

PALABRAS LIMINARES SOBRE LA IMPRONTA DEL COMERCIO INTERNACIONAL EN EL DERECHO

Aníbal SIERRALTA RÍOS*

SUMARIO: I. *El comercio internacional y los sistemas jurídicos.* II. *El impacto de la globalización económica.* III. *La impronta de las reglas de la Organización Mundial del Comercio.* IV. *Las nuevas categorías en el derecho internacional.*

El sorprendente desarrollo del comercio mundial y sus manifestaciones ha impactado en los diferentes sistemas jurídicos con nuevas categorías y modelos contractuales. En la medida en que los países se consolidan en los mercados externos, van proyectándose hacia nuevos niveles que conllevan aspectos jurídicos originales, cuando no acciones políticas de los diferentes actores que participan en dicho escenario.

El dominio de un mercado o de una parte de él es también el poder que en variadas formas se ejerce sobre un país o un sector de los consumidores que son, asimismo, ciudadanos. De tal manera que los operadores del comercio internacional, como son las empresas transnacionales, sugieren o imponen sus modelos contractuales, prácticas e intereses a una determinada sociedad y, por supuesto, a su cultura. Tales sujetos actúan, también, con la participación de otros como los organismos internacionales, los organismos no gubernamentales (ONG) y los propios Estados. Hay una impronta del comercio internacional sobre el derecho, sea que se actúe como exportador o inversor, sea que se desenvuelva como importador o receptor del ahorro externo, pudiendo ser un factor limitante o por el contrario impulsor y generador de confianza.

* Abogado, doctor en ciencias jurídicas y magíster en Administración de Empresas; postgraduado en derecho internacional, relaciones internacionales, comercio internacional y gerencia internacional. Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, del Centro de Altos Estudios Nacionales, así como de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (Argentina). Miembro fundador de la Asociación Americana de Profesores de Derecho Internacional Privado y presidente del Centro Internacional de Administración y Comercio. E-mail: notasie@terra.com.pe.

La estandarización de la industria, las mercancías y los procesos de producción se ha extendido hacia aspectos estrictamente culturales como las técnicas administrativas, de gestión, modelos contractuales, tamaño del Estado y fines, formas de gobierno, horarios de trabajo y hasta mecanismos de administración de justicia. Han surgido, de esa manera, lo que ahora se conoce como estándares internacionales en inversión, servicios y aun en democracia.

Hay una tendencia a imponer los patrones de una nueva cultura, partiendo de la desaparición de ciertas ideologías políticas que dejan el paso a otras nuevas. Así, desde la idea de Osvaldo Spengler (*La decadencia del Occidente*) quien afirmaba la declinación de la cultura occidental, se ha llegado a proponer otra nueva, proveniente de la obra de Richard Rorty (*Consequences of Pragmatism*), y a la cual se ha añadido un enfoque ideológico, según la obra de Francis Fukuyama (*El fin de la historia y el último hombre*), desde el cual un solo destino le queda a la humanidad y, en consecuencia, la armonización cultural dentro de las instituciones políticas de la democracia liberal.

Una intención ideológica de ordenar el mundo en torno a reglas universales de aplicación obligatoria se impone sobre los Estados que no tienen una gran presencia en el mercado mundial, y que siguen dependiendo de la exportación de *commodities*. Esta intención tiene como fin persuadir a las naciones periféricas de someterse a las nuevas expresiones jurídicas si no quieren quedarse fuera del sistema económico. Hay para ello un conjunto de premios, castigos, mitos, nuevos modelos y prácticas que dan origen a asimetrías entre los países dominantes y las naciones en desarrollo.¹

El intercambio del comercio, la inversión y las corrientes financieras conllevan un flujo de aspectos culturales que imponen los agentes económicos más poderosos y gravitantes en las negociaciones económicas internacionales, todo lo cual demanda un marco teórico que explique, dé contenido y sustento a esta nueva realidad. Esto conlleva al estudio de la impronta del comercio internacional en la cultura, que la afecta en cuatro planos: las telecomunicaciones y los medios

¹ Ibarra, David, “La reconfiguración económica internacional”, *El Estado ante la globalización*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 58.

de información, la educación, la adecuación de la historia y, fundamentalmente, el derecho.²

I. EL COMERCIO INTERNACIONAL Y LOS SISTEMAS JURÍDICOS

La acción comercial se efectúa entre agentes y países que actúan como exportadores o inversionistas frente a los importadores o receptores de inversión que poseen sistemas jurídicos diferentes.

Los cuatro principales sistemas jurídicos vigentes en el mundo, como el romano-germánico, el *common law*, el musulmán, e incluso el socialista, marcan cada una de las operaciones contractuales con rasgos diferentes que hacen compleja la cobertura de riesgos para las partes que operan en diferentes países, y que no sólo tienen regímenes jurídicos específicos, sino que —lo más complejo— se desenvuelven dentro de distintos sistemas.

De esa manera, cada mercado tiene un régimen jurídico dentro de un sistema, y aquel, a su vez, da origen a otros derivados o a la mezcla de dos, como es el caso de Escocia, Israel, Sudáfrica, Québec, Filipinas, Japón, la antigua Rhodesia, hoy Zimbabwe, y el Estado de Lousiana, en Estados Unidos de América, que son una combinación del *common law* y del romano-germánico.

El sistema romano-germánico, a su vez, presenta variaciones de grado en cada una de sus instituciones, y son las más típicas, por ser una recepción directa de las propias fuentes, el derecho de España, Italia, Portugal y casi toda América Latina; en tanto que la influencia del Código de Napoleón (1807) ha dado origen a un subsistema en Luxemburgo, Haití, Guyana, Líbano, Indonesia, Túnez y Marruecos. Esa misma orientación napoleónica ha tenido ascendencia en países de religión musulmana como Irak, Irán y Sudán, porque su clase dirigente se formó en Francia, al huir de la dominación inglesa después de la Segunda Guerra Mundial. Posteriormente, el Código alemán (1897), con una clara derivación de las *Pandectas*, propició un subsistema en el que están Grecia, Turquía y aun Brasil. Entre tanto, en el propio sistema socialista encontramos rasgos romano-germánicos

² Sierralta Ríos, Aníbal, *Internacionalización de las empresas latinoamericanas*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007, p. 43.

pronunciados como en Rusia y todas las repúblicas de la Europa Oriental.

Tales sistemas jurídicos contienen criterios distintos sobre derechos reales, sucesiones, reglas de interpretación (*interpretatio contra eum qui clarius loqui debuisse*), derecho contractual e incluso sobre intereses que influyen en los ordenamientos legales. Para bien o para mal, los derechos internos han sido impactados incluso en principios tan comunes como es la seguridad jurídica.

La seguridad es un principio jurídico, un valor normativo que presupone la existencia de normas conocidas y a disposición de las partes dentro de un marco jerárquico. Los operadores internacionales, cuando libre e igualitariamente optan por seguir normas preestablecidas o usos conocidos y lícitos, están precisando sus reglas de juego y, en consecuencia, revistiendo de certeza sus relaciones mercantiles.

La seguridad jurídica involucra dos derechos esenciales de la persona y de los operadores: la libertad y la igualdad.

Tales derechos son afectados por el poder de las grandes corporaciones o de las empresas transnacionales, del sistema financiero internacional y del imperio político de los Estados que presionan sobre la parte más débil de la relación, en busca de nuevos mercados, el dominio de los recursos naturales y la ampliación del radio de influencia político-económico. Ese desequilibrio en la relación jurídica de igualdad genera, entonces, inseguridad.

Para enfrentar este desequilibrio que atenta contra la seguridad jurídica, los gremios y los organismos internacionales han diseñado reglas y pautas de conocimiento universal que les permiten a las partes prever las obligaciones y derechos de un determinado contrato comercial. A ello se han unido las reglas internacionales de arbitraje y conciliación, que hacen posible someter a los contratantes a mecanismos de solución de controversias independientes, autónomas y desligadas del poder jurisdiccional de cada Estado en particular. Es decir, un esfuerzo tendente a nivelar el desajuste y lograr una igualdad frente a una relación jurídica mercantil específica. Se evita, de esta manera, posibles arbitrariedades del poder empresarial, económico o político.

La libertad viene a ser la expresión de voluntad del operador cuando escoge un modelo contractual y cuando determina sus obligaciones y derechos; en tanto que la igualdad viene a ser la posibilidad de que las partes puedan a un mismo nivel, en el caso concreto, diseñar su negocio jurídico y ejercerlo. En este sentido, los sujetos son autónomos para manifestar su voluntad y conjugarla con la de otros, optando por el modelo más conveniente.

La certidumbre plena de lo que está permitido y lo que está prohibido proporcionará la seguridad jurídica. Por ello, lo mejor es que la misma información esté en conocimiento y a disposición de todos los contratantes, porque ello reestablecerá el desequilibrio entre los contratantes, ya que la información es otra muestra de poder. Tal vez ello ha llevado a propiciar reglas comunes de opción voluntaria para cubrir el vacío de una ley internacional. Se atraviesa el camino de la igualdad cuando los caminantes comerciales se someten a términos y condiciones preexistentes, aun en el supuesto caso de que estos sean parcialmente injustos, ya que por lo menos se conocerá la regla inconveniente preestablecida para la operación.³

Por ello se han hecho esfuerzos dentro del campo del comercio internacional para diseñar normas de acatamiento mediante las convenciones o tratados internacionales, las leyes modelo, la formación de un derecho uniforme que obligue a un grupo de países o de empresas a regular su conducta económica o sistematizar las prácticas comerciales y financieras.

Este mosaico de sistemas jurídicos, al ser frecuentados por los operadores, son impactados al proponer modelos contractuales y societarios así como distintos criterios sobre los derechos de propiedad intelectual, tasas de interés, mora y responsabilidad extracontractual. Así, los países con mayor presencia en el comercio internacional tratan de imponer sus regímenes jurídicos o buscan que los otros se adapten a nuevas categorías jurídicas. En tal razón, se puede ver que la parte más compleja en las negociaciones sobre un Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos de América y los países latinoamericanos es la cuestión de la propiedad intelectual, las patentes, los ser-

³ Sierralta Ríos, Aníbal, *Operaciones de crédito documentario*, Bogotá, Temis, 2004, p. 13.

vicios y la responsabilidad de los operadores, pues está de por medio una confrontación de sistemas jurídicos.

II. EL IMPACTO DE LA GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA

Después del periodo histórico del decenio de los ochenta, marcado por la crisis de la deuda, el Institut for International Economics diseñó en 1989 lo que se conoce como el Consenso de Washington, elaborado por John Williamson y constituido por un conjunto de diez reglas económicas y políticas dirigida a los países de América Latina, y que se pueden resumir en una frase: “Libre mercado y solvencia monetaria”. A partir de ellas las naciones latinoamericanas liberalizaron, con más o menos conocimiento, sus mercados, privatizaron sus empresas públicas, crearon un marco incentivador de la inversión extranjera, y el Estado dejó de ser promotor y actor de la economía. El Consenso propició que las reglas comerciales, financieras y tecnológicas se estandarizaran, y las corrientes de inversión empezaran a establecerse libremente gracias al extraordinario desarrollo de la teleinformación, dentro de un proceso llamado globalización o mundialización.

A partir de esta idea, así como de los trabajos de Milton Friedman y el modelo de equilibrio diseñado por María-Espirit Leon Walras en 1870, algunos gobiernos de América Latina, como Argentina, Chile, México, Perú y Guatemala, elaboraron sus políticas de gobierno en el decenio de los noventa. Liberalización del comercio, apertura traumática de las importaciones, protección y aliento de la inversión extranjera, privatización de las empresas estatales, gobiernos estables, fuertes y eficientes, estructura financiera poderosa, se convirtieron en las líneas fundamentales de muchos gobiernos latinoamericanos bajo el aliento y el estímulo del Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo y la Organización Mundial del Comercio (OMC). Así, se configuró la nueva libertad impuesta y no conquistada: la libertad absoluta del capital, que se impone por encima de los hombres y de los Estados con el criterio de que lo eficiente es orientar la riqueza a quien pueda generarla de manera abundante.

Se consagró la teoría del mercado, según la cual es el lugar donde concurren los operadores para efectuar sus negocios, bajo la supervisión del subastador, quien representa la infraestructura pública que facilita tales pacíficas transacciones evitando el uso de información privilegiada, el monopolio, y los delitos contra la fe pública para que funcione plenamente. Sin embargo, la comprobación empírica demuestra todos los días que un mercado así de perfecto no existe, menos en el área internacional donde los países establecen medidas proteccionistas, entregan subsidios a sus empresas o fijan barreras técnicas.

La caída del muro de Berlín favoreció la idea beneficiosa y paradigmática de esta globalización económica. Libre de la amenaza de la dictadura del proletariado, el sistema financiero se empeñó en imponer la dictadura de la oferta y la demanda. Repentinamente, la participación de los trabajadores en la creación de riqueza es presentada como una concesión de los tiempos de la bipolaridad. En tanto, el neoliberalismo económico empezó a destruir al propio Estado y a la estabilidad democrática. La velocidad de la acumulación del poder político en manos de gobernantes que facilitan las decisiones del sistema financiero, así como la acumulación inextinguible de riqueza en pocas manos y el aliento de una cultura meramente especulativa, despreciando la cultura productiva, ha empezado a corroer las instituciones sociales intermedias.

Lo paradójico es que esos mismos Estados complacientes con este modelo neoliberal se encogen constantemente. Y si los gobiernos de América Latina sólo apuntan a los imperativos de una economía donde lo gravitante sea la competencia, la calidad y la competitividad basada en un dominio de los más poderosos, toda la estructura política se tornará en una farsa, en una demostración de impotencia. Así pues, la globalización económica se convertirá en una emboscada para la libertad democrática, ya que el privilegio de las grandes unidades productivas impondrá estructuras monopólicas u oligopólicas en perjuicio de las otras con menor influencia.

La creencia de que el mundo es un solo mercado, similar a cualquier otro, y en el cual se intercambian pacíficamente los bienes y servicios, así como la frase de que los países industrializados están

alentando el surgimiento comercial de los latinoamericanos, parecen ser sólo palabras huecas, sonoras, pero sin contenido.

Hoy el modelo neoliberal es cuestionado en el mundo académico. En la Universidad de Stanford, un grupo de economistas dedicado al “análisis institucional competitivo” señaló que no existe un sistema económico atemporal y universal dotado de valores normativos, y que su aplicación mecánica no resulta eficaz en todas las economías o países. Por el contrario, se debe reconocer la existencia de múltiples sistemas económicos y proceder al análisis de sus orígenes, desarrollo histórico, el balance de sus éxitos y sus fracasos, y la posibilidad de obtener beneficios económicos a partir de tal diversidad o ventajas comparativas.

La visión lanzada por el futurólogo canadiense Marshall McLuhan de una “aldea global”, y del mundo como un poblado homogéneo, no se ha cumplido de ninguna manera. Basta ver lo poco que el mundo se ha integrado. Es cierto que la globalización de las comunicaciones funciona efectivamente y es posible que en tiempo real millones de personas estén prendidas de las redes de televisión viendo el mismo programa, con las mismas imágenes y los mismos conceptos. Sin embargo, es difícil esperar que ocurra un intercambio de mutuos intereses o un mejor entendimiento entre los pueblos. La proximidad y la simultaneidad creadas por los medios de comunicación masiva, a los cuales se puede tener acceso a través del cable y la Internet, no han conseguido crear una comunicación cultural, y mucho menos una adaptación económica.⁴ Por ello, la fuerza representada por el sistema financiero y las empresas transnacionales busca imponer sus modelos y prácticas a través del comercio internacional y las inversiones, afectando al derecho o buscando estandarizarlo, deteriorando el medio ambiente y sumiendo en la miseria a millones de personas que miran, todavía sorprendidos, los bolsones de opulencia de las grandes ciudades:

Este planeta está lejos de convertirse, con el actual modelo de globalización transnacional, en una “aldea global” que integre a todas las naciones en la prosperidad y en el respeto de la ecología; va, más bien,

⁴ Martin, Hans Peter & Schumann, Harold, *A Armadilla da Globalização*, São Paulo, Globo, 1999, p. 37.

en el camino de ser una colección de *ghettos* planetarios de gente próspera que son consumidores de la economía global, que comparten el mismo estilo de vida y de destrucción ecológica.⁵

Sin la dimensión cultural es muy difícil impartirle coherencia a una lectura del mundo contemporáneo en el cual el nacionalismo, la religión y los conflictos interétnicos tienen una influencia equivalente a los aspectos internacionales y seculares.

Los modelos de economía política y de relaciones internacionales actualmente vigentes no pueden por sí solos explicar, dar sentido y proponer políticas orientadas a la solución de los problemas multidimensionales que hoy enfrentamos.

En el ámbito político, los cambios en la cultura inciden tanto en la política internacional como en la forma, valores, actores y mecanismos de la vida política interna de los países industrializados y en desarrollo. Así, por ejemplo, amplios flujos migratorios provenientes de otras culturas han modificado las situaciones socioculturales, políticas y económicas de muchos europeos y de los Estados Unidos.⁶

La idea clave, entonces, para entender el cambio cada vez más fluido y cercano de las operaciones de comercio internacional no es englobar todo el mercado a reglas únicas y uniformes, sino en admitir, reconocer y respetar la diversidad, la interacción de los operadores en los diferentes mercados y la reciprocidad en el trato. Reconocer la existencia de otros sistemas jurídicos y los distintos procesos, así como las etapas, en el desarrollo de los países, a fin de evitar la colisión de actitudes y sentimientos.

La mayor crítica que se puede hacer a la globalización económica es el intento de querer imponerla como un hecho incontrovertible, inevitable e inexorable de los tiempos, que debe admitirse en toda su extensión y frente a la cual sólo resta amoldar la cultura de nuestros pueblos a los estándares de gestión, estilos comerciales y práctica de las grandes transnacionales que pretenden sustituir al Estado como administrador del bien común. Más aun se pretende hacer creer que este es un fenómeno nuevo, reciente y producto del desarrollo tecnológico, y como tal un hecho de los tiempos que debe ser reconocido

⁵ Rivero, Oswaldo de, *El mito del desarrollo*, 2a. ed., Lima, FCE, 2001, p. 113.

⁶ Moneta, Carlos Juan, "La dimensión cultural: el eslabón perdido de la globalización", *Revista de la CEPAL*, núm. 47, julio-septiembre de 1996, p. 2.

y admitido, pues resistirse a él es luchar contra la modernidad y las nuevas tecnologías, impidiendo un nuevo desarrollo.

Creyendo que los puentes de relación entre las culturas son el establecimiento de patrones y prácticas comunes entre ellos, se han realizado esfuerzos para estandarizar no sólo los mecanismos de producción, comercialización y de administración, sino al derecho de los pueblos con resultados no siempre alentadores y, por el contrario, conflictuantes cuando no estériles. Se ha afectado al derecho, al imponer criterios de un sistema jurídico en otros que tienen una menor gravitación en los mercados mundiales. Hay un impacto en el derecho, no sólo en los nuevos modelos contractuales, sino en principios como la razonabilidad, el incumplimiento esencial, la buena fe y la expectativa asegurada de los inversionistas; y con igual intensidad ocurre en el campo de la política, al sugerir cambios en el Estado.

Hay en América Latina, como señala Juan Carlos Moneta, Eiseke Sakakibara, Herminia C. Foo Kong Dejo y Javier Protzel, un intento claro de homogenización cultural a partir de las empresas transnacionales, las grandes cadenas de televisión y las referencias de marcas y nombres comerciales, que conlleva referentes en el derecho.

Ese propósito encuentra un punto de colisión con las civilizaciones, historia y cultura latinoamericanas, ya que presentan diferencias étnicas, tecnológicas, patrones de consumo y sentido de la vida. Como tal, reaccionan de manera diferente ante la actuación o imposición de marcas, modelos, sistemas de comercialización o radicación de inversiones.

Las empresas transnacionales impactan en la cultura de los países importadores o receptores de inversiones a través de una serie de:

instrumentos y prácticas que afectan de distinta manera y grado, los contextos político, económico y cultural nacionales y locales. Luego de su procesamiento, esos elementos son remitidos en un diálogo conflictivo de contenidos y acciones concretas relativas al mercado, la democracia, el libre desarrollo, la soberanía, los derechos humanos, el desarrollo, el fundamentalismo, etcétera.⁷

⁷ *Ibidem*, p. 6.

Hay pues una imposición cultural por parte del inversor extranjero sobre el país anfitrión, y cuando ella se va extendiendo o alcanza altos niveles de aportación, es natural que se dé una interferencia política, ya que esa influencia de prácticas y usos empresariales requiere de su acatamiento por parte de los funcionarios de las empresas y plena aceptación por parte del consumidor. Ese diálogo termina no siempre en un mutuo acuerdo, sino en una supremacía del poder económico sobre el poder político, utilizando al efecto, para culminar tal dialogo conflictivo, de cuanto recurso sea posible, ya que, en la mayoría de los casos, de la suerte de las inversiones en el exterior puede depender el resultado exitoso de la empresa matriz y la economía del país inversor.

Para contrarrestar y superar tal situación, el Estado receptor o importador sólo tiene ante sí una política de modernización urgente de su aparato industrial, empresarial y académico, preservando sus lazos y vínculos culturales que le dan ese carácter peculiar de nación. Muchos países, como Francia, Japón, Alemania e Italia, han asociado la modernización con la restauración y revaloración de su cultura nacional.

No se trata de impedir el flujo beneficioso de los intercambios sino adecuar un país y un Estado a todo lo que significa modernidad y tecnología para, manteniendo sus características individuales, enfrentar, con entendimiento, los embates de una globalización económica, la influencia de la inversión y la acción de las transnacionales que pretenden estandarizar y homogenizar ciudades, naciones y cultura. Hay que reconocer que este acercamiento comercial no sólo es de bienes, servicios, tecnológicos o flujos financieros, sino además de modelos contractuales y categorías jurídicas que merecen ser estudiados para admitirlas o adecuarlas a nuestros propios sistemas jurídicos que buscan la equidad y la justicia, y no sólo la eficiencia económica.

III. LA IMPRONTA DE LAS REGLAS DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

Los diferentes acuerdos que consagra la Organización Mundial del Comercio han introducido nuevas categorías jurídicas, como el *dumping*, subsidio, compensaciones, inversión, servicios; así como nuevas

reglas como la estandarización y los patrones de tratamiento a las empresas transnacionales; afectando el derecho de las obligaciones y las relaciones contractuales.

Así, por ejemplo, hay una confrontación entre compensación y subsidio. Las compensaciones han sido acogidas en los tratados bilaterales de comercio, como los TLC, para no referirse expresamente a subvenciones, ya que los países proteccionistas eufemísticamente prefieren llamar así a toda práctica comercial, no siempre leal.

Para determinar si una acción estatal es considerada como subsidio o subvención, es necesario definir esta práctica del comercio internacional, a fin de delinear el alcance y envergadura de las medidas que podrían ser calificadas como tales. Sin embargo, es muy difícil definir esta práctica, así como su clasificación, e incluso conciliarlas con cualquier otra. “Las subvenciones no son fáciles de definir. La definición más estrecha no va más allá de los desembolsos presupuestarios y la más completa podría incluir virtualmente toda política gubernamental que ocasione un cambio en las condiciones del mercado”.⁸

En consecuencia, no existe un criterio claro, preciso y uniforme de subsidio o subvención en el derecho positivo internacional, ni en la doctrina, como tampoco en la jurisprudencia internacional. En realidad, todas las categorías del comercio internacional son imprecisas y mayormente no existe una definición determinada, lo que abre un área *laxa* de discrecionalidad al momento de calificarla. Ello ha permitido a los países industrializados amparar sus subsidios y a los países en desarrollo a ser temerosos y débiles —por carencia de solidez académica— en el momento de establecer políticas de protección a su sector productivo. Sin embargo, debemos admitir que las subvenciones constituyen una práctica desleal ejecutada por un país, consistente en la concesión de una prima o subsidio, otorgada en forma directa o indirecta, para la fabricación, producción o exportación de un bien.

También se admite que hay subsidio cuando dicha prima se otorga a un productor, sobre una unidad producida; “una subvención a la producción consiste para el Estado en otorgar cierta suma (en por-

⁸ Véase a Pascal Lamy; Informe sobre el Comercio Mundial 2006, Ginebra, OMC, 2006, p. IV.

centaje del precio del producto terminado) a los productores de cada unidad producida”.⁹

Tal vez la mejor aproximación hacia la definición de esta práctica, es que la subvención es una transferencia (de cualquier tipo) que hace un Estado a una empresa o rama de la producción nacional sin recibir nada a cambio. Vale decir, sin tener un correlato, una correspondencia o una reciprocidad. Es, entonces, una transferencia de un Estado a una entidad privada, en “la que el gobierno no recibe a cambio una contribución equivalente”.¹⁰

Estas nuevas categorías impactan en el derecho de una manera significativa, pues no se tienen precisos los límites de la inversión ni la contratación de los servicios. E incluso, las Constituciones de los países que fijaban los límites de la soberanía de los pueblos están sucumbiendo frente a las reglas arbitrales internacionales e incluso el Tribunal Penal Internacional o los tribunales de Protección de Inversiones.

IV. LAS NUEVAS CATEGORÍAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

En los últimos veinte años, cinco textos fundamentales del derecho internacional uniforme, como lo son los Acuerdos de la Organización Mundial del Comercio (OMC), los Principios del Unidroit, los Principios del Derecho Contractual Europeo, la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías y la Ley Modelo sobre Garantías Mobiliarias, propuesta por la VI Conferencia Especializada Interamericana sobre el Derecho Internacional Privado (CIDIP VI), han propiciado las más grandes innovaciones legislativas de los regímenes legales, particularmente en el derecho de las obligaciones.

Las cinco grandes normas del derecho internacional han impulsado cambios significativos en el derecho, que anhela abarcar una amplia gama de aspectos del derecho contractual, la responsabilidad ci-

⁹ Combe, Emmanuel, *L'Organisation Mondiale du Commerce*, París, Armand Colin, 1999, p. 58.

¹⁰ Informe sobre el Comercio Mundial 2006, Ginebra, OMC, 2006, p. XXVI.

vil extracontractual, el enriquecimiento indebido y la gestión de negocios.

Pero además de estos, que son fundamentalmente acuerdos o tratados multilaterales, se han planteado las leyes modelo. Todas las cuales son un conjunto de referentes de sistemas jurídicos distintos.

Las leyes modelo son una fórmula flexible que posibilita ser incorporada a los derechos nacionales rápidamente a través de determinadas pautas o referentes, y que se diseñan en los grandes foros internacionales como el Uncitral o el Unidroit, quienes las plantean también como leyes tipo. A dichos organismos se suman la Organización de las Naciones Unidas o la Organización de Estados Americanos. Los países las insertan como parte de su derecho interno, subyugados por el foro de origen y la acción de determinados líderes de opinión que se encargan en promoverlas. Una de ellas es la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias aprobada por la CIDIP VI en Washington, DC, en 2002.

1. *La acción de las CIDIP*

Las CIDIP han sido el mecanismo utilizado durante los últimos 25 años para abordar cuestiones de derecho internacional privado que tienen que ver con los intereses y el cumplimiento esencial de las obligaciones.

La Sexta Conferencia Especializada Interamericana sobre el Derecho Internacional Privado (CIDIP VI) fue convocada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos en su vigésimo sexto periodo ordinario de sesiones mediante resolución AG/RES. 1339 (XXIX-O/96), con una agenda en la cual los temas relacionados con el derecho mercantil, comercio internacional y derecho económico son los más destacados.

Así, en la sede de la OEA en Washington, DC, en 2002, se adoptó la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias, conjuntamente con otros instrumentos como la Carta de Porte Directa Uniforme Negociable Interamericana para el Transporte Internacional de Mercaderías por Carretera, y la Carta de Porte Directa Uniforme No-Negociable Interamericana para el Transporte Internacional de Mercaderías por Carretera.

Esta Ley Modelo fue incorporada al derecho peruano, y de esta manera el Perú fue el primer país de América Latina que la promulgó en marzo de 2006.

Sus promotores, con el aliento del sistema financiero, proclamaban que los grandes beneficios que traería la nueva norma eran: reducción de los costos de transacción y de las tasas de interés; cobertura de riesgos para el acreedor; disminución de los riesgos financieros que permiten un mayor número de usuarios. Propiciaba un rápido crecimiento y ampliación del mercado de garantías prendarías a sectores que no lo habían utilizado anteriormente. Inserción en la economía formal de agentes económicos que hoy se mantienen al margen de dicho mercado. Crecimiento de las micro, pequeñas y medianas empresas. Incremento de la recaudación fiscal.

De tal manera que sólo existían beneficios, lo cual permite concluir que, en efecto, era conveniente que fuese aprobada y que entrara en vigencia rápidamente. Así fue, y por ello recién después es que han surgido los análisis y las críticas.

Es saludable fomentar el acceso al crédito, pero no a cualquier costo; no a costa de preterir la seguridad jurídica. Si olvidamos esa idea, estaríamos transitando por un terreno peligroso, de modo que existen serios riesgos de que esos hipotéticos beneficios puedan convertirse en perjudiciales consecuencias.¹¹ Efectivamente esta ley se promulgó sin discusión académica ni legislativa suficiente. Se basó en el peso gravitante de los abogados promotores, más que en el estudio profundo de una norma que confronta dos grandes sistemas jurídicos: el *common law* y el romano-germánico.

La segunda Ley promulgada en América Latina es la norma guatemalteca. El Decreto 51-2007 dictado por el Congreso de Guatemala que crea la Ley de Garantías Mobiliarias, entró en vigencia el 1 de enero del 2008.

El objetivo de esta ley modelo es dotar de mayor protección y cobertura al acreedor, permitiéndole una acción y ejecución inmediata de sus créditos. A partir de la razón válida de la seguridad jurídica se ha dotado de mayor protección al acreedor, que en el sistema finan-

¹¹ Castillo Freyre, Mario, *Análisis de la Ley de la Garantía Mobiliaria*, Lima, Palestra, 2006, pp. 31 y 32.

ciero es curiosamente el más profesional de los sujetos de la relación jurídica y el que mantiene mayor poder en la negociación.

La norma escrita previa no es la que únicamente posibilita una mayor seguridad jurídica, sino también elementos axiomáticos inherentes a cada individuo, como la buena fe, la confianza, la veracidad y la común intención de las partes. Todo ello configura un deber de comportamiento propio e inherente a cada individuo. De tal manera que aun desconociendo la ley escrita o la práctica sistematizada, quien actúa en el mercado no puede dejar de conocer y practicar tales elementos morales que obligan a respetar la palabra empeñada. Incluso, el árbitro o el juez, para entender e interpretar el contrato, lo hará basándose en los criterios de buena fe, confianza, sentido y común intención de las partes.

La teoría general de la prueba, cuyo objetivo es producir en la conciencia de las personas y del juez el estado de certeza que determina el pleno convencimiento de la existencia de una cosa, y que desde la Tercera Partida del rey Alfonso el Sabio, deja en manos del juez su resolución con arreglo a los aportes que hagan las partes sobre la cuestión dudosa, es evitada por esta figura mercantil. La garantía mobiliaria es de realización automática, siempre que el acreedor por sí solo disponga ejecutarla. De tal manera que la cuestión apasionante de la teoría de la prueba, dentro del campo del derecho de las obligaciones, y que ha merecido los más fascinantes trabajos de Pothier, Aubry et Rau, Chiovenda y Carnelutti, son olvidadas al momento de ejecutar o realizar la garantía mobiliaria.

2. *Las innovaciones en el derecho de las obligaciones*

Son muchas las obligaciones que se pueden estipular en un contrato y otras que se generan en la vida de los mismos. Entre ellos hay tres aspectos que son fascinantes por su arquitectura, y desafiantes en cuanto al propósito de justicia y equidad: los intereses, la mora y el incumplimiento.

A. *Los intereses subversivos*

Los intereses representan el precio del dinero cuando se oferta en los mercados. Su *quantum* viene a ser el costo de oportunidad del uso,

aplicación o utilización del dinero y se llama comúnmente “tasa de interés”. De tal manera que el uso del dinero o el retraso en el cumplimiento de una obligación genera un estipendio que debe pagar el obligado por su disfrute o por el retraso en el cumplimiento de una obligación.

El interés pues tiene un contenido económico que debe ser apreciado jurídicamente, y de allí que su conceptualización debe tener esta doble valoración de manera conjunta, ya que se trata de una obligación entre partes con ánimos, intenciones y urgencias diferentes.

Los economistas, en general, y particularmente Paul Samuelson,¹² Raymond Barre,¹³ y Le Roy Miller & Ricardo Pusinelli,¹⁴ consideran que el interés está determinado por la oferta de dinero y las expectativas de gasto en el tiempo, así como el riesgo a través de ese lapso. Lo que hace legítimo establecer una tasa según dichas variables.

El interés vendría a ser el costo del préstamo, cuando se trata de créditos o mutuos, o el pago por el incumplimiento de una obligación, pero además dentro de su contenido se debe tener en cuenta la moneda en la cual está expresada, la duración o periodicidad de su *obligación*, los riesgos e incluso los referentes de otros mercados internacionales cuando se ha pactado en divisas extranjeras.

Los juristas en tanto lo circunscriben como una prestación accesoria, cuando se trata de crédito, y como un beneficio que debe recibir quien se priva de un monto de dinero durante determinado periodo en que otro disfruta del mismo. Así coinciden en la doctrina, Max Arias Schreiber, José León Barandiarán y Roberto Keil Rojas,¹⁵ quien concluye que el interés es una obligación pecuniaria, diferente a la obligación principal, aunque se acumula con esta, y si no es pagado se convierte en una obligación independiente mayor o menor en función del riesgo.

Las tasas se convierten en el aspecto más interesante de la economía, ya que las operaciones de préstamo y la sanción pecuniaria del

¹² Samuelson, Paul A., *Curso de economía moderna*, 13a. ed., Madrid, Aguilar, 1965, p. 404.

¹³ Barre, Raymond, *Economía política*, Barcelona, Ariel, 1964, t. II, p. 118.

¹⁴ Miller, Le Roy y Pusinelli, Ricardo, *Moneda y banca*, Bogotá, McGraw-Hill, 1992, p. 612.

¹⁵ Keil Rojas, Roberto, *Lecciones de derecho monetario*, 2a. ed., Lima, Rentería Editores SAC, 2004, p. 164.

incumplimiento de una obligación se expresan en forma dineraria. De igual manera adquiere relevancia jurídica, pues su porcentaje afecta o beneficia a determinados sectores e influye en el mercado.

Los intereses son estrictamente un fenómeno juseconómico que debe ser apreciado con un sentido integrador, ya que si bien tienen una naturaleza económica en cuanto a su nacimiento, configuración y compensación por el tiempo y la oportunidad de quien concede el crédito o soporta la demora o retraso del cumplimiento de la obligación; también posee una connotación jurídica en lo referente al *quantum*, es decir la tasa, ya que ella es la que determina la relación justa o equitativa del rendimiento de los recursos, y el equilibrio entre el acreedor y el deudor. Precisamente, en esta misma línea de pensamiento, es bueno referir la acotación que hace Roberto Ruggiero, quien señala: “el derecho lo reconoce e interviene solamente en su regulación, dictando normas para el caso en que, aún sin la voluntad de las partes, una prestación deba producir intereses o limitando la libertad de los contratantes para impedir los abusos”.¹⁶ Las tasas de interés determinan el trasfondo y contenido jurídico, ya que el fin del derecho es la justicia y el objetivo de esta es la búsqueda de la equidad, que no es más que la justicia del caso concreto.

No es posible concebir el derecho sin ver en el horizonte el remanso de la justicia y más aún sin considerar la equidad. Luego hay un aspecto estrictamente jurídico en el interés, ya que no se concibe este si no se expresa en tasas, y estas deben tener por supuesto dado el *quantum* de su uso y oportunidad, pues las obligaciones buscan el equilibrio de la relación y la retribución adecuada al titular del capital o acreedor.

Los intereses no son un fenómeno estrictamente económico, son una realidad juseconómica, e incluso un fenómeno socio-político a la luz de la ciencia política, ya que compromete las relaciones de los ciudadanos y el razonable equilibrio que debe existir entre los profesionales comerciales y financieros, y el ciudadano o consumidor.

Sin embargo, no todos admiten este criterio. Así, Osterling y Castillo señalan:

¹⁶ Ruggiero, Roberto, *Instituciones de derecho civil*, Madrid, Reus, 1944, t. II, p. 54.

El peso de una realidad inocultable nos hizo comprender que los intereses, si bien ostentan profusas proyecciones en el campo jurídico, son un fenómeno económico y no una figura ideada por el derecho.

Bajo esta perspectiva, sostenemos que a la noción de intereses le asiste una naturaleza económica antes que jurídica.¹⁷

Es bueno precisar que los tratadistas llegan a esta afirmación a partir de la diferencia que plantean en cuanto a los frutos. Así, los frutos civiles son una creación jurídica por el uso, disfrute o privación de un bien o dinero; en tanto que los demás se producen en la realidad de los hechos cotidianos y poseen un reconocimiento o protección jurídica. Sin embargo, los frutos civiles no son claramente distintos de los frutos del capital monetario que es una categoría económica. Tal vez, por ello, es que Osterling y Castillo resaltan igualmente —con el espíritu académico que le son propios— una opinión singular de Gastón Fernández Cruz, quien afirma que “constituye para el derecho civil uno de esos dos puntos de conexión entre dos ciencias sociales claves: el derecho y la economía, pues la noción jurídica de interés parte de un concepción económica de capital, que debe ser entendida como tal”.¹⁸

Sin embargo, lo que queda en cuestión no es la validez de los intereses, cuya existencia es plenamente justificable, sino el *quantum* o las tasas que es de preocupación del derecho y aun de la ciencia política y de la economía. De tal manera que la justicia está determinada por las tasas.

La tasa de interés representa pues el aspecto medular para determinar su sentido ético el rendimiento que debe producir un capital, un instrumento de crédito, o una obligación en un horizonte dado de tiempo, a favor de quien lo facilita o de quien se ha estipulado en el contrato.

Este rendimiento no es otra cosa que la tasa interna de retorno (TIR) —tal como lo señala Fernández-Baca— cuando afirma: “El rendimiento a la madurez de un instrumento de crédito es, probable-

¹⁷ Osterling Parodi, Felipe y Castillo Freyre, Mario, *Tratado de las obligaciones*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996, vol. XVI, 2a. parte, t. V, p. 236.

¹⁸ *Ibidem*, p. 263.

mente, el concepto que mejor define lo que es una tasa de interés. No es otra cosa que la tasa que iguala el valor actual de los pagos, que ofrece un instrumento de deuda con el valor de esta deuda”.¹⁹

En el ámbito internacional, la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, en sus artículos 84 y 78 deja abierta la cuestión referente a la tasa de interés, la que deberá ser resuelta por los distintos regímenes jurídicos de cada país, reconociendo así el ánimo de conciliación frente a los diferentes sistemas jurídicos que entraron en juego durante su discusión y posterior ratificación. Pudiendo confirmarse así las diferentes visiones sobre este tema en el universo de los sistemas jurídicos.

Luego lo importante no es discutir la validez o no de los intereses, ya que ello está plenamente admitido por el derecho, la economía, la política y la más simple razón, sino lo que está en discusión es la cuestión de la regulación de las tasas, para que su accionar no genere abuso y para lograr un sentido de justicia.

Según la teoría keynesiana, la tasa de interés está determinada por el equilibrio resultante entre la oferta y la demanda de dinero. Análisis entendible en un mercado donde los agentes tienen una información simétrica o, dicho de otra manera, cuando los sujetos, agentes o consumidores tienen un libre acceso a la información financiera en un mercado perfecto; pero bastante discutible en el caso peruano donde los bancos tienen una estructura oligopólica y se asocian para fijar la tasa de interés en razón del miembro más ineficiente y en un escenario en el cual los ciudadanos y consumidores no tienen la misma capacidad gremial de asociarse y plantear posiciones.

El enfoque keynesiano analiza la tasa de interés observando el comportamiento del mercado del dinero en relación con los fondos prestables. Sin embargo, tal equivalencia no es completa, pues desde el mismo momento en que la teoría sólo considera dos formas de riqueza (dinero y bonos) está ignorando implícitamente todos los otros efectos sobre las tasas de interés que provienen de aspectos como la inflación esperada, los ciclos de expansión y la contracción de la eco-

¹⁹ Fernández-Baca, Jorge, *Dinero, banca y mercados financieros*, Lima, Universidad del Pacífico, 2003, p. 72.

nomía.²⁰ Así como el acceso a la información y, por supuesto, el poder distinto que tienen las instituciones financieras frente al sujeto o consumidor.

La tasa de interés es un instrumento fundamental de política monetaria, ya que a través de ella se expande o se contrae el crédito y el dinero, pudiendo también influir en la inflación y la deflación movilizando el ahorro y propiciando la inversión. Pero sustancialmente su porcentaje impacta en el bienestar del usuario u obligado. Y esa es la razón por la cual los bancos centrales deben establecer sus límites, así como la tasa de interés legal que suple la ausencia del pacto contractual.

Con frecuencia los liberales sólo señalan que como estamos en épocas de estabilidad de precios no se requiere de la intervención excepcional de los bancos centrales de reserva para fijar un máximo, y sólo es necesaria su publicidad como una forma de superar la asimetría de la información que hemos mencionado. Empero, esa libertad de tasas no es similar a la libertad de acción de los intermediarios financieros, ya que sólo los bancos comerciales son los únicos intermediarios financieros puesto que los otros (cooperativas, banca estatal, mutuales y préstamos empresariales) no existen o han sido tragados por el mercado. La transparencia de las tasas de interés y la plena publicidad de los servicios financieros, sus moras, o costos de los servicios no son por sí solos suficientes para equilibrar la relación de los contratantes, sobre todo de los usuarios, es necesario del reequilibrio del poder a través de la intervención del Estado, ya que las tasas deben ser cuantificadas con sentido de justicia y equidad. Luego debe existir un límite legal, de tal manera que el pacto de intereses por encima del límite legal configura delito de usura tanto al celebrar un contrato, como al exigir el pago de dicho exceso. Estos dos supuestos son usura y ella, como la mayoría de los delitos, es perseguible de oficio. El hecho de que tal situación no se invoque, no resta en lo más mínimo solidez y valor a la conclusión, en el sentido de que el acreedor que pacta o cobra a su deudor una tasa de interés superior a la del límite legal es un usurero, y, por tanto, un delincuente.²¹

²⁰ *Ibidem*, pp. 125 y 126.

²¹ Osterling Parodi, Felipe y Castillo Freyre, Mario, *op. cit.*, nota 17, p. 494.

En el mercado internacional se ha optado por un cálculo promedio que se fija según la plaza en donde debe ser exigible, dado que sería impracticable prefijar una tasa específica. Así el artículo 7.4.9 de los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales señala que, en caso de incumplimiento de pago de dinero, se deben pagar los intereses:

El tipo de interés será el promedio del tipo de préstamos bancarios a corto plazo a favor de clientes calificados y predominante para la moneda de pago en el lugar donde éste ha de ser efectuado. Cuando no exista tal tipo en ese lugar, entonces se aplicará el mismo tipo en el Estado de la moneda de pago. En ausencia de dicho tipo en esos lugares, el tipo de interés será el que sea apropiado conforme al derecho del Estado de la moneda de pago.

La parte perjudicada tiene derecho a una indemnización adicional si la falta de pago causa mayores daños.

Los intereses tienen un fondo cultural, económico y jurídico. Dentro de los cuatro grandes sistemas jurídicos que existen en el mundo, algunos lo niegan como el derecho musulmán; otros lo dejan libres como el *common law*; el sistema romano-germánico, desde su antigüedad, lo trató con una serie de contradicciones, aunque mantiene el criterio de la condena de la capitalización de intereses; el sistema jurídico socialista, en tanto, deja su regulación estrictamente al Estado como único asignador de recursos.

El interés y su tasa es uno de los factores de las obligaciones más importante, pero que menos se ha tratado académicamente para explicar sus excesos, abusos y sobre todo la forma como favorece a la inversión extranjera, permitiendo que el ahorro externo crezca y luego favorezca adicionalmente al inversor, propiciando que los remanentes se puedan reinvertir en otros países que les den mayor protección, más lucros y rápido retorno.

Si bien es cierto, los canonistas repudiaron todo lucro sobre la base del dinero, ello constituye un exceso de aparente caridad cristiana, ya que una persona se estaría perjudicando para que otra se beneficie con el uso y explotación de recursos. La realidad nos muestra a través de las opiniones canónicas y jurídicas que hay un beneficio y un

costo que deben ser distribuidos por quienes intervienen y participan en la relación obligacional.

Una de las razones por las que se prohibía el cobro de intereses era la concepción clásica, desde Adam Smith, al considerar a los abogados, cantantes, actores y facilitadores de dinero como personas que no realizan un verdadero trabajo, no crean ni transforman la materia; y, en consecuencia, no deben recibir ninguna retribución, ya que no producen.

Empero, el advenimiento del industrialismo y el reconocimiento de los servicios como generadores de renta plasmaron la admisión plena de los intereses, ya que los bancos adquirieron profesionalismo y como tal ingresaron al rubro de servicios. “Así, es sólo en la Edad Moderna y en el contexto de una economía totalmente monetaria que la idea de la equidad y licitud del interés fue admitida”.

“Hoy por hoy, la obligación de dar intereses es regulada por casi la totalidad de los códigos civiles contemporáneos”,²² y también por leyes que facultan la determinación de las tasas a los bancos centrales.

El ahorro es igual a la inversión, dice la ortodoxia económica, ya que propicia que la empresa, el sector industrial o social o el Estado que tiene o genera mayores volúmenes de ahorro sea, como consecuencia, el que tiene mayor capacidad de inversión futura. De igual manera que la persona que más ahorra puede posteriormente invertir o, dicho de otra manera, posponer para más adelante, para el futuro, un posible consumo en el presente.

El egoísmo está presente en la naturaleza de los hombres, como lo está el odio, la rabia e incluso la marginación para ocupar los espacios del mercado o conformar nuevos sectores de dominación. De tal manera que hay una primera distorsión o incompatibilidad cuando se afirma que el hombre es racional en el mercado.

El egoísmo acicateado por la cultura hedonista y el sentido de competencia no siempre sigue las leyes de la razón y mucho menos de la ética. Sus reflejos y manifestaciones generan una sucesión intensa de privilegios, cuando no de abusos al determinar las tasas. Se critica el endeudamiento de los países latinoamericanos y la concepción real y pavorosa, pero no se critica los intereses exagerados que por su

²² *Ibidem*, pp. 259 y ss.

magnitud adquieren la condición de subversivos, pues resiente la estructura social afectando a las clases más necesitadas y urgidas de recursos a veces sólo de subsistencia. Esta realidad se hizo patente con las abusivas tasas de interés de la deuda externa, su posterior capitalización y su presión por parte de los acreedores frente a los deudores latinoamericanos desde el decenio de los setenta. En tanto que en esa misma época y hasta 1993, los precios de las exportaciones de sus materias primas continuaban deteriorándose desde 1945.

Tan injusta realidad nos hace plantear la posibilidad de modificar los modos de intercambio. De tal manera que tal vez sería mejor no vender nuestros *commodities* sino darlos en mutuo con intereses de 12% al 15% al año. A lo mejor sería un buen negocio para el Estado y para todos los países latinoamericanos que dependen sustancialmente de las exportaciones de sus recursos naturales.

Los intereses de la deuda externa eran de 6 a 8% hasta 1978 y dos años más tarde saltaron al 20%, y eso ocurrió conjuntamente con la caída de los precios de los productos primarios, propiciando que los inversores se trasladaran rápidamente del mercado de productos hacia el mercado de títulos que daba un lucro mayor sin trabajo y sin riesgo. Lo que nos puede hacer concluir que la baja en los precios de las materias primas está asociada a los altos costos del crédito.

El sistema financiero mundial está dirigido, controlado e impuesto por el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y el Banco Interamericano de Desarrollo. A su vez, dichos organismos lo son por el gobierno de los Estados Unidos de América y la economía del mundo simplemente refleja el grado de inteligencia del gobierno americano, y la capacidad y coraje de los demás gobiernos, principalmente los latinoamericanos, en aceptar o establecer un margen mínimo de negociación a favor de sus poblaciones.

El Consenso de Washington (1989) dispone liberalización de las tasas de interés, una tasa de cambio competitiva, liberalización del comercio internacional y liberalización de la entrada de inversiones extranjeras directas (IED).

Cómo es posible admitir que en el Perú, con una tasa de inflación de apenas el 3%, los bancos pagan a sus ahorradores sólo el 2.5% como máximo, pero cobran más del 30% de interés al año. Es una cuestión que no admite una explicación física, ni lógica desde el pun-

to de vista jurídico, y menos del político claro está, si admitimos que el Estado busca el bienestar de su población.

Los intereses son subversivos, en razón de las tasas desmesuradamente altas, por encima del riesgo, el plazo y las oscilaciones cambiarias. Por la observación objetiva de que la recuperación de los países acreedores es en razón de sus logros económicos, pero sustancialmente en las ganancias extorsivas sobre el capital exportado y las ganancias derivadas de la alteración de los términos de intercambio, es decir de los precios de las materias primas *versus* la exportación de manufacturas, servicios y tecnología. Así como la política proteccionista de los países industrializados que impide a las naciones latinoamericanas ingresar con su producción agrícola.

Durante el periodo de la crisis de la deuda externa se pedía sólo el reajuste de las tasas de interés, los plazos y los flujos vigentes hasta 1978. Y no se logró aliviar la situación de los países latinoamericanos deudores a pesar de que la inflación de los acreedores había bajado a menos de la mitad respecto del periodo anterior a 1978.

Tal situación planteó en el seno de la Organización de las Naciones Unidas, y en muchos países en desarrollo, la necesidad de acuerdos multilaterales que vincularan la deuda externa con el comercio, la moneda con la mercadería, a fin de que el deudor pudiera ejercer determinados derechos en relación al mercado del acreedor, para de esa manera relacionar el servicio de la deuda y sus tasas de interés al saldo de la balanza comercial entre deudor y acreedor, dándole una expresión más justa, ya que mientras la balanza comercial del deudor sea más favorable su posibilidad de pago podrá ser más requerida.

Sin embargo, frente a esta regulación se planteó la más absoluta liberalidad: libres tasas de interés, libre juego del dólar, libre mercado. Así, bajo las bondades de la libertad se articuló el más absoluto libertinaje del mercado entre países con profundas asimetrías económicas, tecnológicas, educativas, empresarias, y además con una abismal diferencia de poder de decisión en el mercado.

Tal situación es una muestra de inequidad. Pues se impone una regla única y rigurosa, cuando los países y los deudores llegan con distintos niveles de desarrollo y desequilibrios tecnológicos como necesidades sociales diferentes.

El propio presidente de la Reserva Federal de los Estados Unidos de América, Paul Volcker, señaló en alguna circunstancia:

La comunidad financiera internacional tiende a tratar igualmente a los desiguales. Eso hace parte de las normas y de las rutinas bancarias, a nivel de empresas o de personas. Mas idéntico procedimiento no me parece recomendable en el examen de los contratos a nivel de cada país deudor.

Un análisis de las oportunidades y de los riesgos debe llevar en cuenta las peculiaridades económicas, sociales y políticas de cada nación. Eso exige de los acreedores mucha habilidad, mucha información y mucha flexibilidad.²³

Tal sentencia es válida para todas las relaciones sea entre Estados, empresas y entre individuos; por que ello es el sentido de justicia y de equidad que exige cualquier relación para que el mercado continúe y las relaciones fluyan. Incluso el derecho proporciona a ello dos modelos: la cláusula de *hardship* en el sistema del *common-law* y la teoría de la imprevisión en el sistema jurídico romano-germánico.

Detenerse a ponderar esta reflexión es necesario y urgente ya que el sometimiento exagerado, ominoso y abusivo puede llevar como consecuencia a la subversión. Cuando una persona está acorralada puede ocurrir cualquier cosa en agravio del acreedor.

Esta libre y abusiva imposición de las elevadas tasas de interés es el principal factor de atracción para la inversión extranjera directa (IED) en muchos países.

En toda América Latina, una parte significativa de la IED se orientó desde fines del siglo XX a los sectores de los servicios, aprovechando los procesos de privatización, así como el libre juego de las tasas de interés y la desaparición de la usura como un delito, particularmente en el Perú, en donde no existe límites para las tasas de interés, lo que propicia la inversión en áreas especulativas como son los bancos, tarjetas de crédito o las simples empresas de pignoración.²⁴

²³ Beting, Joelmir, *Juros subversivos*, 5a. ed., São Paulo, Editora Brasiliense, 1985, p. 134.

²⁴ Sierralta Ríos, Aníbal, *Internacionalización...*, cit., nota 2, p. 85.

Un escándalo sin precedentes son las tasas de intereses anuales que cobran las transnacionales chilenas, como Ripley, Saga Falabella, que actúan bajo esquemas de protección bilateral de inversiones en un mercado en donde el consumidor está desamparado, pues debe soportar un pago de 600% al 850% de intereses anuales como advierte un estudio que realizó Centrum (Centro de Negocios de la Pontificia Universidad Católica del Perú) en el 2006.

La distinción entre tasas de interés financiero y las comerciales que cobran las empresas mercantiles o de distribución no tiene gran diferencia en cuanto a su libre determinación.

Un aspecto, sí interesante, que subvierte cualquier pasividad del consumidor es respecto al pago anticipado que puede hacer el tomador de un crédito y que es penado en el sistema financiero como en el comercial. En el primero, mediante un pago o multa predeterminada y publicitada, con la cual se busca, a través de la transparencia, una apariencia de equidad respecto de una retribución que se cobra por pronto pago:

Si se tiene en consideración que el plazo constituye el factor que determina una mayor o menor tasa de interés, resulta obvio que, cuando se efectúa el pago adelantado de la obligación, la correspondiente reducción del monto de los intereses no sólo debe resultar consecuencia lógica de la disminución del plazo originalmente pactado entre acreedor y deudor, sino también debe producirse en forma correlativa una efectiva reducción de la tasa de interés pactada, de modo que ésta guarde armonía con los plazos que para cada caso corresponda aplicar.²⁵

Sin embargo, ello no es así, pues a través de la apariencia de una retribución previa y libremente convenida se quiere revestir de legítima y justa una pérdida de beneficios por intereses no *oblados*. Lo cual quiere decir que ya los intereses eran una forma de lucro encubierto y no una retribución por el uso del dinero en el tiempo.

²⁵ Osterling Parodi, Felipe y Castillo Freyre, Mario, *op. cit.*, nota 17, p. 485.

B. *Mora y capitalización*

La característica de la mora es que es exigible independientemente de la voluntad de las partes, ya que tiene un ánimo resarcitorio a favor de quien se ve afectado por el retraso de la obligación principal.

El artículo 1246 del CC peruano no establece un orden entre los tipos de interés, fijando en primer lugar el interés convencional compensatorio y en segundo el interés legal. Lo que hace es fijar un rango: en primer lugar está el interés convencional compensatorio; pues son las partes las que lo han fijado así, y luego de ocurrir la mora ese interés es el que debe primar, y a falta de ello se aplica el interés legal. No es uno después del otro, es un límite por encima o debajo de los cuales no se puede exigir una tasa diferente, ni mayor ni menor. Esta afirmación es más entendible cuando leemos el artículo 1324 del mismo cuerpo legislativo que señala: “Las obligaciones de dar sumas de dinero devengan el interés legal... Si antes de la mora se debían intereses mayores, ellos continuarán devengándose después del día de la mora”.

La doctrina argentina coincide en su mayoría que la vía de los intereses legales como el camino de imputación de la mora representa la carga por incumplimiento de una obligación.

Conviene aclarar cuál es el sentido y naturaleza de un interés después del incumplimiento de una obligación. Al efecto, es bueno recordar que en cualquier obligación, principalmente de carácter mercantil, hay un interés inicial: el pactado en la obligación y que tiene como función compensar el uso del dinero o cualquier bien o acción por parte del poseedor, y que es exigible en cuanto se mantenga vigente la relación obligacional. Posteriormente, y cuando el obligado incumple la obligación, es que surge un nuevo interés: el moratorio, cuya función es resarcir el daño causado. De tal manera que el primer interés, el compensatorio, es por la relación pacífica y el uso del dinero o bien; y el segundo es cuando por encima de las obligaciones uno de ellos deviene en responsable de un daño.

Luego, el interés generado a partir del incumplimiento únicamente puede ser un interés moratorio. De tal manera que no es correcto desdoblar el interés generado a partir de la mora en dos: un interés compensatorio y en otro moratorio. Peor aún sería adicionar al inte-

rés compensatorio el interés moratorio, ya que el primero es válido y justo durante el plazo de vigencia de la obligación; y el segundo sólo después de la mora. Son dos categorías distintas, uno es por el uso pacífico y convencional en un plazo determinado y el otro es una sanción por incumplimiento.

Hay tres tipos de interés en el caso de incumplimiento: el compensatorio que se pacta al formalizarse la obligación, el moratorio a partir del momento de incumplimiento, y el legal cuando no se hubiera previsto ni el compensatorio ni el moratorio.

La confusión se deriva por querer extender el interés compensatorio a la condición de ser uno moratorio cuando no se hubiere previsto con exactitud el tipo de interés al ocurrir el incumplimiento. Son dos aspectos diferentes: será compensatorio mientras compense el gasto o uso del dinero en el plazo pactado; y lo será moratorio cuando se incumple. De tal manera que hay una línea y un momento en que fenece la condición de compensatorio para dar nacimiento al moratorio.

Lo que ocurre es que frente a la situación frecuente de que no se hubiera estipulado *ex-ante* la condición de un interés moratorio, y además el Estado no hubiere considerado el interés legal, se ha querido extender al ámbito del incumplimiento la tasa del interés compensatorio llamándolo incluso como tal. Ello genera confusión y no tiene propiedad, pues uno se aplica durante la vida pacífica de la obligación y el otro cuando deviene en falta.

Tal vez la solución esté en la existencia indispensable y necesaria de un interés legal, de tal manera que si no se pacta un interés compensatorio, este será el exigible a menos de expresa renuncia; y un nuevo interés: el moratorio, cuya tasa sería el promedio del tipo de préstamos bancarios a corto plazo en la plaza o el mercado en la cual se debería honrar la obligación. Sin dejar a un lado el derecho que le asiste al acreedor de exigir una indemnización si el incumplimiento causare mayores daños.

Respecto de los intereses moratorios, surge la cuestión de la capitalización de los intereses cuando estos no son *oblados* periódicamente por el obligado principal.

La capitalización de intereses, o también llamada anatocismo, significa que los intereses generados por mora o por otro concepto den-

tro de un plazo determinado o determinable se integran al capital o lo que se conoce como la obligación principal que a su vez genera nuevos intereses que se adicionan al capital formando una nueva base a la cual se aplicaran tales intereses.

Esta capitalización es aplicable en el ámbito financiero y mercantil vía pacto escrito entre las partes o regulación de las operaciones de intermediación.

Pero merece detenerse a analizar esta modalidad en los otros ámbitos de la actividad humana, ya que muchas veces se presenta bajo el ropaje del interés compuesto en un medio donde el usuario, que no siempre es un profesional financiero, lo admite sin tener claro cuáles son sus responsabilidades y la magnitud de sus consecuencias.

C. *Incumplimiento*

El incumplimiento de las obligaciones ocasiona una serie de efectos en el obligado y en el acreedor como son las tasas de interés moratorio, la acumulación de estas con el compensatorio e incluso su capitalización sin que ello impida posibles acciones indemnizatorias. Todo lo cual transcurre en un mercado cambiante y con actores distintos que a su vez poseen diferentes grados de poder. De tal manera que querer enfrentar el incumplimiento a la esfera de un marco sancionador que sólo imponga penas al obligado directo es una solución superficial y fácil pero que no se coloca en la diversidad de circunstancias en que los sujetos se pueden encontrar.

Una serie de nuevos aspectos obligan a la auscultación académica, como son los servicios profesionales, los suministros de servicios, las relaciones transfronterizas y el intercambio de mercaderías dentro de distintos sistemas jurídicos. Esta nueva situación ha sido enfrentada de diferentes maneras; así el derecho unitario a través de la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías; en algunos países con normas aisladas, y en otros, como Alemania, con una reforma integral del derecho de obligaciones.

En lo que corresponde al incumplimiento, la Convención de Viena de 1980 en su artículo 25 usa la expresión “incumplimiento esencial del contrato” y considera como tal a la acción de una de las partes que cause a la otra un perjuicio que la prive sustancialmente de

aquello que le era legítimo esperar del contrato, salvo si el actor no previó ese resultado y si una persona razonable, con idéntica calificación y colocada en la misma situación, no lo hubiera previsto.

Esta fórmula, aunque clara, no agota las dificultades de interpretación que pueden surgir de la lectura del texto convencional, pero que está acorde con su espíritu de dar cabida a otras situaciones por encima de aquellas previstas por sus autores; de esa manera torna posible su aplicación a casos que no podría prever y que pueden surgir en un intercambio comercial internacional cada vez más fluido y frecuente, pero donde se haría sentir la necesidad de tal tratamiento.²⁶

Se advierte que la expresión “incumplimiento esencial del contrato” es ajena a la doctrina y al derecho positivo latinoamericano, que se inclina más por el principio del “perjuicio” o del “daño”. Aquí se aprecia la influencia del sistema anglosajón, cuyos juristas influyeron en esta parte de la Convención, proponiendo este término no sólo en el seno de la Convención sino también en trabajos influyentes como los de Michida o los de G. L. Peiris.²⁷ Esta fórmula debe ser entendida plenamente por el operador internacional y el asesor jurídico latinoamericano como una extensión o ampliación de la figura del incumplimiento contractual, siendo recomendable, entonces, que se especifique clausularmente las circunstancias que pueden constituir “incumplimiento esencial”:²⁸

La validez de la resolución del contrato se consagra a partir del momento en que fuera hecha la notificación. El artículo 26 de la Convención en su escueto texto dice: “La declaración de resolución del contrato surtirá efecto sólo si se comunica a la otra parte”. De aquí se deduce que el contrato quedará resuelto desde que se notifique la declaración de resolución a la otra parte. Este numeral deberá entenderse conforme a los artículos 49 y 64 de la Convención, que fija las condiciones apropiadas para que los sujetos declaren resuelto el contrato.²⁹

²⁶ Sierralta Ríos, Aníbal, *Contratos de comercio internacional*, 2a. ed., Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1977, p. 157.

²⁷ Michida, Shinishiro, “Cancellation of Contract”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 27, 1979, pp. 279 y ss.

²⁸ Sierralta Ríos, Aníbal, *La compraventa internacional y el derecho peruano*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, p. 73.

²⁹ *Ibidem*, p. 73.

No se exige forma especial, que es un requisito fundamental en todo el derecho positivo de América Latina, como el artículo 1371 del Código Civil peruano que dice: “La resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración”; es decir, la resolución opera después de ocurrida la causa, lo que nos lleva a afirmar que ha de notificarse efectivamente al otro contratante para que tenga plena validez. Lo mismo se puede decir en el derecho brasileño.

Por otro lado, el artículo 28 de la Convención señala que un determinado “tribunal no estará obligado a ordenar el cumplimiento específico a menos que lo hiciere, en virtud de su propio derecho, respecto de contratos de compraventa similares no regidos por la Convención”.

El citado numeral dispone que un tribunal no esté obligado a decretar la ejecución forzada, a menos que lo hiciera en virtud de su propio derecho, aplicable a contratos de compraventa similares no regidos por la Convención. Luego, si el tribunal está facultado para ordenar una forma particular de ejecución forzada, como la entrega del bien o el pago, el artículo 28 sólo y únicamente ciñe su aplicación al caso en que un tribunal no pudiese, bajo ninguna circunstancia, ordenar la ejecución forzada de la obligación.³⁰

El Código Civil del Perú admite el cumplimiento específico de la prestación, según el artículo 1132. Así, en la obligación de entrega de una cosa cierta: “el acreedor de bien cierto no puede ser obligado a recibir otro, aunque éste sea de mayor valor”. Luego, la norma convencional es entendible dentro del derecho sustantivo peruano, al limitar la acción del tribunal si una parte tiene el derecho de exigir el cumplimiento de una obligación de hacer.

En la República Dominicana, los tribunales estarían en posibilidad de ordenar el cumplimiento específico de una obligación, sólo en aquellos casos de venta de cosas genéricas y no individualizadas, cuando la obligación cuyo cumplimiento forzoso se procure sea la de entrega del objeto del contrato de compraventa.

³⁰ Espina Otero, Alberto y Quintana Hurtado, Alejandro, *Compraventa internacional de mercaderías*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1985, p. 74.

En el Brasil, el mismo principio se aplica al acreedor comerciante o no, pues el artículo 863 del Código Civil determina que “el acreedor de cosa cierta no puede ser obligado a recibir otra, aunque sea más valiosa”. El Código Comercial, a su vez, establece que en caso que no hubiere entrega, hay dos opciones para el comerciante: “Cuando el vendedor deja de entregar la cosa vendida en el tiempo indicado, el comprador tiene la opción de rescindir el contrato o demandar su cumplimiento con los daños de mora; salvo los casos fortuitos o de fuerza mayor”. La segunda opción es: “el vendedor que después de perfeccionada la venta, alienara, consumiera o deteriorara la cosa vendida, será obligado a dar al comprador otra igual en especie, calidad y cantidad, o pagarle en la falta de ésta el valor estimado por árbitros, con relación al uso que el comprador pretendía hacer o al lucro que podía derivarse”.

Como se puede apreciar, a la misma obligación le pueden corresponder diversos regímenes de ejecución en los varios países vinculados a la Convención, ya que no todas las legislaciones reconocen la figura del cumplimiento específico de las obligaciones o las prestaciones.³¹

La regla de la Convención es, indudablemente, más asequible al sistema jurídico del *common law* que en muy raras ocasiones hace uso del mecanismo de cumplimiento específico.

Una norma que merece ser estudiada con detalle, para comparativamente analizarla dentro de nuestro derecho, pues también integra la misma familia o sistema jurídico, es la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones aprobada por el Parlamento Federal Alemán, promulgada el 26 de noviembre de 2001, y que entró en vigor plenamente en 2002:

La reforma germana ha sido inspirada en gran medida en las reglas contenidas en la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías y su predecesora, la Convención sobre un Derecho Uniforme sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías de 1973. Por tanto, los elementos característicos del borrador elaborado por la Comisión encargada de revisar el derecho de obligaciones, conformaban un sistema de disposiciones estructuradas principalmente ba-

³¹ Sierralta Ríos, Aníbal, *La compraventa internacional...*, cit., nota 28, p. 77.

jo los auspicios de los recursos legales disponibles (a saber, en particular, cumplimiento específico, daños, resolución), un concepto uniforme de violación del deber (*Pflichtverletzung*) y un deslinde del requerimiento de falta con respecto a la resolución de contrato. Se dejó a un lado así el concepto de imposibilidad que había causado tantos dolores de cabeza doctrinales. Por otro lado, la Comisión decidió adherirse al principio de falta con respecto a las demandas por daños mientras que, según la CISG, la responsabilidad civil del deudor queda excluida sólo cuando el incumplimiento se funda en un impedimento que está fuera de la esfera de influencia del deudor y que éste no puede prever; más aún, el borrador de la Comisión requería otorgar un periodo adicional de tiempo (*Nachfrist*) antes de la resolución de un contrato (aunque se aceptaban excepciones a este requisito en ciertos casos de incumplimiento grave) mientras que, según la CISG, se podía declarar la resolución inmediata en casos de violación fundamental (aunque un incumplimiento de contrato también puede ser fundamental al fijar un *Nachfrist*).³²

Los trabajos autorales de la actual Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones alemana comenzaron a partir de las propuestas de la Comisión designada en 1992, que inicialmente se empezó a articular autónomamente, sin tener en cuenta el *Burgerlijk Wetboek* holandés que había entrado en vigor en 1992, ni los Principios del Derecho Contractual Europeo de la Comisión Landó, ni los Principios de Contratos Comerciales Internacionales del Unidroit que habían sido publicados en 1995 y 1994, respectivamente.

Sin embargo, posteriormente los juristas alemanes tuvieron en cuenta los aportes del derecho internacional, básicamente del ámbito comercial, aunque los consideraban como normas abstractas y demasiado generales. Se argumentaba que el nuevo Código debería aspirar a un nivel mucho más claro de especificidad para que fuera efectivo y posibilitara un grado necesario de certidumbre jurídica. En particular, la cuestión sobre incumplimiento de contrato, aunque bajo el concepto general de violación del deber. Ulrich Huber y Claus-Wil-

³² Zimmermann, Reinhard, *The New German Law of Obligations*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 40.

helm Canaris emergieron como los críticos más prominentes de la reforma.³³

Efectivamente, Canaris, destacado catedrático y el miembro más influyente del grupo de trabajo, presentó sus recomendaciones ante una reunión especial de la Asociación Alemana de Profesores de Derecho Privado a fines de marzo de 2001 en Berlín; y su opinión puede considerarse, en gran medida, como la *interpretatio authentica* del nuevo derecho alemán de obligaciones y de incumplimiento en particular. Al cual se debe añadir el ágil texto de Reinhard Zimmermann.

a. Imposibilidad de cumplimiento

El punto de partida general en el derecho alemán sigue siendo lo que ha sido a lo largo del siglo XX: las partes de una obligación son las únicas que pueden exigir el cumplimiento de sus respectivas obligaciones *in specie*. En efecto, dice el artículo 241 I al principio del libro II del Código Civil (BGB), “es el acreedor quien tiene el derecho de exigir cumplimiento al deudor”. Lo que implica, entonces, un cumplimiento específico.

La excepción más importante se encuentra en el artículo 275 I del BGB, según el cual una demanda por cumplimiento específico queda excluida en la medida en que dicho cumplimiento es imposible. Esta disposición tiene una larga tradición que viene del principio romano *impossibile nulla est obligatio* y corresponde al principio básico de filosofía moral según el cual “deber implica poder”.

El señalado artículo, como su texto lo dice claramente, se aplica a todos los tipos de imposibilidad: imposibilidad objetiva (cuando nadie puede cumplir); imposibilidad subjetiva (cuando un deudor específico no puede cumplir); imposibilidad inicial (cuando el cumplimiento ya era imposible al momento de suscribir el contrato); imposibilidad subsiguiente (cuando el cumplimiento se ha vuelto imposible después de haberse suscrito el contrato); imposibilidad parcial, e imposibilidad total. La exclusión del derecho al cumplimiento específico no depen-

³³ Canaris, Claus-Wilhelm, “Zur Bedeutung der Kategorie der ‘unmöglichkeit’ für das Recht der Leistungsstörungen”, en Schulze Reiner y Shulte-Nöke, Hans (eds.), *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrecht*, 2001, p. 43.

de de si el deudor fue o no es responsable de la imposibilidad. La nueva regla se diferencia significativamente de su predecesora y pone a la par la imposibilidad inicial y la subsiguiente; y elimina el requerimiento de la falta (que estaba contenido en la antigua versión del artículo 275 I, pero que, de acuerdo con la opinión predominante bajo dicho antecedente, tenía que ser tratado como *pro non scripto*, en cuanto al derecho a exigir cumplimiento).

Naturalmente, las reglas tampoco intentan forzar a un deudor a cumplir lo que no puede hacerlo. Esto se colige respecto de los “impedimentos” o dificultades que surgen tras la suscripción de un contrato, cuando se tiene en consideración el artículo 8:101 (3) leído conjuntamente con el artículo 8:108 de los Principios del Derecho Contractual Europeo, que afirma que en caso que el incumplimiento de una de las partes quede dispensada por haberse debido a un impedimento que estaba fuera de su control y que no era razonable que pudiera haber sido previsto, o haberlo evitado o superado, el acreedor no podrá exigir tal cumplimiento. Para todos los demás casos, es decir cuando el recurso de cumplimiento específico no quede excluido *a limine*, el artículo 9:102 de los Principios del Derecho Contractual Europeo contiene un anexo que dispone que no se pueda obtener cumplimiento específico en caso que el cumplimiento fuera imposible.

b. Tipos de imposibilidad

En consecuencia, el Código Civil Alemán (BGB) constituye un régimen más eficiente en cuanto a la exclusión del derecho a cumplimiento específico. Sin embargo, hace una distinción entre casos de imposibilidad *stricto sensu* y situaciones en las que no sería razonable esperar que el deudor cumpla. De acuerdo con la norma 275 II del BGB, el deudor podrá negarse a cumplir en la medida en que dicho cumplimiento requiera un esfuerzo que sería grotescamente desproporcionado con el interés que el acreedor tiene de obtener su cumplimiento, teniendo en cuenta el contenido de la obligación y los requerimientos de buena fe. Al determinar lo que se podría exigir al deudor, hay que tener en cuenta si fue responsable de su incumplimiento o no.

Esta disposición ha sido concebida teniendo en cuenta lo que en la antigua ley se denominaba “imposibilidad práctica” (*faktische Unmöglichkeit*) en contraposición a la “imposibilidad económica” (*wirtschaftliche Unmöglichkeit*).³⁴ Por esta razón, el esfuerzo requerido para cumplir se mide con relación al interés del acreedor de que cumplan con él. El ejemplo paradigmático es el anillo (que vale 100) que ha caído en un lago después de haber sido vendido, pero antes de que haya sido entregado al comprador. Pero el costo de drenar el lago y recuperar el anillo es de 100,000. Obviamente, no sería razonable esperar que el deudor incurra en gastos tan enormes en vista del hecho de que el interés del acreedor en el anillo es únicamente 100, es decir, el valor del objeto. Las cosas son diferentes en casos de imposibilidad económica. Así, por ejemplo, si el precio de 1,000 barriles de petróleo que han sido vendidos aumentase drásticamente, el deudor no puede invocar la regla del artículo 275 I, pues aunque en este caso puede que tampoco sea razonable esperar que el deudor cumpla bajo las nuevas circunstancias, no existe una desproporción grotesca entre el esfuerzo del deudor y el interés del acreedor de que se cumpla con él: este último no ha permanecido, como sí fue en el caso del anillo, en el nivel inmediatamente anterior, sino que ha subido en la misma medida que el esfuerzo del deudor: el objeto de la venta ha adquirido más valor, y el comprador, naturalmente, se beneficiará totalmente de dicho mayor valor. Puede que la ley aun otorgue algún tipo de reparación al deudor en esta situación. Pero que esto sea así o no depende de la aplicabilidad de las disposiciones sobre alteración de circunstancias (*Störung der Geschäftsgrundlage*) que se considera un problema conceptualmente diferente. Antes de la reforma, las disposiciones sobre cambio de circunstancias habían sido elaboradas y generalmente reconocidas bajo el principio de buena fe del artículo 242 del BGB, y por tanto habían constituido uno de los ejemplos más famosos de doctrina jurídica hecha por magistrados. Ahora han encontrado su lugar en la legislación en el artículo 313 del BGB.³⁵

³⁴ Huber, Ulrich, “Das geplante Recht der Leistungsstörungen”, en Ernst, Wolfgang y Zimmermann, Reinhard (eds.), *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, 2001, p. 31.

³⁵ Zimmermann, Reinhard, *op. cit.*, nota 32, pp. 45 y 46.

El artículo 275 II del Código Civil alemán está inspirado en el artículo 9:102 (2) (b) de los Principios del Derecho Contractual Europeo, según el cual no se puede exigir cumplimiento específico cuando dicho cumplimiento cause al deudor un esfuerzo o gasto irrazonable.

c. La imposibilidad subjetiva

Bajo la antigua legislación germana, las reglas relativas a la imposibilidad se aplicaban a casos de imposibilidad “práctica”; en otras palabras, no distinguía las situaciones en las que el cumplimiento era imposible en los hechos de aquellas en las que sólo lo eran por cuestiones prácticas. Sin embargo, el nuevo artículo 275 II sí hace tal distinción; no por el simple hecho de contener una regla especial sobre imposibilidad práctica, sino porque dicha disposición implica una consecuencia jurídica diferente a la que se sigue de la imposibilidad fáctica: la obligación no desaparece automáticamente, sino que simplemente se otorga al deudor el derecho de negarse a cumplir. La legislación, por tanto, deja abierta la posibilidad al deudor de cumplir a pesar del esfuerzo irrazonable que esto pudiera implicar.³⁶

No obstante, esta no es una solución feliz, ya que, por un lado, coloca al acreedor en una posición incómoda en casos en los que el deudor no cumple, pero tampoco formula una defensa. Por otro lado, puede ser difícil trazar la línea entre los diferentes tipos o situaciones. Esto es evidente, en particular en casos de una imposibilidad meramente subjetiva. Aunque el texto del artículo 275 I del BGB trata sobre tales casos (“en la medida que el cumplimiento es imposible *para el deudor*”), normalmente no constituyen casos de imposibilidad fáctica. Si una persona A primero vende una pintura a X y luego la transfiere a Y, es posible que vuelva a adquirir la pintura de Y, y que luego esté en condiciones de honrar su obligación contractual para con X. Para determinar si cabe o no esperar esto de él, hay que aplicar los requerimientos del artículo 275 II de dicho Código. Así, A puede negarse a cumplir la obligación si la pintura vale 10,000, e Y está sólo dispuesto a devolverla por un precio de 100,000. A menos que se tenga que subvertir el límite general entre el artículo 275 I y

³⁶ *Ibidem*, p. 47.

II del BGB, y a menos que se niegue al deudor el beneficio de poder escoger si cumplir o no; normalmente no se podrá aplicar la regla del artículo 275 I del BGB a este tipo de casos. Así, el propósito de los nuevos legisladores era que dicha regla se aplicara sólo cuando Y no esté dispuesto a devolver la pintura, o cuando haya sido robada y ni se pueda encontrar al ladrón ni a la pintura.³⁷

Pero aun en este caso, es discutible afirmar que el cumplimiento sea imposible en los hechos, y que invirtiendo una enorme cantidad de dinero A aún podría recuperar la pintura. Si, por otro lado, se aplicara rígidamente los parámetros establecidos en el artículo 275 II del BGB a casos de imposibilidad subjetiva, es posible que, en algunas situaciones ello provoque resultados insatisfactorios. Por ejemplo, si A muere después que ha vendido su pintura a X por 50,000. B, heredero de A e ignorante de la transacción, vende y transfiere la pintura a Y por 75,000. Y está dispuesto a devolver la pintura a B por un precio de 75,000. Si asumimos que X, entre tanto, ha podido revender la pintura por 80,000, B no tendrá el derecho de negarse a cumplir según la citada norma, pues no se puede decir que sus gastos (75,000) son grotescamente desproporcionados al interés del acreedor de que se cumpla la obligación (80,000). En consecuencia, B pierde 5,000 en virtud de un impedimento del cual no era responsable y que, por tanto, no se le podía exigir que lo superara. Esto demuestra los peligros inherentes en cualquier intento de estipular reglas generales para situaciones excepcionales.

d. La imposibilidad ética

Hay otra situación en la que la legislación alemana otorga al deudor el derecho de negarse a cumplir: tiene que cumplir en persona, pero no sería razonable esperar que cumpliera considerando, por un lado, el impedimento que ha surgido y, por otro lado, el interés del acreedor de exigir el cumplimiento: el artículo 275 III del BGB. Este es el caso de la soprano que se niega a cantar después de enterarse que su hijo ha contraído una enfermedad que amenaza su vida. Según la legislación anterior, esto se consideraba un caso de imposibili-

³⁷ *Ibidem*, p. 48.

dad “moral” a la que se aplicaba las reglas sobre cambio de circunstancias. Los Principios excluían completamente el derecho a cumplimiento específico, en caso que el cumplimiento consistiera en la provisión de servicios o trabajo de carácter personal; no surge, por tanto, el problema.

La relación entre la nueva regla del artículo 275 II y III del BGB no es muy clara. Contrario al artículo 275 II del BGB, no parece ser un factor relevante para determinar lo que se puede esperar razonablemente del deudor, sea éste o no el responsable del impedimento: la soprano podrá negarse a cumplir aun cuando ella misma haya causado la enfermedad de su hijo por negligencia. Es más, el interés del acreedor en su cumplimiento es sólo una de las consideraciones para determinar el tema de si algo es razonable o no, fundándose en un equilibrio general de intereses: no es, según el artículo 275 II del BGB, el criterio decisivo para establecer si lo que el deudor tendría que hacer para cumplir es excesivo o no y por tanto irrazonable. El artículo 275 III, en otras palabras, sigue siendo una manifestación específica de las disposiciones generales sobre cambio de circunstancias, y la inclusión de esta disposición en la citada norma, en cierto modo, hace más borrosa la línea sutil que la legislación ha trazado respecto de la imposibilidad y el cambio de circunstancias.