Pero tales cambios, de ninguna manera pueden afectar a la obligación de aceptar la competencia del Tribunal, que es la única cuestión planteada en la presente fase del procedimiento. Por ello, los peligros que, para los *intereses vitales* de Islandia, encierran los cambios en las técnicas de pesca, no pueden constituir un cambio fundamental de circunstancias en relación con la vigencia o caducidad de la cláusula compromisoria que hace nacer la competencia del Tribunal...» (113).

Conviene tener en cuenta que, como hemos visto, la noción de intereses esenciales o intereses vitales es fundamental para la delimitación conceptual del estado de necesidad. Sin duda, el incumplimiento del tratado esquivo anglo-islandés generaría consecuencias —no sólo en el plano de los tratados, que fue lo que el Tribunal examinó, tanto para dilucidar la existencia de su propia competencia jurisdiccional en la sentencia de 2 de febrero de 1973, como para decidir la inoponibilidad del Reglamento pesquero islandés al Reino Unido, y a la

(113) Recueil de la C.J.I., 1973, pp. 20-21. (El subrayado es nuestro).

República Federal Alemana, en la sentencia de fondo de 25 de julio de 1974— sino también en el ámbito de la responsabilidad.

Si Islandia alegaba la afectación de sus intereses esenciales para demostrar el carácter fundamental del cambio y dar por terminado el tratado, ¿no hubiera sido capaz de alegarla para demostrar la improcedencia de calificar como ilícitos los hechos —interponiendo la excepción de estado de necesidad— si se hubiera entrado en materia de responsabilidad en la fase relativa al fondo del asunto? ¿No da pie el propio Tribunal para pensarlo así cuando afirma «sí, como sostiene Islandia, se han producido cambios fundamentales. ... dichos cambios sólo podrían tener interés en relación con una decisión sobre el fondo del litigio ...» (párrafo 40)? (114).

Desde el punto de vista doctrinal, es una lástima que las partes no proporcionaran al Tribunal asidero suficiente como para pronunciarse acerca de la afectación de los intereses vitales de Islandia y su efecto en el ámbito de la responsabilidad de ese Estado, pues un análisis judicial reciente —aunque anterior a la formulación del proyecto AGO— hubiera sido de gran utilidad para contrastar los perfiles de la figura jurídica examinada. Estando así las cosas, quizá la única lección que cabe entresacar de esta jurisprudencia es que un cambio fundamental en las circunstancias esenciales para la manifestación del consentimiento del Estado, ni aún produciendo tan grave afectación a sus intereses vitales o esenciales que ponga en peligro su equilibrio económico básico conduciéndolo a un estado de necesidad, es capaz de afectar a la eficacia de una cláusula de arreglo de diferencias incorporada al tratado. Dicho de otro modo, las cláusulas de arreglo de diferencias son intangibles y su vida transcurre independientemente de los avatares que puedan afectar al resto del Tratado, y a las mismas Partes.

Puede verse, por tanto, cómo ciertos acontecimientos sobrevenidos dan al traste con el equilibrio de prestaciones entre las partes que parece necesario para poder exigir el cumplimiento de un pacto. En ocasiones, cuando esos acontecimientos sobrevenidos cumplen determinados requisitos, constituyen una causa válida para permitir el incumplimiento de una obligación. En un momento posterior podrían borrar las nocivas consecuencias de tal incumplimiento en el plano de la responsabilidad. Existe pues una conexión entre el cambio fundamental de circunstancias y el estado de necesidad.

c) La alegación del estado de necesidad

No obstante, por sorprendente que a primera vista pueda parecer, resulta más fácil alegar un estado de necesidad que una situación de fuerza mayor. En

(114) Alemania había planteado una conclusión relativa a la responsabilidad de Islandia, pero el Tribunal no dio curso a esta petición, pues no se había precisado la extensión de los daños y no convenía (según el art. 53 del Estatuto) que el propio Tribunal tomase la iniciativa de solicitar elementos de prueba, sobre todo cuando la demandante no reclamaba un montante determinado. El Tribunal no podía efectuar una constatación general de responsabilidad acerca de cuestiones limitadas y pruebas insuficientes. (Véase EISEMANN, P.M.; COUSSIRAT-COUSTERE, V.; y HUR, P., *Op. cit.*, pp. 152-153).

efecto, siguiendo la caracterización que de esta figura jurídica se hace en el Proyecto AGO, puede verse como, en el estado de necesidad, no se exige que los hechos causantes del «peligro grave e inminente» que afecta al «interés esencial del Estado» sean imprevisibles. Por el contrario, el elemento de imprevisibilidad si aparece en el artículo 31 del proyecto, («una fuerza irresistible o (a) un acontecimiento exterior imprevisible») relativo a la fuerza mayor y caso fortuito.

Hay que tener en cuenta que el Estado de necesidad es una circunstancia excluyente que adquiere su autonomía, separándose de la fuerza mayor, en una etapa muy reciente, y cuya primera definición en el plano internacional viene proporcionada por el Proyecto AGO. En tales circunstancias parece lícito preguntarse si la omisión del elemento imprevisibilidad fue intencionado o involuntario. No obstante, partiendo de la idea de diferenciar ambas circunstancias, lo más probable es que la omisión fuese querida por el relator especial, y, si esto es así, el acontecimiento sobrevenido que pone al Estado en el dilema de optar entre el incumplimiento de la obligación y la afectación de su interés esencial no tendría porqué ser necesariamente imprevisible.

Otra cosa es que las partes lo hayan previsto, pues en ese caso jugaría la excepción contenida en el artículo 33.2, b) del Proyecto, según la cual, no podría invocarse el estado de necesidad «si la obligación internacional... ha sido establecida por un tratado que, *explícita o implícitamente*, excluya la posibilidad de invocar el estado de necesidad ...». Nada que objetar respecto a la previsión expresa del evento, pero, por el contrario, la determinación de una previsión implícita sería enormemente problemática, y plantearía además, prolijas cuestiones terminológicas y conceptuales, pues ¿qué diferencia existiría entre la previsión implícita (115) y la previsibilidad? ¿no quedaría siempre implícitamente previsto cualquier acontecimiento previsible? ¿Y si ello es así, no sería más sencillo exigir que los acontecimientos sobrevenidos fuesen imprevisibles como en el caso fortuito?

La redacción actual es confusa y su futura aclaración podría venir por una de las dos vías siguientes. O bien se elimina la implícita previsión por las partes —siguiendo la correspondencia lógica con el cambio fundamental de circunstancias— de la imposibilidad de alegar un estado de necesidad, con lo cual el recurso a esta figura sería más fácil que la alusión a la fuerza mayor, o bien, por el contrario, se exigen que el acontecimiento sobrevenido que pone al Estado en el dilema de elegir sea imprevisible, con lo que se iguala la dificultad de alegación de ambas figuras, pero perdiendo interés argumental el posible uso del estado de necesidad en relación con el problema de la deuda.

(115) Recuérdese además lo expuesto en páginas anteriores acerca del cambio de redacción que existió en torno a la figura del cambio fundamental de circunstancias, donde los términos «*expresa o implícitamente* previstos por las partes», presentes en el Texto del Proyecto Waldock en 1963, desaparecen posteriormente en 1966. Es posible, en hipótesis, que el Texto del Proyecto sobre responsabilidad siga un trayecto similar.

d) Su aplicación a la situación generada por la deuda

Aunque algunos miembros de la CDI expresaran en su momento ciertas reservas en cuanto a la posibilidad de invocar un estado de necesidad relativo al cumplimiento de obligaciones de naturaleza financiera, la mayoría «han reconocido la importancia a este respecto, de los casos en los que, por razones de necesidad, los Estados han adoptado un comportamiento no conforme a obligaciones «de hacer» en materia de repudio o suspensión del pago de deudas internacionales» (116).

El relator especial, Roberto AGO, recoge como significativos dos de los tres precedentes estudiados (Indemnización Rusa y Sociedad Comercial de Bélgica) (117), y, tras ello, efectúa la siguiente afirmación: «la mayoría de los miembros de la Comisión ha estimado pertinente el hecho de que la cuestión de la posibilidad de invocar dificultades financieras muy graves —y por tanto una situación susceptible de responder a las condiciones que permiten reconocer la existencia de un estado de necesidad— para justificar el *repudio* o la *suspensión* del pago de una deuda del Estado, haya sido a menudo discutida a propósito de las deudas contratadas por el Estado, *no directamente con otro Estado sino con bancos u otras sociedades financieras extranjeras*» (118).

Esto es, la mayoría de los expertos «de reconocida competencia en Derecho Internacional» que representan «los principales sistemas jurídicos del mundo», reunidos en el seno de la Comisión de Derecho Internacional un año antes de que estallase la crisis de la deuda, estimaban que la circunstancia excluyente de estado de necesidad podría alegarse, bien para justificar una suspensión de pagos, bien para justificar un impago de carácter definitivo (repudio), y no solamente en las deudas públicas (interestatales), sino también en las privadas.

Es más, en su contestación a su cuestionario de petición de información algún gobierno va más lejos manifestando una rotunda opinión al respecto con gran claridad. El pronunciamiento más significativo no es, curiosamente, el de un País en Desarrollo, sino el de Sudáfrica, que —recordemos lo expuesto en las páginas iniciales— se ve también desde hace años atenazado por la deuda. En contestación a la pregunta de si un Estado incurriría en responsabilidad si, por un acto legislativo o ejecutivo decidiese el repudio de una deuda contratada con extranjeros, el Gobierno Sudafricano contesta:

«Sin embargo, el Gobierno de la Unión no estima absolutamente imposible que pueda justificarse el repudio de las deudas. (...) Si, a consecuencia de circunstancias desfavorables que escapan a su control, un Estado se encuentra en una situación tal que no puede hacer frente a todos sus compromisos y obligaciones, se encuentra virtualmente en situación de in-

(116) Anuario de la C.D.I., 1980, vol. II. Segunda parte, p. 35.

(117) Limitándose a mencionar de pasada los asuntos de los empréstitos serbios y brasileños, en pp. 35 y 36. y en nota de pie n.º 132 respectivamente. Anuario C.D.I., *cit.*

(118) *Idem*, p. 35, párrafo 8. El Subrayado es nuestro.

solvencia, deberá entonces ordenar sus obligaciones según su importancia y preocuparse, en primer lugar, por las que presentan un interés más esencial. Un Estado no podría, por ejemplo, cerrar sus escuelas, universidades y tribunales, suprimir su policía y desatender sus servicios públicos hasta el punto de exponer a su población al desorden y la anarquía, simplemente con el fin de disponer de los fondos necesarios para hacer frente a sus obligaciones con respecto a sus acreedores extranjeros o nacionales. Del mismo modo que para un particular, existen para un Estado ciertos límites a lo que se puede, razonablemente, esperar de él» (119).

Probablemente, este párrafo podría hoy ser suscrito sin dificultades por cualquier país deudor independientemente de que se hiciera o no una referencia concreta a la denominación «estado de necesidad». Parece pues que, tanto la mayoría de la doctrina como ciertos gobiernos, encontraría justificado un impago de la deuda provocado por la situación de estado de necesidad del deudor (120), opinión que comparto plenamente. Ahora bien, no hay que olvidar que la aplicación de la circunstancia excluyente de responsabilidad plantearía un delicado problema de prueba, pues quien la alegase debería demostrar que la situación generada en el deudor por el hipotético pago sería insostenible.

C) *Los cambios fundamentales en la estructura del Estado*

a) Sucesión Estados, sucesión de gobiernos y Deuda Externa

Exceptuada la hipótesis de que alguno de los recientes cambios en la Europa Central y del Este pueda originar problemas de Sucesión de Estados en materia de Deudas del Estado (Supuesto del desmembramiento de la URSS o de Yugoslavia; *hypothèse d'école* relativa a la unificación alemana, y, en su caso, eventuales repercusiones de la misma sobre territorio actualmente polaco), puede afirmarse, como regla general, que la actual crisis de la Deuda no tiene ninguna relación con lo que técnicamente cabe entender por Sucesión de Estados, con arreglo al Derecho Internacional codificado por la Convención de Viena de 8 de abril de 1983 (120 bis 1). Por esa razón, carece de interés en estos momentos un estudio más detallado de un precedente tan conocido como el de la «Deuda Pública Otomana» (120 bis 2).

(119) «Etude du Secrétariat ...», p. 64, *cit.*, en Anuario C.D.I., 1980, vol. II. Segunda parte, p. 35, párrafo 9.

(120) En contra de la validez de este argumento BOTHE, M. y BRINK, J., *Op. cit.*, pp. 93-94.

(120 bis 1) Véanse comentarios al Convenio en TREINZ, R. «Succession of States in Assets and Liabilities, a New Regime? The 1983 Vienna Convention on Succession of States in Respect of State Property, Archives and Debts». *German Yearbook of International Law*, vol. 26, 1983, pp. 198-237; FONTA, A. «La Conferencia de Viena sobre la Sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas del Estado», *REDI*, 1984, pp. 39-61. Puede verse el Convenio en la sección de Documentación de la misma revista, pp. 423 y ss.

(120 bis 2) Recueil de Sentences Arbitrales. Organisation des Nations Unies, Vol. I, pp. 529 y ss.

Aún así y todo, conviene recordar que el ámbito de aplicación de la Convención sobre Sucesión de Estados en materia de Bienes, Archivos y Deudas del Estado es reducidísimo (120 bis 3), pues, según su art. 33, para los efectos de la Convención «se entiende por 'deuda del Estado' toda obligación financiera de un Estado predecesor para con otro Estado, para con una organización internacional o para con cualquier otro sujeto de derecho internacional, nacida de conformidad con el derecho internacional». Ello quiere decir —aplicado al caso de un deudor actual que pueda verse afectado por un eventual supuesto de sucesión—, que, aún existiendo una Sucesión de Estados, la mayor parte de la actual Deuda Externa quedaría fuera del ámbito de la normativa codificada, pues se trata de deudas cuyo acreedor no es un sujeto de Derecho Internacional, sino una entidad bancaria de carácter privado, o, dicho de otro modo, se trata de deudas privadas.

Por el contrario, sí parece necesario detenerse en el examen de la llamada «sucesión de gobiernos». Como se ha escrito:

«Hasta ahora, la Comisión se ha abstenido de tomar decisiones acerca de si lo que la Asamblea General, en su resolución 1686 (XVI), denomina «sucesión de estados y de gobiernos» entraña una sola cuestión o dos cuestiones diferentes. Ahora parece necesario aclarar esto. De los trabajos de carácter oficial anteriormente consagrados a la codificación del derecho internacional, en la medida en que se ha tratado de establecer una diferencia, se desprende que lo que se ha denominado la «llamada *sucesión de gobiernos*» se ha definido como lo relativo a «los derechos y las obligaciones de

(120 bis 3) La exclusión de las deudas «privadas» del ámbito de aplicación de la Convención provocó acris de discusiones durante la fase de redacción del texto con significativas intervenciones de los representantes de los países occidentales. Valga como botón de muestra ésta de SCHWEBEL. «En cambio, la mayoría de los miembros de la Comisión no eran partidarios de que se incluyera el término «internacional» ya que, a su juicio, el derecho internacional, incluido el de la sucesión de Estados, había tenido y seguía teniendo en cuenta, con razón tanto los intereses de los particulares extranjeros como los intereses de los Estados. No se planteaba cuestión alguna de injerencia en los asuntos internos de un Estado. Se señaló que el empleo de la palabra «internacional» en el texto del artículo sería contrario a la práctica de los Estados que ofrecía miles de ejemplos de sucesión de Estados en deudas que no eran deudas en el plano interestatal o internacional, sino que eran deudas de Estado en la que los acreedores eran particulares extranjeros o empresas extranjeras. Una gran parte, por no decir la parte esencial, de los créditos que se venían concediendo a los Estados procedía de fuentes privadas extranjeras, y excluir esos créditos del proyecto de la Comisión constituiría una regresión más bien que un desarrollo progresivo». Doc. A/CN.4/SER. A/1977, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1977, vol. I, actas resumidas, N.U., 1978, p. 307. En el mismo sentido QUENTIN-BAXTER, R., pp. 185. La redacción varió con posterioridad y en 1981 se proponía la inclusión en el proyectado art. 16, de una frase según la cual se entendería también como «deuda del Estado» (b) Cualquier otra obligación financiera que incumba a un Estado. Con la finalidad de incluir así las «deudas privadas». Tras una reñida votación (8 votos a favor y 8 en contra) no es aprobada tal propuesta y quedan definitivamente excluidas del ámbito de aplicación de la Convención. (Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1981, vol. I, Actas resumidas, 24 de julio de 1981).

un gobierno que ha ganado una guerra civil respecto de los derechos y las obligaciones del derrotado gobierno *de facto*» y a «la afirmación del principio generalmente reconocido, de que las obligaciones de un Estado subsisten pese a los cambios de gobierno o de forma de gobierno de ese Estado» (Survey of International Law in Relation to the Work of Codification of the International Law Commission; memorando del Secretario General (A/CN.4/1/Rev.1), párrafo 47). En este memorando se insiste en que la tentativa de codificación de las normas relativas a este último principio estaría destinada al fracaso si al mismo tiempo no tratase de condicionar algunas de esas normas, estableciendo, por ejemplo, que las obligaciones de que se trata deben haber sido válidamente contraídas, o *que su mantenimiento no puede ser incompatible con ningún cambio fundamental en la estructura del Estado, que acompañe al cambio revolucionario de gobierno*» (121).

En realidad, como la propia Comisión apostillaba posteriormente «es dudoso que la cuestión de la 'sucesión de gobiernos' deba limitarse al caso de los gobiernos que han ganado una guerra civil. Parece más adecuada una expresión como «cambio de régimen» (122). También se ha utilizado en el plano internacional la expresión, más aséptica, de «mutaciones políticas» (123). En todos los variados supuestos que quepa englobar en la expresión sucesión de gobiernos» queda clara la regla general de identidad y continuidad del Estado, pero no está demás cuestionarse si la regla general no merece alguna excepción.

Si de entre los supuestos contemporáneos relacionados con la deuda en los que exista algo que —a grandes rasgos— pudiera calificarse de «sucesión de gobiernos», hubiese que elegir uno, a modo de caso *test*, sin duda el escogido sería el argentino, la problemática generada por la sustitución de un gobierno fascista por otro democrático y su posible efecto sobre la deuda externa contraída en nombre del Estado por el Gobierno dictatorial, dio origen a variadas especulaciones. Existían, además, precedentes, pues una situación similar fue —como es lógico— objeto de abundantes decisiones en la postguerra alemana e italiana. Sin embargo ya en las postguerra mundial, la jurisprudencia interna desilusionó a los espíritus más progresistas, pues hizo prevalecer la regla *pacta sunt servanda* sobre la posible ruptura de los vínculos establecidos en la etapa política anterior. En esa línea, y, a título de ejemplo:

«El Tribunal Constitucional declaró que el Concordato celebrado ente el Gobierno de Hitler y la Santa Sede no perdió su validez con la caída de la dictadura terrorista nacional socialista. El Reich alemán fue una de las partes contratantes. Las partes tenían como objetivo un arreglo perma-

(121) Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1963, vol. II, p. 331 (El subrayado es nuestro).

(122) *Idem*, nota al pie, n.º 11.

(123) Puede verse BASTID, S., «Mutations politiques et traités: les cas de la Chine». En *Mélanges offerts à Charles Rousseau*. Ed. Pédone, París, 1974, pp. 1-17.

nente. El argumento que pretende limitar la validez del Concordato a la duración del régimen nacional socialista no es convincente. Naturalmente, el Estado que era una de las partes ha sufrido un cambio fundamental como consecuencia del colapso del régimen de terror. Según la opinión dominante, que el Tribunal comparte, esto no afecta, sin embargo, a la continua existencia del Reich y la continua validez de los tratados en los cuales el Reich es parte, excepto aquellos cuyo contenido hacía imposible suponer que pudieran sobrevivir al régimen de violencia nacional socialista. Este no era el caso del Concordato» (124).

Como es patente, la jurisprudencia interna coincide con la doctrina internacional en el reconocimiento de la regla: identidad y continuidad pese a la insintiva repugnancia que produce la identificación inicial. La experiencia argentina posterior al derrocamiento de la Junta Militar es igualmente deprimente como ha relatado SCHVARZER. El Gobierno democráticamente elegido de Raúl Alfonsín intentó que fuera admitido por el F.M.I. el principio de la ilegitimidad formal de la deuda contraída por un gobierno que no había sido popularmente elegido (125). Pero fue en vano.

Era opinión generalizada a mediados de 1983 en Argentina, que el cambio de régimen ayudaría a remediar la situación financiera. Sin embargo, «fue imposible capitalizar el activo democrático» (126), que se reveló «un argumento poco eficaz en el curso de la negociación». De hecho, fue necesario un cierto transcurso de tiempo para darse cuenta de que la actitud de los acreedores no era la que había haber esperado. El anterior gobierno militar se había mostrado tan amenazador e imprevisible que los «acreedores prefirieron acelerar y facilitar el proceso de transición a la democracia. Había una cierta lógica en la hipótesis de que un gobierno militar que había sido capaz de entrar en guerra directa con Gran Bretaña a causa de las Malvinas, podía decidir también en cualquier momento un repudio de la deuda. La transición provocó en los acreedores una cierta flexibilización de posturas que, por el contrario, finalizó tras los primeros meses de gobierno democrático. El Gobierno Alfonsín era más «previsible» y no parecía pues suscitar temores en los acreedores» (127). Ello ha producido un agravamiento progresivo de la situación argentina.

Así pues, pese a su —aislada— alegación, ni la práctica remota, ni la posterior a la Segunda Guerra Mundial, ni la actual, dan base suficiente para pensar en la posible aceptación de un argumento de este tipo por un órgano internacional de arreglo de diferencias. Parece pues éste uno de los supuestos en los

(124) Asunto del Reich Concordat (1957). Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania). Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. Vol. 6, 1957, n.º 22, pp. 309 y 336. Reproducido en Anuario de la C.D.I., 1963, vol.II, p. 170.

(125) SCHVARZER, J., «L'expérience argentine de renégotiation...», *Op. cit.*, p. 50.

(126) SCHVARZER, J., *Op. cit.*, p. 51.

(127) SCHVARZER, J., *Op. cit.*, p. 52.

que la regla de derecho —identidad, continuidad y subsistencia de la obligación de pago— choca en ciertos casos con la más elemental idea de justicia. De ahí que siga subsistiendo la incógnita de, si no sería posible encontrar algún resquicio excepcional que pudiera ser aplicable a la problemática examinada.

b) Las llamadas Deudas Odiosas en una Sucesión de Estados y en una Sucesión de Gobiernos

Resulta una broma excesivamente fácil decir que cualquier deuda es odiosa. Sin embargo, técnicamente, existe en el ámbito internacional algo que puede ser calificado así. Y no sólo eso. Dentro de la categoría de las deudas odiosas existe una subcategoría denominada «deudas de régimen». La existencia de una gama conceptual tan amplia ha sido posible, en primer lugar por una cierta práctica que data del siglo pasado y, en segundo lugar, por la labor de recopilación y sistematización llevada a cabo por el relator especial de la Comisión de Derecho Internacional para este tema, Mohamed BEDJAUI, en el contexto de la Sucesión de Estados (128).

En este contexto, se va a proyectar como una regla general la intransmisibilidad de las deudas odiosas (salvo en caso de Unificación de Estados). A partir de ahí, se trataría de averiguar qué son deudas odiosas y deudas de régimen, para intentar trasponer esos conceptos (129) al contexto de la sucesión de gobiernos. Aproximadamente, la misma idea ha sido desarrollada por los profesores FRANKENBERG y KNIEPER (130) en un voluntarioso trabajo.

Según la Comisión de Derecho Internacional, se entenderá por deudas odiosas:

«a) todas las deudas contraídas por el Estado predecesor para realizar objetivos contrarios a los intereses superiores del Estado sucesor o del territorio traspasado.

b) todas las deudas contraídas por el estado predecesor para un fin y con un objeto no conformes al derecho internacional, y en particular a

(128) El informe básico sobre esta materia que incluye un capítulo entero (el IV) para el examen de las «deudas odiosas», está publicado en el Anuario de la C.D.I., 1977, vol. II. (Primera parte), pp. 70-78.

(129) Finalmente, el tratamiento preferencial de la categoría constituida por los «Estados de reciente independencia», y la plasmación de una «tabla rasa» en materia de deudas para esta categoría de nuevos Estados hizo innecesaria la meticulosa búsqueda de excepciones a una regla general que —se presumía— iba a ser la de transmisibilidad. Al plasmarse en la Convención la solución contraria (regla general de intransmisibilidad para Estados de reciente independencia) la categoría de las deudas odiosas no aparece en el Texto finalmente adoptado.

(130) FRANKENBERG, G. y KNIEPER, R., «Problèmes juridiques du surendettement des pays du Tiers Monde. Actualité de la doctrine des dettes odieuses». *Recueil Penant* n.º 786/787, París, 1985, pp. 9-36; KNIEPER, R., «Transfert de techniques juridiques aux questions de l'endettement des pays du Tiers Monde». *Revue du Tiers Monde*. T. XXV, 1984, pp. 669-676.

los principios de derecho internacional incorporados a la Carta de las Naciones Unidas» (131).

Y, en opinión del profesor ROUSSEAU, recogida también por el relator especial, habría que entender como «deuda de régimen».

«las deudas contraídas por el Estado desmembrado en interés momentáneo de una determinada forma política, lo que abarca, en tiempo de paz, las deudas de subyugación especialmente contraídas con miras a la colonización o asimilación de un territorio determinado y, en período de hostilidades, las deudas de guerra» (132).

No hay que olvidar, sin embargo, que se trata de categorías desarrolladas en el marco de una sucesión de Estados y que son de difícil trasposición a la mera sucesión de Gobiernos.

Algunos autores de los años veinte y treinta como SACK y FEILCHENFELD (133), parecen utilizar una concepción de las deudas odiosas más amplia que la posteriormente utilizada por la Comisión. Así, SACK, asimila al concepto de deuda odiosa todas las obligaciones contraídas debido a los intereses manifiestamente personales de un gobierno o de sus miembros, que no tienen ninguna relación con los intereses del Estado (134). Desde ese punto de vista, el concepto podría ahora ser más útil, pues abarcaría, por ejemplo, las deudas concertadas por un dictador para satisfacer caprichos personales.

Aún así y todo, la trasposición, de conceptos sólo podría ser verdaderamente útil para nuestro tema si, además, se deformasen de modo tan audaz como pretenden FRANKENBERG y KNIEPER. Para los autores citados, la clave consistiría en considerar deudas odiosas las «las deudas hostiles al desarrollo» (135). Mediante este sencillo expediente, incluso la pretendidas «ayudas financieras», normalmente ligadas a la compra de productos del prestamista, podrían tener carácter odioso. La idea es, sin duda, sugerente, y de un cierto lirismo, pero demasiado simple para arreglar un problema tan complicado. En realidad, puestos a ser osados, casi valdría la pena hacer interpretaciones audaces de normas o principios más genéricos, como el de enriquecimiento sin causa, de modo que fuera posible un uso alternativo del mismo como el que hiciera

(131) Anuario de la C.D.I., 1977, vol. II. (Primera parte), p. 78.

(132) ROUSSEAU, Ch., *Droit International Public*. París. Ed. Sirey, 1977. T. III, p. 458.

(133) SACK, *Les effets des transformations des Etats sur leurs dettes publiques et autres obligations financières* (París, 1927) et E.H. FEILCHENFELD, *Public Debts and State Succession* (New-York, 1931). El segundo autor es repetidamente citado por BEDJAOUI en sus informes y el primero parece la fuente de inspiración doctrinal más acentuada del trabajo de FRANKENBERG y KNIEPER.

(134) SACK, *Op. cit.*, p. 30.

(135) *Op. cit.*, p. 35.

en su día en Chile el Presidente Allende (136). Pero esta cuestión requeriría un desarrollo propio, que, al menos inicialmente— nos llevaría al terreno de la contradicción entre derechos adquiridos de los particulares frente a soberanía económica y por ende, derecho a nacionalizar del Estado.

c) Cambios de gobierno, derechos adquiridos y derecho a elegir el propio sistema económico

No es la primera vez que varios Estados en Desarrollo se han negado al cumplimiento de obligaciones internacionales de pago, después de haberse producido en su interior un cambio de régimen. Tras la masiva independencia africana a comienzos de los sesenta, y aún durante los setenta, se han producido nacionalizaciones con cierta frecuencia. La contradicción básica venía planteada por la pugna entre el respeto a los derechos adquiridos por el particular extranjero propietario de la empresa nacionalizada y la soberanía del Estado proyectada en el plano económico. Este enfoque es el clásico, tanto en materia de Responsabilidad como en materia de Sucesión de Estados, en ciertos trabajos preparatorios y opiniones doctrinales (137) vigentes aún en los años cincuenta. Ahora bien, como se ha dicho: «casi todos los cambios sociales hacen estragos en algunos derechos adquiridos» (138). Quizá por ello, el enfoque que finalmente ha prevalecido en ambos campos, aunque de modo más manifiesto en el de la Sucesión, ha implicado la prevalencia del principio de Soberanía de los Estados sobre el respeto a los derechos adquiridos por los particulares.

Ahora bien, si esto es así, ¿por qué entonces se admitió la prevalencia de la soberanía sobre el respeto a los derechos adquiridos, legalizando el ordenamiento jurídico internacional el derecho a nacionalizar como corolario de la soberanía estatal en el plano económico, y ahora, por el contrario, no se preconiza el repudio como vía para hacer frente al problema de la deuda? ¿No hay una equivalencia entre la negativa al pago de la deuda y la nacionalización de una inversión?

La respuesta a estas preguntas puede ser múltiple. Por un lado, hay que tener en cuenta que las nacionalizaciones no fueron la regla general, sino la excepción. El fenómeno nacionalizador tuvo lugar en concretos países, no se produjo al mismo tiempo en todos ellos y, sobre todo, no fue de una cuantía ni lejanamente comparable con el actual. Dicho de otra manera, el riesgo de quie-

(136) MIAJA DE LA MUELA, A., «El principio de enriquecimiento sin causa en el derecho internacional clásico y el nuevo orden económico internacional». *Symbolae Garcia Arias* (Temis, núms. 33-36) Zaragoza, 1973-74, pp. 349 y ss.

(137) MAKAROV, M.A., «Les changements territoriaux et leurs effets sur les droits des particuliers». *Annuaire de L'Institut de Droit International*, 1950, T. Núm. 43, especialmente, pp. 221-249; KAECKENBEEK, G., «The Protection of Vested Rights in International Law», *British YearBook of International Law*, 17, 1936, 1, g. 15.

(138) Informe de la Comisión a la Asamblea General. Anuario de la C.D.I., 1963, vol. II, p. 335.

bra afectaba tan sólo a unas pocas grandes empresas, y las pérdidas que se produjeron pudieron ser enjugadas con cierta facilidad por el sistema. Por el contrario, como se ha divulgado posteriormente (véase la nota al pie n.º 7), la gran banca norteamericana tenía un riesgo contraído en 1983 en sus préstamos a Países en Desarrollo, superior al capital de las propias entidades. Ello quiere decir que la quiebra del sistema financiero occidental a consecuencia de una serie de impagos en cadena no era ninguna hipótesis de escuela. En esas circunstancias, hubiera sido sumamente irresponsable propugnar un repudio de la deuda. Por otro lado, hay que tener en cuenta que, si bien el derecho a nacionalizar es considerado como derivado de los principios básicos de soberanía y autodeterminación proyectados en el ámbito económico, no es un derecho absoluto, pues exige determinadas condiciones de ejercicio —no del todo claramente cristalizadas— fundamentalmente relativas a la indemnización/compensación apropiada y sus modalidades de valoración y pago (139).

Por último, es cierto que, el derecho de cada Estado a elegir su propio sistema económico, político, social y cultural «sin injerencia, coacción ni amenazas externas de ninguna clase» es calificado de «soberano e inalienable» por el artículo 1 de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados. Este discutido texto no hace aquí sino reiterar una afirmación ya presente en la Declaración sobre un Nuevo Orden Económico Internacional (artículo 4.d). A su vez, ésta se limita a consensuar una versión ligeramente modificada de un derecho —a determinar libremente, sin injerencia externa su condición política y a proseguir su desarrollo económico, social y cultural— ya reconocido a los pueblos en lucha por su autodeterminación en la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas. Nos encontramos pues ante uno de los escasos principios de *ius cogens* reconocidos por la comunidad internacional en su conjunto.

Sin embargo, justificar un repudio de la deuda en la decisión soberana de llevar adelante el propio sistema económico sin injerencias externas sería una afirmación, cuando menos necesitada de considerables matices. En efecto, únicamente podría tener sentido tal aseveración cuando el pago de la deuda absorbiera tal porcentaje de los recursos económicos del país deudor, que sólo con lo restante fuera marcadamente incapaz de hacer frente a las necesidades de su pueblo en materia de desarrollo económico y social. Ahora bien, esa es exactamente la situación que, en términos más estrictamente jurídicos, ha sido descrita anteriormente como constitutiva de un estado de necesidad, de lo cual se deduce, que las exigencias derivadas del Nuevo Orden Económico y las del Ordenamiento Jurídico Internacional vienen a confluir, así interpretadas, en torno a la Deuda Externa de los Países en Desarrollo.

(139) Acerca del alcance y los límites del derecho a nacionalizar en el Derecho Internacional actual véase: ESPADA, M.L., *Nacionalización y compensación en los contratos de Estado*. Ed. La Ley, Madrid, 1989, pp. 96-118.

CONCLUSIONES

La Deuda Externa acumulada en las balanzas de pago de los países en Desarrollo durante la década de los ochenta ha llegado a constituir el principal escollo en las actuales relaciones Norte/Sur. La problemática ha desbordado hoy ya los límites de lo económico e invade el ámbito político-social, en el que se intenta buscar nuevas soluciones. Las causas que generaron el espectacular incremento de la deuda desde comienzos de la década tienen, sin embargo, una raíz económica. La subida de los tipos de interés de los créditos, sobre todo los concertados por la banca privada, y el descenso de los precios de exportación de las principales materias primas, ocasionaron una merma importante en la capacidad de pago de los países deudores, frente a la que los acreedores reaccionaron con miedo, endureciendo en una primera etapa las condiciones de pago, hasta el punto de hacerlo prácticamente inviable.

La renegociación de las deudas ha venido marcada por la colectivización de los acreedores y la singularización del deudor. En una primera fase, la deuda se ha ido simplemente reajustando o «reescalando», pero, ante su imparable crecimiento, poco a poco se ha ido abriendo camino la necesidad de una reducción de la misma. Los sucesivos planes que han intentado dar una solución global. (Baker, Brady) no han conseguido evitar que la banca internacional haya logrado transferir una parte de su riesgo a los Estados y a las instituciones multilaterales. De hecho, los nuevos flujos de capital a los que acceden los países deudores son públicos en una proporción cada vez más elevada. Por otra parte, reducir o condonar una parte de la deuda se ha hecho conveniente incluso para la banca, pues la reventa de la deuda en el mercado secundario estaba haciendo bajar los precios de los títulos a unos niveles ínfimos ante la falta de expectativas de cobro. Reduciendo el importe, es más verosímil que pueda cobrarse, con lo cual se detiene la caída de los precios.

El problema requiere, cada vez más, soluciones políticas. Sin embargo, no se ha llevado a cabo, ni probablemente se llevará, una negociación colectiva que permita la obtención de soluciones generales para los deudores; por el contrario, antes y ahora, la negociación se lleva a cabo, caso por caso. En esa tesitura, puede ocurrir en algún supuesto que las negociaciones no conduzcan a ningún acuerdo, en cuya hipótesis se abren dos opciones opuestas y radicales. El acreedor disconforme podría intentar ejecutar al deudor ante sus propios tribunales, como confirma el caso del *Allied Bank*, o bien, el deudor podría repudiar o rechazar el pago de la deuda.

Por si se diese esta última hipótesis, convenía analizar los argumentos jurídicos de que dispondría el deudor para negarse al pago. Parecía necesario comenzar el análisis de los mismos partiendo de una perspectiva histórica, pasando revista a los precedentes arbitrales y judiciales anteriores a la Segunda Guerra Mundial. De entre ellos, destacan los asuntos de la Indemnización Rusa, los Empréstitos Serbios y Brasileños y la Sociedad Comercial de Bélgica, en los que el deudor alegó fuerza mayor. En otro caso, el de las Reclamaciones

Francesas contra el Perú, nos hallamos ante un problema de sucesión de gobiernos, complicado por un reconocimiento de deuda posteriormente anulado en el plano interno. En los asuntos de la Sociedad Comercial de Bélgica y de los Empréstitos Serbios y Brasileños, la fuerza mayor aparece ligada al cambio fundamental de circunstancias.

El posterior análisis de estas tres figuras jurídicas revela su diferente valoración por parte del ordenamiento internacional. La sucesión de gobiernos es incapaz de afectar al mantenimiento —identidad y continuidad— de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado. Por su parte, el cambio fundamental de circunstancias esenciales, sólo podría alegarse cuando las partes no hubieran previsto la posibilidad de tal cambio y únicamente con objeto de conseguir una renegociación de las condiciones de cumplimiento de la obligación de pago.

La fuerza mayor, como circunstancia eximente de responsabilidad internacional, parece la figura más interesante de las utilizadas en el pasado. Conviene tener en cuenta, no obstante, el tardío deslinde que esta figura lleva a cabo en relación con el estado de necesidad en el plano internacional; por lo que no parece apresurado afirmar que si el deudor de antaño pudiera hoy calificar de nuevo la situación de hecho en la que se encontraba, hubiese alegado en su defensa la circunstancia eximente de *estado de necesidad*, en lugar de la denominada fuerza mayor.

Es pues el estado de necesidad y no la fuerza mayor, la figura jurídica que hoy podría ser útil a la asesoría jurídica de un país deudor. Por tanto, actualmente, parece perfectamente posible que un deudor alegue hallarse en una situación de estado de necesidad para negarse al cumplimiento de las obligaciones internacionales de pago que configuran su Deuda externa. Pero, la existencia o no de una situación de hecho de tan trágica envergadura que, si se cumple la obligación internacional se ponga en peligro la existencia misma del Estado, habrá de ser determinada caso por caso, en virtud de todas las circunstancias que sea preciso tener en cuenta.

Sólo pues como último recurso, en una situación tal que el cumplimiento de las obligaciones de pago de un país le impidiera realmente ejercer su derecho a determinar su propio sistema económico y político, le imposibilitara el mantenimiento de su Administración y la atención de sus servicios públicos, podría decirse que el estado de necesidad eximiría a ese Estado del ilícito internacional derivado de su incumplimiento, pues, en ese caso, la propia vida del Estado se vería amenazada y, como se ha dicho, en el orden internacional, el Estado es la realidad primaria.

