

WELLER, Marc-Philippe., *Die Grenze der Vertragstreue von (Krisen-) Staaten*, Tubingia, Mohr Siebeck, 2013, 93 pp.

1. ¿Puede oponer un Estado ante sus acreedores la excepción de estado de emergencia – *Staatsnotstand*- para aplazar el pago de su deuda? Esta es, en esencia, la delicada cuestión que de forma particularmente concreta plantea y resuelve –en sentido positivo- esta monografía. Así, frente a un sector doctrinal mayoritario y frente a la misma jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán (*BVerfG*, 8.5.2007, 2 BvM 1/03, *IPRax*, 2008, pp. 427 ss.), aboga el autor por aplicar a estos supuestos las normas de derecho privado. Lo anterior, en perspectiva de derecho alemán, supone tanto como una aplicación analógica del § 275.3 BGB al supuesto en cuestión. El resultado de tal razonamiento es contundente: a la luz del derecho alemán, la obligación de pagar (la deuda más sus intereses) debe ceder tanto tiempo como sea necesario para garantizar las obligaciones fundamentales del Estado frente a su población.

2. El trabajo se articula en torno a nueve epígrafes. La *Introducción* (A) describe una serie de supuestos reales que dan cuenta de la gravedad del tema: desde el conocido embargo de la fragata argentina “Libertad” en Ghana, hasta el intento de embargar una exposición de dinosaurios de la Patagonia en el estado federal de *Bayern*. Situado el lector en contexto, el siguiente paso consiste en esbozar el problema en su dimensión teórica. Para ello, plantea el autor dos puntos sobre los que abordar la controversia. Por un lado, la excepción de interés nacional como una suerte de sustituto o remedio frente a la inexistencia de un proceso de insolvencia *ad hoc* para Estados. Por otro, el choque entre dos obligaciones que estos supuestos suponen: la obligación contractual del Estado ante sus acreedores, entendida en términos amplios (*Vertragstreue*), frente a la obligación del Estado de garantizar la subsistencia de su población (*Existenzsicherung*).

3. Delimitado el alcance de la controversia en forma y fondo, el segundo epígrafe (B) se centra en la estructura jurídico privada de la deuda pública –*Die Staatsanleihe als Privatrechtsverhältniss*-. Así, y abstracción hecha de la aplicación de los convenios de protección de inversiones a estos supuestos (al respecto, *vid.* DIEZ-HOCHLEITNER, J., “El arbitraje de inversiones frente a los *Defaults* soberanos”, en. LIÑAN, D. / SEGURA, A., *Las crisis políticas y económicas: nuevos escenarios internacionales*, Tecnos, Madrid, 2014, pp. 129-160), se destaca el hecho de que la emisión de deuda por un Estado constituye un acto de derecho privado: una emisión no deja de ser – simplemente dicho- un préstamo fragmentado entre distintos acreedores. De hecho, las condiciones de dicha emisión prevén cláusulas estándar como son las cláusulas de ley aplicable y las cláusulas de jurisdicción. Y de hecho también, es judicialmente atacable el incumplimiento de las condiciones de emisión, sin que en este estadio el Estado pueda hacer valer la inmunidad de jurisdicción ni –en su caso- de ejecución. La ineficacia de esta última, entendida como consecuencia de la posibilidad de excepcionar el estado de emergencia –defendida por el autor-, antes que como consecuencia de un *waiver of immunity*. Y es que, si la aplicación analógica del § 275.3 BGB es posible, será ya en el seno del procedimiento donde la apreciación de tal excepción imponga sus consecuencias: la demanda –de pago- deberá rechazarse.

4. Un breve tercer epígrafe (C) se ocupa de analizar los modelos internacionales de reestructuración de deuda –*Internationale Umschuldungsmodelle*-. Estos son: el cambio voluntario por nuevos bonos; las *Collective Action Clauses* (inspiradas en los *Scheme of Arrangement* del derecho inglés –replicados, a su vez, en el derecho alemán por vía de la *Schuldverschreibungsgesetz* de 2009 [SchVG]); modificaciones legales del Estado emisor; y, el Mecanismo Europeo de Estabilidad. Por su parte, un también breve epígrafe (D) analiza el alcance del principio *Pacta sunt servanda* y del dogma “Geld hat man zu haben” (literalmente, “El dinero se tiene para tenerlo”) en este ámbito. En cuanto al principio *Pacta sunt servanda*, tiene particular interés las consecuencias que, según el derecho alemán (§ 433 BGB), tiene la mera celebración del contrato (*Vertragsschluss*) para el acreedor de deuda, pues, en su virtud, sólo es necesario la *voluntad (Willen)* –sin causa- para entenderlo válidamente concluido. Desde un punto de vista procesal, lo anterior implica que las reclamaciones contractuales pueden plantearse aun sin necesidad de demostrar, por ejemplo, incumplimiento del mismo por la contraparte. El dogma “Geld hat man zu haben” se traduce en el ordenamiento jurídico alemán en el sentido de que el deudor responde con todos los medios financieros a su alcance. Dicho dogma alcanza, por supuesto, al Estado deudor, pues, en este ámbito, no hay razón para considerar al Estado de mejor condición que al particular.

5. El quinto epígrafe (E) constituye el núcleo duro de esta monografía (*Der Staatsnotstand als zahlungshemmende Einrede gegenüber privaten Gläubiger* –“El estado de emergencia como excepción frente el pago a acreedores privados”-). En él se aborda desde distintas perspectivas el significado y alcance del *estado de necesidad* y se desarrolla la tesis enunciada (*supra* 1). Así, en un primer apartado se califica la “colisión” que producen los intereses enfrentados –pago de deuda a los acreedores *versus* garantía de las necesidades básicas de la población- como una colisión entre distintas fuentes del Derecho (*rechtsquellenübergreifenden Konflikt*): “un conflicto diagonal” entre principios del Derecho internacional público y obligaciones contractuales privadas. A partir de aquí, se estudia el concepto de *estado de necesidad* desde la perspectiva del Derecho internacional público (DIPub); desde la perspectiva del Derecho internacional privado (DIPr); y, desde la perspectiva del Derecho de obligaciones y contratos alemán. En la primera perspectiva enunciada –perspectiva de DIPub- se describen las cinco características destacadas por el TIJ en su sentencia *Nagymaros* para que técnicamente pueda hablarse de *estado de necesidad*: la existencia de un *essential interest*; la existencia de un peligro grave (*grave and imminent peril*); la necesidad de que tal declaración sea la única vía posible para proteger el interés controvertido; la obligatoriedad de respetar –y no perjudicar- intereses esenciales de Estados aliados; y, las consecuencias de tal declaración, que deben ser sustanciales y no meramente incidentales. Pero sobre todo, se demuestra también en este epígrafe que tal perspectiva –de DIPub- no es aplicable frente a acreedores privados (de hecho, así lo matizó en su momento el Tribunal constitucional alemán –*BVerfG*, 8.5.2007, *supra* 1). Frente a acreedores privados, la norma que regula tal relación vendrá designada por la norma de conflicto aplicable –perspectiva de DIPr- (en el ordenamiento jurídico alemán, art. 3 EGBGB en relación con el Reglamento Roma I). Lo relevante de este apartado es que el autor demuestra como la aplicación del sistema conflictual puede, incluso *debe*

ponderarse a partir de ciertos expedientes clásicos del DIPr. Así, cobra especial importancia en este contexto la denominada *Datumtheorie* (“Teoría del dato”; al respecto, *vid.*, JAYME, J., *Internationales Privatrecht und Völkerrecht*, Heidelberg, 2003, pp. 38 ss.): en esencia, tal teoría defiende la toma en consideración del Derecho extranjero, no como derecho aplicable al fondo de la controversia, sino como hecho a considerar como parte del supuesto de hecho. Su plasmación legal se encuentra tanto en el artículo 12.2 del Reglamento Roma I como en el artículo 17 del Reglamento Roma II. En virtud de este expediente, el *estado de necesidad* debería ser considerado en la aplicación del derecho extranjero designado por la norma de conflicto.

Aceptada la “entrada” o “consideración” del *estado de necesidad* en el derecho civil por vía de la *Datumtheorie*, se dedica el último apartado de este epígrafe a la ubicación sistemática de tal figura en el derecho de obligaciones y contratos alemán. En este sentido, se propone considerar la obligación del Estado respecto de sus súbditos en el plano del derecho material y no en un escenario procesal posterior como el de la ejecución. Y así, se aboga por una interpretación analógica del § 275.3 BGB (titulado: *motivos de exclusión de la obligación de cumplir*) en este contexto. El motivo concreto que justifica la apreciación del *estado de necesidad* reside en su consideración como *ius cogens* de los Derechos humanos (*ius cogens der Menschenrechte*).

6. Desarrollada la tesis en cuestión, el sexto epígrafe (F) se dedica a demostrar la compatibilidad de la misma con el ordenamiento jurídico alemán (*rectius*, con la sistemática del ordenamiento jurídico). Se demuestra, por un lado, que la aceptación del *estado de necesidad* no es incompatible con el principio en virtud del cual, en el ámbito de las relaciones jurídico- privadas, los Estados y particulares deben ser tratados por igual. De hecho, existen ciertas excepciones a esta regla: supuestos en los que el Estado *padece* un trato más estricto (*BVerfG*, 22.2.2011, 1 BvR 699/06) y supuestos en los que el Estado *goza* de un mejor trato (por ejemplo, en su papel como actor del mercado de capitales). Por otro lado, se demuestra también que la tesis defendida no es incompatible con las obligaciones de derecho privado que dimanen del contrato (*Vertragstreue*), en tanto que el *contrato social* que asume el Estado con su población debe prevalecer frente al *contrato privado*. No en vano –afirma el autor– el ordenamiento jurídico no deja de ser producto o resultado del *contrato social*. Por fin, y debido al alto nivel de protección que merecen, también es convincente el argumento en torno al cual el “ciudadano- acreedor” (“*Bürger-Gläubiger*”) tiene preferencia respecto del acreedor privado de deuda pública (“*Anleihe-Gläubiger*”).

7. Dos breves epígrafes (G y H) y unas conclusiones (J) cierran esta monografía. En el primero de ellos, se insiste en la idea de que la excepción del *estado de necesidad* entendida en términos análogos a la excepción prevista en el § 275.3 BGB (*supra* 5) tiene efectos –de suspensión de pagos– *temporales*. En el segundo de ellos, se ponen de relieve las ventajas que derivan de asumir –en los términos descritos– la excepción del *estado de necesidad*. La más relevante, sin duda, la que afecta a la idea de *cooperación*: mediante el juego de esta excepción, las partes quedan obligadas *de facto* a una negociación sobre el pago de los intereses; una negociación que, en el mejor de los supuestos, puede incluso suponer un saneamiento o reestructuración de la deuda.

8. De lo hasta aquí escrito pueden extractarse una serie de conclusiones sobre la aportación que esta monografía supone al tema controvertido. Estas conclusiones serían: Primero, que la insolvencia de un Estado no es cuestión a tratar exclusivamente en perspectiva de Derecho internacional público; la insolvencia de un Estado debe tratarse, sobre todo, desde una perspectiva “diagonal”; una perspectiva de derecho público y derecho privado. Segundo, esta nueva perspectiva “diagonal” impone reconsiderar la jurisprudencia actual en esta materia. Tercero, en virtud de tal perspectiva, la excepción de *interés nacional* tiene aplicación en supuestos regulados por el derecho privado – como es el supuesto de emisión de bonos-. Cuarto, su aplicación en el ámbito del derecho privado se consigue por la vía de expedientes típicos del Derecho internacional privado: en este caso, por aplicación de la *Datumtheorie*. Y quinto: la aplicación de esta opción de perspectiva “diagonal” redundará en una mejor resolución del supuesto, pues acaba fomentando la *cooperación* entre las partes afectadas.

19. Cabe señalar, por fin, que la solidez de los argumentos empleados a favor de apreciar la excepción de *interés nacional* en el ámbito de la emisión de bonos, sugieren al lector una par de reflexiones: una, la que gira en torno a la justicia de las resoluciones judiciales y arbitrales dictadas en este ámbito; y, otra, la que gira en torno a su consideración en el futuro. Y es que, si finalmente se entienden, los argumentos aquí descritos acabarán imponiéndose, tanto en sede judicial como arbitral.

Miguel Gómez Jene
Universidad Nacional de Educación a Distancia