

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



LA EXCESIVA ONEROSIDAD SOBREVINIENTE DE LA DEUDA EXTERNA LATINOAMERICANA*

DR. VÍCTOR PÉREZ VARGAS

"Para el jurista carece de sentido la noción de acto intangible, tanto en el orden internacional como en el interno."

ROUSSEAU Charles.

ÍNDICE

| | Pág. |
|---|------|
| I. Introducción | 152 |
| A. Orígenes | 152 |
| B. Lo civil y lo mercantil | 153 |
| II. Presupuestos | 154 |
| A. Presupuestos fácticos | 154 |
| B. Presupuestos teóricos | 156 |
| C. Presupuestos axiológicos | 160 |
| III. Conclusiones | 164 |
| A. El futuro si sigue el mismo juego | 164 |
| B. Papel del jurista; la hora del Derecho Privado | 165 |
| C. Un derecho común. Tendencias unificadoras | 165 |
| D. Centralidad de la persona | 165 |

(*) Conferencia pronunciada en el Colegio de Abogados de Lima, Perú, en el congreso *Tendencias Actuales y Perspectivas del Derecho Privado*, organizado por el Colegio de Abogados de Lima y la Associazione di Studi Sociali latinoamericani (ASSLA). Lima, 5, 6 y 7 de setiembre de 1988.

I. INTRODUCCIÓN

Agradezco al comité organizador y al Colegio de Abogados de Lima la amable invitación para participar en este nuevo encuentro sobre las perspectivas del Derecho Civil latinoamericano. Por su actualidad e importancia he seleccionado el tema de la "excesiva onerosidad sobreviniente de la deuda externa latinoamericana", una de las doctrinas, dentro del amplio tema de la variación sobrevinida de las circunstancias, que —como expresa Espert Sanz— han servido para paliar las graves consecuencias que la inflexible exigibilidad literal de los contratos podría haber producido".¹

Me propongo afrontar el tema de la deuda externa de América Latina, siguiendo las oportunas indicaciones metodológicas elaboradas por el profesor Sandro Schipani de las universidades de Sassari y Roma II, así como las acertadas intuiciones del profesor Max Arias Schreiber Pezet, de la Universidad de San Marcos de Lima, desde la perspectiva milenaria del Derecho Privado, a partir de las siguientes premisas:

a) El Derecho es un producto cultural cuya razón de ser y devenir es de orden axiológico; es instrumento de satisfacción de intereses humanos, dentro de un marco de valores. La tridimensionalidad (hecho, valor y norma) de lo jurídico reiteradamente sostenida por Carlos Fernández Sessarego y Miguel Reale, encuentra, en esta constatación, la razón humana esencial de su existencia.

b) Las transformaciones de las circunstancias conexas con la estratificación económica internacional imperante han determinado un rompimiento de la equidad (si es que ha existido en algún momento) de los términos de intercambio internacionales, han afectado el equilibrio de buena parte de

los vínculos comerciales, en especial, los de orden financiero y han incidido sobre la soberanía de las comunidades nacionales y sobre la dignidad misma de la persona humana.

c) En nuestro subcontinente, bendecido con riquezas naturales envidiables, el resultado ha sido un descenso en la tasa de crecimiento económico, un aumento en los déficit en la balanza de pagos y también, como consecuencia, un aumento en el endeudamiento externo. Esta es una realidad constatable económica y matemáticamente.

d) Dentro del subsistema latinoamericano existen principios para dar respuesta a la incidencia de las transformaciones de las circunstancias sobre el equilibrio contractual.

A. ORÍGENES.

Ya en la antigua India encontramos la idea de que los cambios en los supuestos fácticos de un contrato pueden afectar su eficacia. De este principio hay manifestaciones en el Código de Manú,² lo mismo que se encuentran disposiciones específicas sobre la prohibición de intereses y sobre la llamada lesión enorme.³

El profesor Max Arias Schreiber,⁴ acertadamente, en su obra EXÉGESIS, ubica el génesis de la doctrina de la excesiva onerosidad sobreviniente de la prestación, dentro de nuestra tradición romana, en la filosofía de Marco Tulio Cicerón, precisamente en su obra "Los Oficios".⁵ Coincide en esta opinión Osti,⁶ quien agrega la figura de Séneca y demuestra posteriormente la continuidad de estas enseñanzas dentro del sistema romano de Derecho Comparado, gracias a la influencia de estos autores, tanto en la Glosa, como en el Decreto de

1. ESPERT SANZ, *La frustración del fin del contrato*. Editorial Tecnos, Madrid, 1968, p. 22.

2. "Cada quince días, según que el precio de los objetos sea más o menos variable, el rey debe reglamentar el precio de las mercaderías en presencia de expertos". MANAVA DHARMA SASTRA, Editora Nacional, México, D. F., 1968, p. 283.

3. "Que el que presta no reciba. . . ni el interés del interés. . . ni un interés arrancado a un deudor en un momento de apuro". MANAVA, *op. cit.*

4. ARIAS SCHREIBER PEZET, Max, *Código Civil peruano de 1984*, Exégesis, tomo I, *Contratos, parte general*, Studium Editores, Lima, 1987, p. 222.

5. Motivado por las observaciones del profesor Arias Schreiber Pezet busqué en el libro de Cicerón citado el tema y encontré el siguiente texto que considero de especial interés: ". . . muchas cosas que naturalmente parecen honestas, dejan de serlo según las circunstancias; el hacer lo prometido, cumplir los pactos, pagar los depósitos, mudada la utilidad, se hacen torpes". CICERÓN, *Los oficios*, Espasa-Calpe, Madrid, 1968, p. 152.

6. OSTI, Giuseppe, La così detta clausola "rebus sic stantibus" nel suo sviluppo storico, texto que obtuve gracias a la colaboración del distinguido profesor Sandro SCHIPANI de las universidades de Roma y Sassari.

Graciano que reproduce pasajes de Cicerón. Se suele citar también un texto de Neratius (Digesto Lib. XII, tít. 4, Fr. 8) como base de la aplicación medieval del principio.⁷

La propia tradición ibérica, presenta algunas manifestaciones de afirmación de este equilibrio contractual que se encuentra detrás del tema. En efecto, en el Fuero Real, de don Alfonso el Sabio (Código del Escorial) se encuentran algunas formulaciones derivadas de este principio, en particular con referencia al precio de la venta y su relación con el valor de la cosa vendida.⁸

El principio es aceptado en forma más generalizada en la época de los glosadores.⁹

Hoy, como veremos luego, la mejor doctrina latinoamericana se manifiesta favorable en relación con la admisión de los cambios en las circunstancias como elementos que afectan la eficacia contractual.¹⁰

La relevancia e incidencia de los cambios en la situación real sobre la eficacia de los contratos, de este modo proclamada por las más diversas fuentes (antiguas, medievales y modernas), es el elemento de juicio clave que ha de imperar en el análisis del problema jurídico y financiero que presenta la insostenible situación actual de la deuda externa latinoamericana.

B. LO CIVIL Y LO MERCANTIL.

La distinción entre el Derecho Civil y el Derecho Mercantil tiende cada día más a desaparecer,

ante la constatación de la existencia de principios de Derecho Privado, capaces de abrazar ambos sectores. Son varias las legislaciones que han unificado el tratamiento (en particular Suiza en materia de obligaciones, también Italia y Perú han dado el paso hacia la unificación).

Los valores a que haremos referencia entran en esta zona de patrimonio común. Precisamente, la relevancia de la transformación de las circunstancias ha sido considerada como uno de los principios generales del Ordenamiento.¹¹

Se trata pues, de determinar y fijar los valores aplicables tanto a las relaciones civiles como a las mercantiles.¹²

En América Latina se ha afirmado que las necesidades del comercio internacional impulsan la unificación en materia de teoría general de las obligaciones, base que, de conformidad con conclusiones del mismo UNIDROIT puede cimentar la codificación progresiva del Derecho del Comercio Internacional.¹³

La común tradición jurídica de que son partícipes nuestros pueblos es otro factor cohesionante positivo. Es "más fácil alcanzar los propósitos de una unificación internacional en aquellos países que han sufrido sucesivamente la común influencia del Derecho Romano y del Código Napoleón, como es el caso de los países latinos",¹⁴ cuya comunidad terminológica y axiológica permite hablar del sistema latinoamericano como realidad cultural con contornos altamente definidos.

7. "Contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur". V. DA SILVA PEREIRA, Cayo Mario, *Resolución del contrato por excesiva onerosidad sobreviniente*, en *El Código Civil peruano y el sistema latinoamericano*, Cuzco Ed., Lima, 1986, p. 422.
8. "Ningun ome non pueda desfacer vendida que faga por decir que vendió mal su cosa, maguer que sea verdat, fueras ende si la cosa valia cuando la vendió mas de dos tanto de por quanto la dió, ca por tal rason bien se deve desfacer toda vendida si el comprador non quisiere complir el precio derecho, ca en poder es del comprador, o desfacer la vendida, o de dar el derecho precio e retener lo que compró". *Fuero Real*, Libro III, Ley V. Facsímil de Imprenta Real, Madrid, 1836, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1979, p. 88.
9. V. DE LOS MOZOS, José Luis, *El principio de la buena fe*, Bosch, Barcelona, 1965, p. 153.
10. V. ARIAS SCHREIBER PEZET, Max (con la colaboración de Carlos Cárdenas Quirós, Ángela Arias Schreiber Montero y Elvira Martínez Coco), *Exégesis*, tomo I, Studium, Lima, 1987, p. 223. También v. ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil mexicano*, E. Antigua Librería Robredo, México, 1960, p. 461.
11. V. BRANCA, Giuseppe, *Istituzioni Diritto Privato*, Zanichelli, Bologna, 1973, p. 472.
12. V. HINESTROSA, Fernando, *Unidad y heterogeneidad del Derecho Privado*, en *Estudios Jurídicos*, Umaña Trujillo, Bogotá, 1983, p. 559.
13. V. MELICH ORSINI, José, *Estudios de Derecho Civil*, E.J. Alva, Caracas, 1986, p. 499.
14. Op. últ. cit., p. 500 y BONIVENTO FERNÁNDEZ, José Alejandro, *Propuestas para un régimen integrado de obligaciones y contratos. 100 años del Código Civil de la Nación*, Ministerio de Justicia, Bogotá, 1987, vol. I, p. 321 y, en particular, p. 329 sobre la revisión contractual.

II. PRESUPUESTOS

A. PRESUPUESTOS FÁCTICOS.

1. *Latinoamérica y Costa Rica en Latinoamérica. Desproporción PNB, exportaciones y deuda externa.*

Diversos factores han determinado un empobrecimiento súbito e inesperado de nuestros pueblos: descenso en los precios internacionales de muchos de nuestros productos de exportación, aumento de precio de los productos importados (particularmente repentino en el caso del petróleo hace pocos años), aumento en las tasas de interés, reducción de crédito blando. . .

A nivel global, Latinoamérica ha visto agravarse el costo de su propia supervivencia con deudas enormes.¹⁵

No se trata de un simple "venir a menos" de la situación de los deudores latinoamericanos, sino de acontecimientos extraordinarios, objetivos, externos, que han determinado una excesiva onerosidad sobreviniente de las prestaciones a que estaban obligados.

No se trata, tampoco de un simple problema de Derecho Comercial; ni siquiera las obligaciones singulares pueden desligarse de esta observación, por tratarse de elementos de una globalidad que merece consideración. La deuda externa y, en particular la deuda pública externa presenta una diferencia fundamental frente a las obligaciones mercantiles internas particulares, donde acreedor y deudor son de (o viven en) un mismo territorio.

La diferencia se encuentra en que en la deuda externa es necesario transferir divisas fuera de la comunidad nacional; en cambio, las deudas internas lo que hacen, simplemente, es redistribuir recursos dentro de una misma comunidad; en palabras de Heilbronner: "a nivel nacional, la deuda interna no nos hace ni más ricos ni más pobres".¹⁶

El contraste, "mutatis mutandis", ha sido hecho por Heilbronner entre lo que significaría una

deuda de una familia para con otra y lo que sería una deuda entre miembros de una misma familia o bien, entre lo que significaría la existencia de una deuda de una sociedad para con otra, en contraposición a una deuda entre dos filiales ("branches") de una misma empresa.

La gran tragedia, aparentemente sin salida, del problema de la excesiva onerosidad sobreviniente de la deuda externa latinoamericana es que ésta "crece, en términos reales, a una tasa mayor que la producción nacional"¹⁷ y esta situación incide sobre la dignidad humana misma de los pueblos, que ven, con ello, afectadas sus posibilidades de desarrollo.

Los países en desarrollo, a partir de 1984, reciben menos capital a mediano y largo plazo que el que giran para el servicio de la deuda exterior.¹⁸

El problema comenzó a gestarse en los años setenta con el relajamiento de los controles y políticas de orden financiero, prudencia y control monetario que imperaron en la década anterior y con el rompimiento de los toques máximos para el servicio de la deuda (de un 16% pasaron hasta un 50% del valor de los ingresos por exportaciones) y el crecimiento de la participación de la banca comercial (con crédito más flexible, pero más costoso). "El problema de la deuda externa entra así en un proceso acumulativo que deviene explosivo".¹⁹

La explosión del problema ocurrió el 24 de julio de 1981, cuando Costa Rica comunicó a sus acreedores la moratoria en sus pagos, con un atraso de 50 millones de dólares, siendo en esto la primer nación y siendo también la primera en entrar en etapa de renegociación.²⁰ Posteriormente habría de producirse en Nueva York, tristemente el célebre fallo "Allied Bank International contra Banco de Crédito Agrícola de Cartago" donde, finalmente, no se aceptó la doctrina del "act of State" y se afirmó que, como los créditos estaban localiza-

15. En 1986 la de Brasil era de 110.000 millones de dólares; la de Argentina era de 51 mil millones. Hoy la de México supera los 100.000 millones.

16. HEILBRONNER, Robert, *The Economic Problem*. Prentice Hall, New Jersey, 1984, p. 233.

17. ROMERO, Jorge Enrique, *Deuda externa: otra cara de la crisis*, *Revista de Ciencias Jurídicas*, Nº 59, enero-abril 1988, p. 76.

18. V. FOUCHARD, Philippe, *Financement et endettement internationaux. Aspects Juridiques*. *Revue Internationale de Droit comparé*. Nº especial, vol. 8, París, 1987, p. 638.

19. V. LOW MURTRA, Enrique, *Financement et dette extérieure*. *Journées de la Société de législation comparée*, Anne 1986, Nº especial, vol. 8, p. 664 y ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique, *Deuda externa: otra cara de la crisis*, *op. cit.*, p. 93.

20. ROMERO, *Deuda externa. . . , op. cit.*, ps. 77 y 78.

dos en Nueva York, las medidas costarricenses constituían una tentativa unilateral de romper las obligaciones comerciales de Derecho Privado y por ello eran contrarias a la política de los Estados Unidos.²¹

Posteriormente, como sabemos, el Gobierno peruano sostuvo la limitación unilateral de los pagos de servicio de la deuda en un monto fijado por el propio país deudor (en el caso peruano se habló, al principio, de un 10%); esta solución ha sido considerada arbitraria, antijurídica y atentatoria contra nuevos empréstitos, además de que rompe el sistema.²²

Otra tesis que también rompería el sistema es la de Fidel Castro; parte del carácter impagable de la deuda; pretende un aglutinamiento de fuerzas y propone una declaración de los deudores de una moratoria colectiva e indefinida y un pago de la deuda con un porcentaje de los presupuestos militares de las grandes potencias. . .²³

Recientemente, el Dr. Oscar Arias, Presidente de Costa Rica y Premio Nobel de la Paz, afirmó que "el pago de esta deuda debe adaptarse a la capacidad de los Estados deudores, debe concordar con nuestras posibilidades de ingreso provenientes de exportaciones; no es justo que sigamos destinando casi la tercera parte de esos ingresos sólo para atender el pago de intereses".²⁴

Además como ha aclarado Segura: "La transferencia inversa está planteando serios problemas, ya que los países deudores tienen que crear un superávit en moneda nacional para pagar el servicio de la deuda. Dicho superávit debería hacerse con el ahorro interno, pero todos sabemos que éste no existe; entonces se recurre a emisiones inorgánicas, aumentando la inflación y otros males peores. Además, el pago del servicio de la deuda significa la reducción de las importaciones, aumen-

tar exportaciones de bienes y servicios y dedicar los escasos recursos del desarrollo a pagar, sacrificando el crecimiento".²⁵

En el caso de Venezuela el servicio de 1988 se calcula en un 40 por ciento de los ingresos estimados por exportaciones petroleras.²⁶

En Argentina, en 1985 el pago de intereses representó un cincuenta y dos por ciento de las exportaciones.²⁷

El señor Presidente del Banco Central de Costa Rica, Dr. Eduardo Lizano, resumió en dos aspectos el problema: por un lado el esfuerzo en la erogación de divisas para atender la deuda (un tercio de las exportaciones es usado para pagar únicamente intereses) y por otro, lo que esto determina como obstáculo al desarrollo, simplemente porque tales divisas podrían ser utilizadas, por ejemplo, para la adquisición de materias primas, maquinaria y equipo o para bienestar o seguridad sociales.

2. Gestiones, moratorias, renegociaciones.

Nuestros países continúan ensayando alternativas.

Costa Rica considera que "no es perjudicial continuar con la política de endeudamiento externo, en la medida en que los recursos se canalicen al sector productivo".²⁸ En estos momentos se ha creado un fondo en fideicomiso para adquisición de títulos de la deuda externa (algunos se han adquirido al 17 por ciento de su valor original. . .).²⁹

Se anuncia también una posible actitud más flexible de los bancos comerciales acreedores (se habla de una posibilidad de reducción del interés o del valor mismo de la deuda). La intención es llevar a cabo la renegociación con la banca comercial y posteriormente iniciar el proceso con la deuda bilateral.³⁰

21. U.S. Court of Appeals for the 2nd circuit. Resoluciones de 23 de abril de 1984 y de 18 de marzo de 1985. Cit. p. FOUCHARD, *op. cit.*

22. V. MURTRA, *op. cit.*, p. 664.

23. V. ROMERO PÉREZ, *Deuda externa. . .*, *op. cit.*, p. 93.

24. V. LA NACIÓN, p. 4/A de 26 de junio de 1988.

25. SEGURA, Jorge Rhenán, *Cumbre de Toronto y deuda externa*, *La Nación*, 23 de julio de 1988, p. 15/A.

26. *La Nación*, San José, 31 de mayo de 1988. 22-A.

27. V. FOUCHARD, *op. cit.*, p. 637.

28. SOLÍS, Otón, *Ministro de Planificación*, *La Nación*, 27 de junio de 1988. En estos momentos la situación es la siguiente: la deuda con la banca comercial es de unos mil quinientos millones de dólares; se renegocia en el Club de París, de ella se paga un 40 por ciento de intereses, 5 millones mensuales. Con los organismos multilaterales la deuda es de unos mil doscientos millones; Costa Rica está al día. Las deudas bilaterales alcanzan unos 900 millones.

29. *La Nación* 2 de agosto de 1988, p. 3/c.

30. NARANJO, Fernando (Ministro de Hacienda), declaraciones en *La Nación* 2 de agosto de 1988, p. 5/A.

En noviembre de 1986 presenciamos la tercera renegociación —en cinco años— de la deuda mexicana (12 mil millones de dólares), como obra conjugada del Fondo Monetario Internacional, del Banco Mundial, de los Estados acreedores y de los bancos comerciales. A partir del caso mexicano las renegociaciones se han multiplicado (alrededor de cuarenta países).³¹

En algunos casos ya se han producido condonaciones (el Gobierno alemán lo ha hecho ya con 24 países).³² También Canadá y Francia han anunciado esta disponibilidad para ciertas situaciones, según lo revelan algunos resultados de la reciente Conferencia de Toronto (de junio de 1988).

3. Insostenibilidad.

La situación es tal que reiteradamente se ha afirmado su insostenibilidad:

"No es posible sacrificar el crecimiento económico para pagar la deuda".³³

Para FOUCHARD la situación es "insostenible".³⁴

Para HINKELAMMERT la deuda es sencillamente "impagable".³⁵ Este mismo autor habla de sus "dimensiones catastróficas" y de su "impacto destructor".

Coinciden con esto las apreciaciones contenidas en el documento del Vaticano: "Al servicio de la comunidad humana; Una consideración ética de la deuda internacional"; ahí se ha hablado de "intolerabilidad", de "asfixia", de "urgencia", de "supervivencia".³⁶

En estas condiciones el desarrollo resulta imposible.³⁷

El Gobierno de Brasil ha dicho que "no está dispuesto a pagar con el hambre del pueblo".³⁸

Es imperativo buscar alternativas a la deuda externa donde no resulte sacrificado el ser humano.

B. PRESUPUESTOS TEÓRICOS.

1. Aclaración preliminar.

Las anteriores constataciones son importantes porque revelan el carácter excesivo de la onerosidad sobreviniente, más que para cada deudor individualmente considerado, para cada una de nuestras comunidades nacionales. Conviene, pues, revisar los elementos de la excesiva onerosidad sobreviniente para confrontarlos con la realidad latinoamericana y justificar así la reducción a equidad de los efectos jurídicos de la deuda.

2. Los elementos de la excesiva onerosidad sobreviniente.

El supuesto de la excesiva onerosidad sobreviniente está constituido por contratos a largo plazo (de ejecución periódica, continuada o diferida),³⁹ en general conmutativos u onerosos donde, entre el momento de la estipulación y el de la ejecución de la prestación, ésta se hace excesivamente onerosa;⁴⁰ esta onerosidad (en USA se ha hablado de "extreme burden") ha de ser sobreviniente y dependiente de hechos extraordinarios.

Con referencia al tema de la deuda externa no puede dejar de constatarse que se trata de contratos cuyas prestaciones son diferidas o periódicas; o, en general, de ejecución sucesiva.⁴¹

31. V. FOUCHARD, *op. cit.*, p. 635.

32. SCHLOZ, Rudolf, Consejero de Cooperación de la Embajada de la República Federal de Alemania. *La Nación*, 30 de julio de 1988, p. 16/A.

33. ZÚÑIGA CHAVES, Guillermo, Viceministro de Hacienda de Costa Rica, *La Prensa Libre*, 17 de junio de 1988.

34. *Op. cit.*, p. 638.

35. HINKELAMMERT, Franz, *La deuda externa de América Latina, El automatismo de la deuda*, DEI, San José, 1988, p. 12.

36. V. JIMÉNEZ CASTRO, Willburg, *Solidaridad internacional de acreedores y de deudores para el logro de una justa y duradera solución al problema de la deuda externa (documento del Vaticano)*, en *Mundo Actual*, San José, año 1, enero-junio, 1988, Nº 1.

37. ARIAS, Óscar, *LA NACION*, 29 de mayo de 1988, p. 4-A

38. FUNARO, Dilson, Ministro de Finanzas. Cit. p. ROMERO, *op. cit.*, en *Revista de Ciencias Jurídicas*, Nº 59, p. 85

39. V. PERLINGIERI, Pietro, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1983, p. 228

40. V. LARENZ, Karl, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, p. 93. Se ha hablado de una "distorsión de la originaria ecuación económica del contrato". Ministerio de Justicia, República Oriental del Uruguay, *Bases generales para la reforma del Código Civil*, 1984, p. 365.

41. Sobre la relevancia del tiempo en los contratos (de ejecución periódica, sucesiva o continuada). V. GIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Diritto Civile*, 1, UTET, Torino, 1986, p. 903. V. también SOTELA, Rogelio, *La teoría de la imprevisión*, *Revista de Ciencias Jurídicas*, Nº 7, mayo de 1966, San José, p. 165; FONSECA, José Miguel, *Modificación del contrato por alteración de las circunstancias básicas*, en *Revista Judicial*, Corte Suprema de Justicia, Nº 40, marzo de 1987, ps. 35 y ss.; BAUDRIT, Diego, *Teoría general del contrato*, Juricentro, San José, 1982, p. 100. (Quien plantea observaciones sobre las dificultades que plantea el nominalismo monetario en la ley, p. 101). V. también PERLINGIERI, *loc. cit.*, (quien muestra la relevancia de la distinción).

La ejecución diferida, o sea, la existencia del plazo es prácticamente esencial en el préstamo. Precisamente las operaciones de crédito tienen en su base un negocio jurídico donde una parte concede a la otra la propiedad (o disponibilidad, al menos) de bienes fungibles (o realiza prestaciones que indirectamente implican desembolso de dinero) por un tiempo determinado, con obligación de restituirlo (reembolso) del equivalente a término diferido; las más características son de orden financiero y generan, además, las obligaciones de pago de intereses y comisiones. En todo caso, hay un desfase temporal entre el momento en que se recibe la propiedad del dinero y el momento de su restitución.⁴²

En relación con el tema de la deuda no puede dejar de recordarse que la doctrina considera como "evento típico" que presenta los caracteres de la excesiva onerosidad sobreviniente, la desvalorización monetaria (y la inflación),⁴³ la cual, como aclara el profesor Arias Schreiber, es sólo una de sus causas.⁴⁴

La excesiva onerosidad sobreviniente se torna evidente cuando el desequilibrio pone en peligro la misma existencia económica del obligado.⁴⁵

3. Los efectos: La resolución y la reducción a equidad.

La transformación de las circunstancias puede conducir a una imposibilidad o a un mayor costo del cumplimiento.

Para algunos, si la deuda externa es, sencillamente, impagable, hay un problema de factibilidad. Lo que no es posible no se debe, se ha dicho.⁴⁶ Frente a esta tesis está la de quienes creemos en la posibilidad de su reducción a términos equitativos.

Dado que la excesiva onerosidad sobreviniente encuentra su fundamento en la ruptura del equilibrio del contrato, resulta comprensible que deba buscarse con prioridad (como lo hace el nuevo Código Civil peruano, con gran acierto) la reducción a equidad de los términos de aquel. Se trata, precisamente, de ofrecer a las partes los medios para afrontar la perturbación de la relación de paridad.⁴⁷ Surge, junto a esta posibilidad la resolución del contrato.

La resolución encuentra su fundamento más general en el sobrevenir de una situación de hecho que incide sobre la funcionalidad negocial.

El principio que se encuentra en la base de las diversas formas de resolución (por incumplimiento, por imposibilidad de cumplimiento, por excesiva onerosidad sobreviniente, e inclusive en la llamada resolución convencional o revocación) es el de la relevancia de un hecho sobreviniente que afecta el equilibrio contractual, la composición misma de intereses de la que el contrato es expresión.

También, detrás de la doctrina de la excesiva onerosidad sobreviniente se encuentra un principio que trasciende la materia de la resolución y explica el sentido de otras figuras jurídicas destinadas a la tutela de ese mismo equilibrio de intereses; es en el fondo el mismo principio que justifica el remedio de la rescisión por lesión⁴⁸ y hasta la propia imposibilidad de cumplimiento.

Particularmente, en el caso de la lesión, se ha admitido la posibilidad de una reducción a equidad: "Sentado que la ineficacia encuentra su motivo en el perturbado equilibrio de las prestaciones deducidas en el contrato. . . se comprende que la rescisión pueda ser evitada por la otra parte ofreciéndose a modificar el contrato en la medida suficiente

42. V. RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio, *Contratos bancarios*, FELABAN, Bogotá, 1979 y RODRÍGUEZ, Joaquín, *Derecho Mercantil*, Ed. Porrúa, México, 1967, p. 64.

43. Así por ejemplo: RESCIGNO, Pietro, *Manuale del Diritto Civile italiano*, Jovene-ed, 1973, ps. 610 y 611, también SCOGNAMIGLIO, Renato, *Contratti in generale*, Vallardi-ed, Milano, 1972, p. 291. MORA, Fernando, *Discurso académico de apertura del III congreso jurídico nacional*, en *Revista Judicial*, N° 7, Corte Suprema de Justicia, San José, marzo de 1978, p. 9. V. también DÍEZ PICAZO, Luis, prólogo a la obra "*La frustración del fin del contrato*" de Vicente Espert Sanz, Ed. Tecnos, Madrid, 1968, p. 9. En general, sobre la incidencia de la desvalorización monetaria sobre los contratos v. FUEYO LANERI, Fernando, *Corrección monetaria y pago legal*, Editorial Temis, Bogotá, 1978, ps. 8 y ss. y PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 228.

44. V. ARIAS SCHREIBER, *op. cit.*, p. 224.

45. Así el Tribunal Supremo de Alemania, cit. p. LARENZ, *op. cit.*, p. 93. También en la jurisprudencia italiana es constatable esta orientación. V. PINO, Augusto, *La excesiva onerosidad de la prestación*, Bosch, Barcelona, 1959, p. 54.

46. HINKELAMMERT, *op. cit.*, p. 70.

47. V. CARIOTA FERRARA, L., *Il negozio giuridico nel. . . op cit., infra*, p. 385; BETTI, *op. cit., infra*, p. 73.

48. V. DÍEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, Tecnos, Madrid, p. 317 y BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil argentino, parte II*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1970, ps. 325 y ss.

para reintegrarlo a la equidad",⁴⁹ aunque más acertada parece la prioridad que se da en el nuevo Código Civil peruano, en el caso de ejercicio de la acción por excesiva onerosidad sobreviniente, a la reducción a equidad. Debe aclararse que, si bien es cierto que, tanto en la rescisión como en la resolución, la patología se encuentra en la función del contrato y en los intereses que las partes persiguen al celebrarlo,⁵⁰ entre ambos remedios hay una diferencia importante: en el caso de la resolución se trata de hechos posteriores a la celebración del contrato que pueden llegar a determinar una eliminación de eficacia (o ineficacia sobreviniente); en el caso de la rescisión por lesión, en cambio, la desproporción entre las prestaciones es originaria y derivada de un aprovechamiento de una de las partes del estado de necesidad o de peligro de la otra; las modalidades del acto en el contrato rescindible están caracterizadas por las circunstancias citadas (estado de peligro o de necesidad) que, ofreciendo a una de las partes la oportunidad de sacar provecho, han condicionado una desproporción entre las prestaciones. En la resolución, en cambio, encontramos un hecho nuevo, posterior al negocio, que perturba el desarrollo normal de la relación; se ubica dentro del concepto técnico de "eliminación".⁵¹ El presupuesto de la resolución, en general, es un hecho objetivo, o el comportamiento de una parte, posteriores a la celebración del negocio, que rompen la composición de los intereses negociales. Esta objetividad y carácter externo de los hechos se encuentra en los que han determinado, en parte, junto a la culpa de acreedores y deudores, la situación de la deuda externa latinoamericana de nuestros días. Se citan como elementos condicionantes de la situación actual y de los mismos recientes refinanciamientos, los cambios en los precios del petróleo, la inflación mundial, el alza en las tasas de interés, entre otros.⁵² En particular, el remedio de la resolución

por excesiva onerosidad sobreviniente tiende a tutelar la condición de paridad entre las partes en la fase sucesiva a la celebración del negocio, por lo que se aplica a los contratos de ejecución sucesiva, continuada, periódica o diferida.⁵³

4. *Derecho Comparado.*

Desde el punto de vista del Derecho Comparado, el tema de la excesiva onerosidad sobreviniente revela un verdadero antagonismo entre las soluciones que tienden a prevalecer dentro del sistema romano, frente a las que imperan en la jurisprudencia del Common Law, las primeras en favor de la revisión de los contratos en el caso de cambio en las circunstancias, en cambio, las segundas, favorables a la rigidez del contrato, más formalistas y menos equitativas.⁵⁴

a) *COMMON LAW.*

El sistema de Common Law, cuyas reglas suelen aplicarse a menudo en los contratos internacionales de préstamo, como resultado de renunciaciones expresas a la propia ley y al propio juez que frecuentemente son exigidas por la parte fuerte de la relación, no desconoce del todo la doctrina de la excesiva onerosidad sobreviniente; sin embargo, la jurisprudencia mantiene, por lo general, una actitud restrictiva y formalista. Este es un ejemplo más de quienes —en expresión de Díez Picazo— "no han conseguido despegarse de la anacrónica y estrecha formulación de la llamada cláusula *Rebus sic stantibus*".⁵⁵

El propio Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos en su texto 2-615 establece como excusa de cumplimiento la ausencia de "condiciones presupuestas". Así, en caso de atraso en la entrega, o falta de entrega, en todo o en parte "si el cumplimiento como fue acordado se ha hecho impracticable por el acaecimiento de un hecho (contingency), cuyo no acaecimiento era un supuesto

49. V. BETTI, *op. cit.*, *supra*, p. 371 también COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho Civil*, Ed. REUS, Madrid 1975, t. I, p. 219; TOMMASINI, Raffaele, *Invalidità*, Enciclopedia del Diritto, vol. 22, Giuffrè, ed, Milano, 1971, p. 15.

50. V. FRANCESCHELLI, Bruno, *Nozioni Diritto Privato*, Casa Molisana del Libro, Ed Campobasso, 1962, p. 373.

51. V. MESSINEO, *op. cit.*, p. 631.

52. V. FOUCHARD, *op. cit.*

53. V. sobre el punto: SCOGNAMIGLIO, Renato, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Jovene, Napoli, 1969, p. 269; MESSINEO, Francesco, *Manuale Diritto Civile e Commerciale*, vol. III, Giuffrè, ed, Milano, 1959, p. 679. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel Diritto Privato italiano*, Morano, editore, Napoli, p. 385 y BETTI Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 373.

54. Sobre el antagonismo entre el "Pacta sunt servanda y la teoría de la imprevisión", v. FUEYO LANERI, *op. cit.*, p. 22.

55. En prólogo a Espert Sanz, *op. cit.*, p. 9.

básico sobre el cual el contrato fue hecho, o por la necesidad de cumplir de buena fe con cualquier norma aplicable, extranjera o nacional".⁵⁶

Este texto se ubica dentro del tema de la compraventa, pero el principio que se encuentra detrás es, precisamente, la relevancia de las transformaciones en la base del contrato.⁵⁷

No sobra agregar que dentro del Common Law existen principios que complementan lo expuesto:

Por un lado, el concepto de "failure of consideration" es aplicado a los contratos para denotar no necesariamente una falta originaria sino una causa que ha dejado de existir parcial o totalmente.⁵⁸

Tenemos también el concepto de "reasonable" que expresa lo propio y justo bajo las circunstancias.⁵⁹

A su vez, la noción de "mutuality of contract" nos remite a la idea de la validez de una obligación con base en la consideración de la prestación asumida por la otra.⁶⁰

No hay duda de que el principio inspirado en Cicerón es de tendencial universalidad y ha permeado las mismas fuentes legislativas del Common Law. Sin embargo, la jurisprudencia anglosajona se mantiene con un apego rígido a la perspectiva formalista del "Pacta sunt servanda", anteponiendo la forma y la voluntad expresada a la equidad y a la justicia.

Son abundantes los ejemplos de clara excesiva onerosidad sobreviniente que han sido declarados sin lugar por los tribunales anglosajones.

Por ejemplo, un tribunal inglés, cuando fue cerrado el Canal de Suez y los buques debían dar la vuelta al África por el Cabo de Buena Esperanza, consideró que la nueva prestación no era radicalmente diferente de la pactada, pues los gastos adicionales eran "solamente" de un 12,27% sobre el

precio contemplado en el conocimiento de embarque.⁶¹ En el mismo sentido, sobre el mismo problema, hay varios casos en la jurisprudencia norteamericana.

En otro caso donde un distribuidor de leche vio incrementado el costo de este producto en un 33 por ciento, se dijo que los riesgos de la inflación estaban adjudicados al vendedor.⁶²

Si consideramos el parentesco histórico entre la doctrina del "hecho del príncipe" y la teoría de la excesiva onerosidad sobreviniente de la prestación, encontraremos un ejemplo adicional de la preferencia, dentro de la jurisprudencia del Common Law, del Pacta sunt servanda sobre el Rebus sic stantibus, en el caso Allied Bank International contra el Banco de Crédito Agrícola de Cartago de Costa Rica, los tribunales de Nueva York rechazaron la doctrina del "act of State". Una vez más la jurisprudencia norteamericana se inclina por la preservación de la eficacia contractual, a pesar de la transformación de las circunstancias. Este caso es especialmente significativo, pues se refiere precisamente al tema de la deuda externa.

Se ha concluido en el sentido de que en la jurisprudencia norteamericana no se ha llegado a determinar en qué medida un cumplimiento más costoso puede considerarse diferente del cumplimiento pactado. Con base en una comparación de diversos casos se ha afirmado que, mientras que un aumento de 1.000 por ciento en el costo determina "impracticability", menos de un 100% de incremento no excusa el incumplimiento. He aquí un problema jurídico serio reducido a una arbitrariedad numérica.⁶³

b) Latinoamérica

En América Latina la doctrina de la excesiva onerosidad sobreviniente de la prestación estuvo,

-
56. SMITH and ROBERSON, *Business Law, Uniform Commercial Code*, West Publ. St. Paul, 1982, ps. 1048 y ss. (24 del apéndice). Excuse by failure of presupposed conditions: Except so far as a seller may have assumed a greater obligation. . . is not a breach of his duty under a contract for sale if performance has been made impracticable by the occurrence of a contingency the non occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made or by compliance in good faith with any applicable foreign or domestic governmental regulation or orden whether or not it later proves to be invalid" (2-216).
57. V. LARENZ, Karl, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, p. 173.
58. V. BLACK, Henry, *Black's Law Dictionary*, West Publ. Co. St. Paul, 1979, p. 534.
59. BLACK, *op. cit.*, p. 1138
60. V. Black, *op. cit.*, p. 920 y SMITH AND ROBERTSON, *Business Law*, West Publ. Co. St. Paul, 1982, p. 182
61. Ocean Tramp Tankers Corp. c V/O Sovfracht, 1964, cit. p. EBIN, Linda, *Defining impracticability due to increased expenses*, University of Florida Law Review, vol. XXXII, Spring, 1980, N° 3.
62. Maple Frams, Inc. v. City School District, 1974. Cit p. EBIN, *op. cit.*, p. 526.
63. V. EBIN, *op. cit.*, ps. 523 y 535.

durante muchas décadas, en el olvido, debido principalmente al auge del liberalismo,⁶⁴ a la fuerte tradición formalista y voluntarista que heredamos de algunos ordenamientos extranjeros.

Sin embargo, recientemente, se ha venido produciendo, tanto en la doctrina⁶⁵ como en la ley, un renacer de la perspectiva equitativa que tiende a admitir la relevancia de los factores sobrevinientes en los contratos.

En diversas nuevas leyes y, prácticamente, en todos los proyectos de revisión o reforma de códigos civiles en Latinoamérica se encuentra enunciado el principio en examen.

Así lo admite, por ejemplo, el Código Civil boliviano de 1975.⁶⁶

También el proyecto de Código Civil brasileño (aprobado por la Cámara de Diputados) contiene disposiciones que acogen este remedio contractual.⁶⁷ Este proyecto coloca en primer término a la resolución y sólo subsidiariamente a la reducción a equidad.

Por su parte, el proyecto colombiano de Código de Derecho Privado establece la posibilidad de solicitar alternativamente la resolución o la reducción a equidad⁶⁸ (Proyecto de Valencia Zea).

También en las "Bases generales para la reforma del Código Civil" del Ministerio de Justicia de

la República Oriental del Uruguay encontramos el remedio; se otorga ahí al magistrado la posibilidad de optar entre revisar o resolver el contrato.⁶⁹

El nuevo Código Civil peruano de 1984, establece una regulación mejor que las mencionadas, superando en esto a todos los proyectos y códigos que conozco, ya que, en función de la conservación de la eficacia, da prioridad a la reducción a equidad sobre la resolución.⁷⁰ Además, incluye los contratos aleatorios, cuando la excesiva onerosidad se produce por causas extrañas al riesgo natural del negocio.

En Costa Rica, el reciente Congreso Jurídico Nacional 1987, recomendó a la Comisión Revisora del Código Civil introducir, en términos amplios, "la posibilidad de invocar la excesiva onerosidad sobreviniente de la prestación cuando la transformación de las circunstancias afecte el equilibrio contractual".

C. PRESUPUESTOS AXIOLÓGICOS.

1. Frente a la doctrina del *laudo Framatome de la CCI*.

La Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, con sede en París, en su jurisprudencia, si es que puede hablarse de "jurispruden-

64. "El auge del liberalismo trajo aparejado un nuevo ocaso de estos principios", BORDA, *op. cit.*, p. 326.

65. V. ARIAS SCHREIBER, *op. cit.*, ps. 223 y ss.

66. V. ARIAS SHREIBER, *op. cit.*, p. 225 y DA SILVA PEREIRA, *op. cit.*, p. 425.

67. Art. 478. "Nos contratos de execucao continuada ou diferida, se a prestacao de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtud de acontecimentos extraordinarios e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolucao do contrato. Os efeitos da sentenca, que a decretar, retroagirao a data da citacao.

Art. 479: A resolucao poderá ser evitada, oferecendose o réu a modificar equitativamente as condicoes do contrato.

Art. 480: Se no contrato as obrigaçoes couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestacao seja reduzida, ao alterado o modo de executála, a fim de evitar a onerosidade excessiva. Proyecto: Novo Código Civil. Redacao final de Projeto de Ley Nº 634-B de 1975, aprovado pela Câmara dos Deputados. Publicada no Diário do Congresso Nacional de 17-5-1984.

68. Art. 482: En los contratos bilaterales de ejecución sucesiva o en aquellos en que una o varias prestaciones deben ejecutarse dentro de cierto tiempo, si la prestación de una de las partes llega a ser excesivamente onerosa por la realización de hechos o acontecimientos extraordinarios o imprevisibles, la parte perjudicada puede demandar la resolución del contrato o su revisión equitativa según las nuevas condiciones.

La resolución o la revisión no podrán pedirse si la excesiva onerosidad es parte del álea normal del contrato.

La parte contra la cual se demanda la resolución puede atajarla ofreciendo modificar equitativamente las prestaciones contractuales. Proyecto de Código de Derecho Privado. Superintendencia de Notariado y Registro, Bogotá, 1980.

69. *Op. cit.*, p. 365.

70. Art. 1440: "En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad.

Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas.

"Prevalció el criterio de plantear preferentemente la revisión reduciendo la prestación o aumentando la contraprestación, porque se ajusta mejor al espíritu de justicia que es el fundamento de la institución. . ." V. ARIAS SHREIBER, *op. cit.*, p. 229.

Art. 1441: Las disposiciones contenidas en el artículo 1440 se aplican:

1) A los contratos conmutativos de ejecución inmediata, cuando la prestación a cargo de una de las partes ha sido diferida por causa no imputable a ella.

cia arbitral",⁷¹ ha llegado a establecer el principio "Pacta sunt servanda" (respeto a los pactos), contrapuesto al principio "Rebus sic stantibus" que, más bien, afirma la relevancia de los cambios en el equilibrio contractual. Al respecto DERAÏNS, Secretario de dicha Corte, nos da cuenta de que con base en el "respeto a la voluntad privada, se ha sostenido que no es posible suponer la existencia de una cláusula "Rebus sic stantibus" y que, por el contrario, los árbitros deben respetar y obedecer las "cláusulas expresas de revisión de precios".⁷² La regla usada es la de que, si las partes no han previsto una variación, es porque no quieren una adaptación del contrato a las nuevas circunstancias. También el profesor FRIGNANI, en su reciente obra "Il Diritto del Commercio Internazionale" explica ampliamente el punto.⁷³ Los árbitros, sin embargo, han dado alguna relevancia a los factores sobrevinientes; han aceptado el principio de que el acreedor debe minimizar pérdidas, por lo que el rechazo de una oferta razonable en caso de imprevisión determina una disminución proporcional del monto de los perjuicios.

Los principios de este laudo y de otros laudos de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional son discutibles desde diversos puntos de vista; ¿en qué medida es cierta la tesis del laudo Framatome, en el sentido de que se trata de principios que están en la base de toda relación contractual y especialmente en las relaciones internacionales?, ¿en qué medida es cierto que los

usos del comercio internacional consagran el principio Pacta sunt servanda?

El laudo Framatome afirma, en su propio texto, que se trata de "principios que están en la base de toda relación contractual, especialmente en las relaciones internacionales y que están consagrados por los usos del comercio internacional y del Derecho Internacional".⁷⁴ Si bien es cierto que el propio laudo cita como precedentes otros casos,⁷⁵ esta práctica jurisprudencial es la posición que se ha sostenido en esta sede arbitral (la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional) y no necesariamente la posición que ha de obedecer a la equidad y a la consideración técnica de la causa justa, como función de todo negocio jurídico.

La verdad es que el principio Pacta sunt servanda no está en la base de toda relación contractual; hay muchas relaciones contractuales donde rige el principio opuesto, sea porque las respectivas leyes así lo establecen, sea porque las partes lo hayan pactado; son muchos los ordenamientos jurídicos que admiten la revisión del contrato o su resolución por excesiva onerosidad sobreviniente; aun admitiendo la existencia de usos, estos no podrían ser "contra Legem".

Tampoco es cierto que se trate de un principio reconocido por el Derecho Internacional (público o privado). Más bien, la doctrina, en este campo, afirma la teoría según la cual un cambio esencial en las circunstancias de hecho que contribuyeron a la conclusión de un tratado, puede dar lugar a su

2) A los contratos aleatorios, cuando la excesiva onerosidad se produce por causas extrañas al riesgo propio del contrato.

Art. 1442: Cuando se trate de contratos en que una sola de las partes hubiera asumido obligaciones, le es privativo solicitar judicialmente la reducción de la prestación a fin de que cese su excesiva onerosidad.

Si no se puede lograr la reducción de la prestación, rige lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1440.

Art. 1443: No procede la acción por excesiva onerosidad de la prestación cuando su ejecución se ha diferido por dolo o culpa de la parte perjudicada.

Art. 1444: Es nula la renuncia a la acción por excesiva onerosidad de la prestación.

Art. 1445: La acción por excesiva onerosidad de la prestación caduca a los tres meses de producidos los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles a que se refiere el artículo 1440.

Art. 1446: El término inicial del plazo de caducidad a que se refiere el artículo 1445 corre a partir del momento en que hayan desaparecido los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles.

71. La discusión sobre la existencia de una jurisprudencia arbitral ha sido resumida magistralmente por DERAÏNS, Yves, Secretario de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional en *La jurisprudence arbitrale de la C.C.I. en matière de vente internationale: expériences et perspectives. Convegno sulla compravendita internazionale. La duda surge del hecho de que los árbitros aplican derechos diferentes, de que no existen publicaciones sobre las resoluciones arbitrales y de que no existen órganos unificadores de criterio. Sin embargo, el autor, ha detectado algunos principios de reiterada aplicación.*

72. Cámara de Comercio Internacional, París, Laudo 3896 de 30 de abril de 1982, Casa FRAMATOME c. AEOI. Cit. p. FRIGNANI, *op. cit., infra*.

73. FRIGNANI, Aldo, *Il Diritto del Commercio Internazionale. Manuale teorico-pratico per la redazione dei contratti*. Ipposa, Roma, 1986, p. 27 (cit. a CLUNET, 1983, p. 77). En particular en Laudo Framatome c. AEOI, CCC, N° 3896 de 30 de abril de 1982, cit. en p. 26.

74. Cit. p. FRIGNANI, *op. cit. supra*, p. 27.

75. *Texaco c. Libia*, Clunet, 1977, 350, y también CCI n-1939 de 1971, y el laudo 1526 de 1968, cit. p. FRIGNANI, *loc. út. cit.*

caducidad, o por lo menos afectar su fuerza obligatoria. "En otros términos, se supone que los tratados se concluyen bajo condición de que las cosas no varíen —'Rebus sic stantibus'— de manera que un tratado puede cesar de ser obligatorio si las circunstancias existentes cuando fue concluido han sufrido ulteriores modificaciones. . ." —aclara Charles Rousseau—. Esta teoría, aceptada hoy por la mayoría de los autores, es susceptible de construcciones diferentes (por un lado la cláusula tácita, sobreentendida; por otro, el principio de imprevisión).⁷⁶

Continúa expresando el autor citado:

"El examen de la práctica internacional, especialmente en la época contemporánea, revela una serie de casos de denuncia unilateral de los tratados por aplicación de la cláusula *Rebus sic stantibus*. . . pero. . . el único procedimiento internacional correcto es el de la revisión de aquellos compromisos que por un cambio imprevisible de las circunstancias se han convertido en caducos. Este procedimiento, en un principio episódico e intermitente, tiende hoy a alcanzar un carácter reglamentario, que asume diversas formas, tales como las de una consulta diplomática a iniciativa del Estado reclamante, una readaptación convencional en virtud de una cláusula del propio tratado, o una revisión realizada por el órgano jurisdiccional".⁷⁷

Frente a argumentos como los de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional y los de la jurisprudencia norteamericana, atrás mencionada, la mejor doctrina, dentro de la tradición romana, ha sostenido que el desequilibrio rompe el principio de fidelidad al contrato.⁷⁸

2. Solidaridad y corresponsabilidad.

El Dr. Jorge E. Romero Pérez, en reciente valioso estudio sobre la deuda externa, nos da cuenta de importantes expresiones de Javier Pérez de

Cuéllar en el sentido de que "no es suficiente que se receten sacrificios a los países deudores; cada vez más se está aceptando que hay una responsabilidad compartida".⁷⁹

La solidaridad necesaria para afrontar el tema de la deuda "supone la toma de conciencia y la aceptación de una corresponsabilidad respecto de las causas y las soluciones. . . reconocer que se deben compartir las responsabilidades en las causas hará posible un diálogo para encontrar en común las soluciones".⁸⁰

Insistentemente, la mejor doctrina (Díez Picazo,⁸¹ Natoli)⁸² ha venido insistiendo en la necesidad de considerar el "llamado derecho de crédito" como una situación jurídica compleja, donde el tradicional "poder cobrar" resulta acompañado, tanto de otras diversas facultades, como de deberes y cargas, muchas de ellas establecidas en beneficio del deudor. No es pues ajena a la doctrina la idea de los deberes del acreedor, deberes cuyo incumplimiento puede generar tanto transgresiones esenciales del vínculo contractual (en el caso de los llamados deberes accesorios o instrumentales), como imposibilidad para el acreedor de obtener la satisfacción de su propio interés (como en el caso de la inobservancia de las cargas).

Si el deudor en forma culposa incurre en violación de su marco de necesidad axiológica de conductas, no puede, luego, pretender la plena satisfacción de su interés.

Los deberes del acreedor han sido referidos, acertadamente, en particular por Natoli, tanto a la fase de formación del vínculo, como a la llamada fase de actuación de la relación jurídica obligatoria. De los Mozos ha hablado de la buena fe *in contrahendo*.⁸³

Conviene pues detener un poco el examen en los deberes de prudencia del acreedor en la fase de formación del vínculo para determinar si, en al-

76. V. ROUSSEAU, Charles, *Derecho Internacional Público*, Ariel, Barcelona, 1966, p. 66.

77. V. ROUSSEAU, *op. cit.*, p. 67.

78. V. LARENZ, *op. cit.*, ps. 145 y 146, ARIAS SCHREIBER, Max, *op. cit.*, p. 233 y SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 292.

79. ROMERO, *op. cit.*, p. 87.

80. Pontificia comisión "*Iustitia et pax*", Vaticano, 1986 en *Mundo Actual*, Universidad Autónoma de Centroamérica. San José, Año I, Nº 1, enero-junio, 1988, p. 48.

81. V. DÍEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción. Teoría del Contrato. Las relaciones obligatorias*. Tecnos, Madrid, 1972, p. 356.

82. En particular: NATOLI, Ugo, *La regola della correttezza e l'attuazione del rapporto obbligatorio. Studi sulla buona fede*. Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Pisa, Giuffrè, ed, Milano, 1975 y NATOLI, L'attuazione del rapporto obbligatorio, tomos I y II comportamiento del creditore. Giuffrè, Milano, 1974, ps. 13 y ss. y BRUSCUGLIA, Luciano, *Cessione del contrato, buona fede e condizione suspensiva*, en *Studi sulla buona fede*, *op. cit.*, p. 305 y ss.

83. DE LOS MOZOS, José Luis, *El principio de la buena fe*, Bosch, Barcelona, 1965, ps. 60 y 223.

guna medida, se ha producido alguna violación de la buena fe o algún uso extralimitado (abuso del derecho) de su situación jurídica.

Buena parte de la deuda externa es con bancos comerciales (en el caso de Costa Rica ésta es mayor que las deudas con las agencias multilaterales y mayor también que las deudas bilaterales).⁸⁴ Entran en juego en buena medida, sin duda, los principios del Derecho Bancario moderno, pero no simplemente los usos y costumbres que se suelen recopilar (como los existentes en materia de crédito documentario o de cobranzas), sino principalmente los principios que la propia técnica bancaria aconseja, los que, por esto mismo, se convierten en principios de prudencia al contratar.⁸⁵ Siempre que un deber de prudencia asoma, suele aparejarse alguna forma de responsabilidad a su transgresión.

Acudimos a los principios de los préstamos internacionales, (según las más modernas obras de Derecho Bancario) y encontramos una afirmación constante: la idea de deberes específicos del propio prestamista a la hora de la conclusión del respectivo negocio jurídico.

Concretamente, se ha afirmado que en el análisis de las solicitudes de crédito, los bancos deben proceder aplicando los fundamentos de análisis de crédito generalmente reconocidos; esto significa que corresponde a ellos una evaluación de sus riesgos, utilizando para ella la prudencia.⁸⁶ En este análisis los potenciales acreedores no pueden dejar de tomar en consideración aspectos como: la relación entre monto, plazo, finalidad y posible fuente de posterior pago; igualmente, se encuentran en condiciones de valorar el riesgo financiero de personas determinadas, gracias a la red mundial bancaria. Es, en alguna medida previsible, con relación a muchos países y deudores individuales,

el riesgo del cambio: "A veces ocurre que aun habiendo el prestatario obtenido éxito en la venta de los bienes que importó —con base en el préstamo— y aun teniendo la suma debida, en moneda local, para pagar su préstamo, puede ser imposible para él obtener los dólares necesarios. . . se presenta entonces incapaz de pagar con dólares".⁸⁷

". . . al considerar un préstamo el banco no debe solamente valorar la actual posición del país del prestatario, con referencia a la liquidez, sino que debe anticipar cuál podría ser esta posición en el momento de la exigibilidad del derecho de crédito. . . las posibilidades de devaluación en tiempos de tensiones políticas y financieras deben ser consideradas".⁸⁸

En los años setenta esta prudencia no se tuvo.⁸⁹ Los acreedores mostraron gran ligereza a la hora de otorgar sus préstamos.⁹⁰

También el Vaticano ha hablado de la responsabilidad de los acreedores, dentro de una ética de supervivencia y de "casos en los que se podría en justicia solicitar una revisión".⁹¹

Los propios acreedores se encuentran amenazados con su ficticio incremento de activos, ya que al conceder préstamos "nuevos" para que sean pagados intereses devengados, realmente no se produce ningún movimiento de dinero; sin embargo, el patrimonio del acreedor aumenta. Este patrimonio ficticio es terreno fértil para plantar la desconfianza generalizada. Hay, pues, un interés de los mismos acreedores por encontrar una solución.

Se trata de constatar el grado de culpa que han tenido los propios acreedores, al conceder sus créditos, lo mismo que los propios organismos multilaterales, como el Fondo Monetario Internacional.

Los acreedores, con su imprudencia, han contribuido a agravar el pasivo de sus deudores. Ya en Francia hay jurisprudencia de la Sala de Casa-

84. De conformidad con recientes declaraciones del Presidente del Banco Central, Dr. Eduardo Lizano, de un total de 3.900 millones de dólares, unos 1.600 corresponden a la deuda con bancos comerciales, unos 1.300 con las agencias multilaterales y la deuda bilateral es de unos 1.000 millones.

85. V. ORTIZ, Eduardo, *Límites y contralor de la discrecionalidad administrativa en Costa Rica*, en *Revista Judicial*, Nº 28, de marzo de 1984, p. 27. "Aun en el silencio del ordenamiento. . . basta con que un concepto empleado sea técnicamente determinable. . . para que se entienda que el Derecho acepta la vigencia jurídica de esas reglas dentro de las circunstancias. . .".

86. OPPENHEIM, Peter, *International Banking*. American Bankers Association, Washington D.C., 1984, p. 250.

87. V. OPPENHEIM, *op. cit.*, p. 256.

88. V. OPPENHEIM, *op. cit.*, p. 256.

89. Así FOUCHARD, *op. cit.*, ps. 645 y 646 .

90. V. HINKELAMMERT, *op. cit.*, p. 56 y LOW MURTRA, *op. cit.*

91. PONTIFICIA COMISIÓN, "*Iustitia et Pax*", *op. cit.*, p. 60.

ción⁹² que ha establecido, sobre esta base, la responsabilidad del banco acreedor.

Los acreedores han sido negligentes en informarse sobre las capacidades reales de reembolso de los préstamos y han continuado en forma imprudente sosteniendo artificialmente un crédito cada vez más ruinoso.⁹³ El propio economista Samuelson⁹⁴ ha hablado también de una corresponsabilidad del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial, los que a veces se han preocupado más por el equilibrio en la balanza de pagos que por el ser humano mismo, razón de ser de lo jurídico, y han estimulado, en muchos casos, más bien, la imprudente actitud y conducta de la banca comercial.

"Esta responsabilidad parcial (pues no excluye

la de los deudores) podrá ser un elemento de apreciación jurídica de las operaciones de reestructuración de la deuda internacional".⁹⁵

En concreto, el concurso de responsabilidad tiene su base en la idea de que se responde dentro de los límites de la causalidad imputable a la propia conducta. La mejor tradición jurídica enseña que, cuando concurre la culpa del propio sujeto afectado, cualquier resarcimiento debe quedar limitado, en consideración a la parte del daño imputable a él; una parte ha de ser aceptada por el "perjudicado culpable"; se ha hablado de autorresponsabilidad por concurrencia en la producción del daño⁹⁶ aunque, como ha aclarado Busnelli, hay razones para valorar la diversa eficiencia de las concausas.⁹⁷

III. CONCLUSIONES

A. EL FUTURO SI SIGUE EL MISMO JUEGO.

Presenciamos lo que ha denominado FOUCHARD "el financiamiento de los déficit": operaciones financieras que no están ligadas al movimiento internacional de bienes y servicios, ni a la inversión. Este vicio no es de ahora, sino añejo, crónico; desde 1950, América Latina, vista como región, financiaba los servicios de la deuda con nuevos préstamos y, prácticamente desde 1974 se financian los saldos negativos de la balanza comercial por medio de préstamos. América Central financia todos sus intereses adeudados, más el déficit en la balanza comercial, por medio de financiamientos externos adicionales.⁹⁸

Hinkelammert ha hablado del automatismo de la deuda; ésta crece automáticamente a partir de la necesidad de financiar el pago de intereses por

medio de nuevos créditos. Hoy la deuda no crece porque la banca da nuevos créditos, sino que la banca da nuevos créditos porque la deuda crece. . . la deuda se ha transformado en una gran aplanadora. A este automatismo de la deuda corresponde otro automatismo: el del crecimiento de la miseria.⁹⁹

Dentro de las perspectivas de solución se ha ofrecido el denominado Plan Baker, expuesto por James Baker, entonces Secretario del Tesoro de los Estados Unidos, en Seúl, en la reunión anual del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial, en octubre de 1985. En este plan se proponen políticas de ajuste y de cambio estructural; se habla de la necesidad de una coordinación de esfuerzos del FMI y del Banco Mundial y de una apertura a la inversión extranjera, ideas que no

92. CASS 7 janvier 1976, D. 1976, 277. cit. p. FOUCHARD, *op. cit.*, p. 646.

93. Así FOUCHARD, *op. cit.*, p. 646.

94. Cit. p. ROMERO, *op. cit.*, *Revista de Ciencias Jurídicas*, Nº 59, p. 91.

95. FOUCHARD, *op. cit.*, p. 646.

96. En la jurisprudencia costarricense se ha admitido la culpa común en materia extracontractual (Tribunal Superior Civil, Nº 1616 de 8 y 30 hrs. de 15 de mayo de 1978); pero consideramos que se trata de un principio general (tanto lógico como axiológico) que comprende también a la responsabilidad contractual.

97. BUSNELLI, Francesco D., *Nuove frontiere della responsabilità civile*, *Rivista IUS*, anno XXIII, Gennaio-giugno, 1976, fasc. I y II, p. 69.

98. V. HINKELAMMERT, *op. cit.*, p. 23.

99. V. HINKELAMMERT, *op. cit.*, p. 12.

revelan realmente ninguna novedad. Este plan, aunque reconoce el contenido político del tema, ha sido considerado poco realista. Dentro de sus propuestas se encuentra un incremento de los préstamos de la banca comercial (con elevados tipos de interés, por supuesto) y se exigen reformas desestatizantes y liberadoras del comercio. El propio Fouchard, tantas veces citado, lo considera "insuficiente",¹⁰⁰ insuficiencia, que ya se ha manifestado porque los bancos no han aportado el dinero suficiente.¹⁰¹ Ya veremos qué efectividad pueden tener las nuevas ideas de la Administración Bush, cuyo fundamento no resulta del todo convincente, pero representan un paso de importancia.

B. PAPEL DEL JURISTA; LA HORA DEL DERECHO PRIVADO.

Ha llegado la hora en que la justicia sustancial del Derecho Privado levante su voz para aportar principios, criterios y soluciones, en relación con el problema de la deuda externa.

Este es el momento de intentar la determinación de los principios generales, relativos al Derecho de Obligaciones, en particular los relativos a la aplicación de la ley en el espacio, a la jurisdicción competente y a los principios de fondo, que son aceptados por los diversos ordenamientos, al menos formalmente (aunque no siempre jurisprudencialmente, como ocurre en el caso de los Estados Unidos, en materia de excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación, según hemos visto).

"Todo parece indicar que las dificultades obligan a modificar las opciones tradicionales".¹⁰² Pablo VI, y el segundo informe Brandt (Common Crisis)¹⁰³ han insistido en la necesidad de cambios profundos en el comercio internacional.

C. UN DERECHO COMÚN. TENDENCIAS UNIFICADORAS.

La doctrina se ha referido, recientemente, a la necesidad de un Derecho Internacional del endeudamiento, con instrumentos jurídicos para reaccionar frente a las crisis.

El propio documento del Vaticano, antes citado, habla de la necesidad de nuevas normas en el comercio internacional.¹⁰⁴ Este Derecho deberá

entenderse como una organización de relaciones financieras internacionales donde no podrá descuidarse el valor de la persona.

Debe tomarse en cuenta, lamentablemente, que nadamos contra corriente, por lo menos, contra las corrientes predominantes en la jurisprudencia del Common Law (cuya ubicación geográfica corresponde al territorio de los acreedores por lo general, para América Latina) y de la misma Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

D. CENTRALIDAD DE LA PERSONA. . .

En los últimos años, insistentemente, la doctrina jurídica ha venido afirmando la necesidad de considerar la persona como el valor supremo y axial de lo jurídico.

Los más diversos sectores han sido permeados de esta orientación realista.

El Derecho de Familia ha dado prioridad a los intereses de los miembros de la familia, en sus nuevas tendencias en materia de igualdad conyugal, igualdad en la filiación e igualdad en el ejercicio de la guarda, crianza y educación, lo mismo que en la tutela del matrimonio de hecho.

El Derecho de Propiedad tiende a afirmar cada vez más la tutela del productor sobre la simple titularidad formal.

El Derecho de Obligaciones conoce nuevas ampliaciones de la responsabilidad civil. Particularmente relevante es, en este sentido, el principio general de responsabilidad objetiva establecido por el nuevo Código Civil peruano, así como la introducción del "daño a la persona", como figura nueva que coincide, en buena parte, con la doctrina italiana del daño a la salud, de reciente desarrollo a partir de los célebres fallos de Pisa y Génova.

El Derecho del Trabajo, el Derecho Penal, el Derecho de los Valores de la Personalidad y muchas otras ramas del Derecho Privado conocen nuevas afirmaciones del valor de la persona.

Sólo el Derecho del Comercio Internacional pretende mantenerse al margen de esta evolución, preservando su esencial patrimonialidad, superponiendo el "Ius strictum", a menudo, a la equidad.

También las regulaciones de orden económico

100. *Op. cit.*, p. 637.

101. V. SEGURA, *op. cit.*, p. 15/A.

102. V. MURTRA, *op. cit.*, p. 665 y BRANDT COMMISSION 1983, Common Crisis, North South: cooperation for world recovery.

103. V. THE BRANDT COMMISSION, Common Crisis, North South. Cooperation for world recovery, Pan Books, London, 1983.

104. *Op. cit.*, p. 54.

son parte del Ordenamiento y no pueden en ellas permanecer ausentes los valores fundamentales.

Ya hay manifestaciones de esta búsqueda de la equidad en las relaciones patrimoniales, tanto en la interpretación de los contratos de adhesión, como en materia de daños imprevisibles, protección al consumidor y protección al débil.

También el Derecho del Comercio Internacional deberá estar al servicio del hombre.¹⁰⁵ El Derecho de la deuda externa, en particular, debe impregnarse de humanismo.

No es posible dejar de lado la incidencia de la situación internacional sobre los derechos humanos y, concretamente, sobre los postulados de la Declaración (de las Naciones Unidas de 1986) sobre el derecho al desarrollo.¹⁰⁶

"La deuda externa está destruyendo todo: la posibilidad de desarrollo de los países subdesarrollados, la producción interna, el nivel de vida de las poblaciones, el empleo. . . Los presupuestos nacionales se restringen cada vez más a los gastos militares y policiales y a los gastos que ocasiona el pago de la deuda. Se destruyen los sistemas de salud y de educación, las ciudades se deterioran y la miseria golpea. Hasta la misma naturaleza entra en este proceso progresivo de destrucción. El pago de la deuda no permite el cuidado de nada, ni de la vida humana, ni de las condiciones naturales a ella".¹⁰⁷ "Todo lo anterior implica una lesión a los derechos humanos de acuerdo con los tratados y convenios internacionales firmados por países deudores y acreedores. . . esta es una lesión a los

derechos económicos, sociales y culturales de la población de las naciones deudoras".¹⁰⁸

La eminente dignidad de la persona humana exige la organización de la humanidad en una auténtica comunidad internacional, capaz de garantizar a todo nivel la tutela de los valores fundamentales de que es portador el ser humano, sobre el presupuesto de la soberanía de los Estados. Juan XXIII reiteradamente afirmaba que la comunidad de destino del hombre reclamaba la existencia de la comunidad mundial. También la Declaración de Brasilia de 1987 ha hablado de la solidaridad necesaria para afrontar el tema.¹⁰⁹

Ante este panorama se impone la búsqueda de alternativas comunes; ya en 1984 el Consenso de Cartagena se vio como un instrumento para facilitar la elaboración de soluciones y no como un club de deudores para no pagar.¹¹⁰

Latinoamérica es portadora de una tradición axiológica capaz de romper lo que MOUNIER llama "el desorden establecido" y de dar respuesta humana (y no solamente contable) a los problemas de la deuda externa. Nuestros pueblos comparten principios jurídicos, a nivel de subsistema, que se oponen a las prácticas jurisprudenciales del Common Law (principal trinchera de los acreedores).

Se trata también de tomar conciencia del valor, sentido de lo jurídico y enorme riqueza cultural de nuestra "latinoamericanidad" y de intentar su afirmación como bloque en el contexto internacional.

* * *

105. VATICANO, *op. cit.*, p. 46.

106. Resolución 41/218 de la Asamblea General de 4 de diciembre de 1986, donde se determina el derecho al desarrollo como "un derecho humano inalienable y se afirma la persona humana como el sujeto central del desarrollo, al tiempo que impone a los Estados el deber de crear condiciones nacionales e internacionales favorables para la realización del "derecho al desarrollo". En La Revista: Comisión Internacional de Juristas, Nº 37, junio de 1987, p. 55.

107. V. HINKELAMMERT, *op. cit.*, p. 11.

108. V. ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique, *Estado social y democrático de derecho ante la crisis*, Revista de Ciencias Jurídicas, Nº 60, mayo-agosto, 1988, p. 168

109. V. ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique, *Derecho y deuda externa*, Mimeografiado, agosto, 1988, p. 17.

110. V. LOW MURTRA, *op. cit.*, p. 665.