

LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y EL HARDSHIP.

James A. Graham^{1*} & Sebastián Partida^{2**}

Resumen

En ausencia de conceptos adecuados en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, los autores sugieren de interpretar dicho instrumento de manera que admita la figura del “*hardship*”, basándose en el principio de la buena fe y el *rebus sic stantibus*, para así demostrar la existencia de una obligación de re-negociación. Lo anterior se justifica en estos tiempos de crisis debido al Covid-19, donde más de un Estado no será capaz de cumplir con sus obligaciones convencionales internacionales.

Palabras clave

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados – Imprevisión - Fuerza mayor – Hardship – *rebus sic stantibus* – Principio de renegociación.

Con la pandemia del Covid-19³, se ha hablado mucho sobre las consecuencias de la crisis sobre la ejecución de los contratos comerciales. El caso tipo es en el cual el deudor ya no puede cumplir con su obligación de pago. En este contexto, se han invocado diversos conceptos como fuerza mayor y la teoría de la imprevisión, también llamada el *hardship*⁴, por ejemplo. Lo anterior puede plasmarse en el ámbito del Derecho internacional, con la situación en la cual un Estado ya no puede cumplir con lo pactado con otro(s) Estado(s), tratándose de préstamo, compensación, pago de cuota a una organización internacional, ejecución de un laudo arbitral,

^{1*} Profesor titular de la Universidad Autónoma de Nuevo León, titular de la cátedra de arbitraje internacional en la Escuela doctoral; titular de la línea de investigación de Derecho internacional público y Coordinador del Colegio de Derecho internacional. Profesor asociado de la Universidad de Monterrey, titular en posgrado de la cátedra de arbitraje internacional en el sector energético. Profesor asociado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Docencia de la Administración Pública del Estado de Nuevo León, titular de la cátedra de Derecho comparado en la Escuela doctoral. Profesor visitante del Diplomado de la Universidad de Paris 2 Panthéon-Assas en conjunto con la UDEM, titular de la cátedra de arbitraje internacional. Profesor visitante en posgrado de la Universidad Siglo XX, Coahuila, titular de la cátedra de Derecho constitucional internacional y de Arbitraje internacional. Socio y cabeza de la práctica arbitral de 3CT. Contacto: graham@3ct.com.mx.

^{2**} Doctor en Derecho, Senior Counsel en *Bouygues Construction*, y miembro del Centro de Investigación sobre la Justicia y la Solución de controversias, Universidad de Paris 2 Panthéon-Assas.

³ Vamos a utilizar de manera indistinta los términos de Coronavirus y Covid-19. El Corona virus es el agente que provoca la enfermedad denominada Covid-19 (Corona Virus Disease; y 19 por el año que surgió (2019)).

⁴ Es interesante notar que, a pesar de la frecuente confusión entre la imprevisión y el *hardship*, sus etimologías son en realidad muy distintas y deberían llevar a diferentes significados y teorías. El *hardship*, que apareció por primera vez en Inglaterra a principios del siglo XIII, y cuyo significado original era “la cualidad de ser difícil de soportar”, “severidad” o “dificultad dolorosa”, se basa en un elemento objetivo ya que apunta a un evento que dificulta la ejecución del contrato, pero no apela a la voluntad de las partes *a fortiori*. Al revés, viniendo del latín *praevisio*, pero en realidad más reciente, la imprevisión se basa en un enfoque subjetivo y precisamente en la falta de anticipación de las partes en el momento de la celebración del contrato.

entre otros⁵. En efecto, por la epidemia no prevista, el Estado tuvo que reestructurar su presupuesto. No solamente se tuvo que inyectar dinero en hospitales, materiales de seguridad, sueldos de médicos, etc., sino también tuvo que implementar paquetes financieros para relanzar la economía, y apoyar a las empresas en el inter. De la misma manera, se tuvo que apoyar económicamente a un número siempre creciente de desempleados, además de varios otros egresos. En esas condiciones, el Estado puede decidir que prefiere no pagar sus deudas con otros Estados, y tomar ese dinero para la salvaguardia de sus ciudadanos. Este “imprevisto” presupuestal puede ser fatal para países que tienen un alto grado de adeudamiento⁶. Por ejemplo, la deuda externa de Sri Lanka constituye el 48% de su presupuesto; 41% para el Líbano; 43% para Angola; 38% para el Salvador⁷.

Ahora bien, tomamos como premisa que el Estado, de buena fe, no tiene la postura de no cumplir con su obligación nunca más, sino que por el momento no puede. No sabe a partir de cuándo podrá cumplir de nuevo y tiene conciencia que la mora en el pago puede generar intereses. Total, el instrumento internacional tal como se había pactado ya no puede aplicarse *expressis verbis*. Se debe de renegociar el tratado para justamente adaptarlo a la situación actual y futura. Es de precisar, que la hipótesis no incluye la celebración de un nuevo tratado. Las bases son firmes e inamovibles por la voluntad de las partes. Son más los términos de ejecución y las tasas de intereses las que tienen que ser revisadas. Por lo tanto, no se considera una modificación del tratado sino su adaptación a las nuevas realidades.

Tal situación se denomina comúnmente el *hardship*. El mejor ejemplo es el art. 6.2.2 de los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales, que establece que un cambio fundamental de circunstancias que provoca un desequilibrio en el contrato, y genera una excesiva onerosidad para una de las partes, obliga a ambas partes de renegociar el contrato⁸. Sin embargo, nosotros consideramos el *hardship* de manera mucho más amplia, eliminando de la definición de Unidroit el concepto de la excesiva onerosidad, para definir el *hardship* como un desequilibrio del contrato provocado por un cambio fundamental de circunstancias. La definición adoptada corresponde al principio general del comercio internacional como lo atesta el Principio Trans-lex No. IV.6.7.⁹, y lo cual implica una obligación positiva de renegociación.

⁵ Cf el acuerdo del G20 de suspender el reembolso de las deudas de los países con bajo ingreso (G20 agrees debt relief for low income nations, *Financial Times*, 15/04/2020, <https://www.ft.com/content/5f296d54-d29e-4e87-ae7d-95ca6c0598d5>).

⁶ *From the Great Lockdown to the Great Meltdown: Developing Country Debt in the Time of Covid-19*, UNCTAD, 2020, https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/gdsinf2020d3_en.pdf.

⁷ <https://www.voanews.com/economy-business/coronavirus-crisis-fuels-push-forgive-poor-countries-debts>.

⁸ Hay “excesiva onerosidad” (*hardship*) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y: (a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato; (b) los eventos no pudieron ser razonablemente tomados en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato; (c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y (d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja (ver, entre otros: Almeida Prado, Mauricio. *Le hardship dans le droit du commerce international*, Bruselas, Bruylant, 2003).

⁹ https://www.trans-lex.org/935000/_/duty-to-renegotiate/: *Each party has a good faith obligation to renegotiate the contract if there is a need to adapt the contract to changed circumstances and the continuation of performance can*

Ahora bien, es obvio que si ambas partes están de acuerdo para simplemente suspender temporalmente el tratado¹⁰, o para renegociar los términos convencionales, no existe problema legal alguno. Pero, ¿si la contraparte se rehusa a renegociar por ejemplo? ¿O simplemente considera que no hay un cambio “fundamental” de las circunstancias? ¿Se puede imponer al acreedor una obligación de renegociación, si las circunstancias efectivamente han cambiado? En la negativa, ¿la Corte Internacional de Justicia (“CIJ”) puede adaptar el tratado a las nuevas realidades? ¿Existe tal principio o regla también para los tratados internacionales?

Analizaremos la regulación pertinente, a saber, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (“CV”¹¹), las reglas consuetudinarias, y el proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (“los Artículos CDI”)¹² (II). Sin embargo, primero eliminaremos todas las causas que parecen semejantes al *hardship*, mas no lo son como por ejemplo la fuerza mayor (I).

I – LAS CAUSAS INOPERANTES

La Convención de Viena no habla *expressis verbis* ni de la fuerza mayor ni de *hardship*, mas las disposiciones de los art. 61 y 62 CV son conceptos semejantes. Aun así, ni la fuerza mayor prevista por el primer artículo mencionado (A) ni el “falso” *hardship* establecido en el segundo artículo citado (B) son aplicables a nuestra hipótesis.

A - Fuerza mayor

¿Porqué decimos que en la Convención de Viena no existe tal cual el concepto de la *force majeure*¹³? Porque el art. 61 CV habla sólo de una imposibilidad de ejecución del objeto. Se trata de una forma de fuerza mayor restrictiva, porque su definición no cubre todos los posibles supuestos, visto que se trata únicamente de la “desaparición o destrucción definitiva” de un

reasonably be expected from the parties. Ver también en el marco de la Convención de Viena sobre la Compraventa internacional de mercaderías, la decisión belga la cual establece aunque dicho instrumento internacional no explícitamente lo preve, existe en caso de *hardship* una obligación de renegociar, visto que se trata de un principio general del comercio internacional (art. 79 y 7): Cour de cassation, *Scafom International*, 19/06/2009.

¹⁰ Ver la decisión de suspensión de las obligaciones de pago del G20, 15/04/2020; o la decisión del 8 de junio de 2020 de China de suspender bilateralmente el reembolso debido por 77 países.

¹¹ Vamos a continuar a referirnos a la CV, sin invocar la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, en la medida que para nuestro tema, las disposiciones pertinentes son idénticas.

¹² Texto adoptado por la Comisión de Derecho internacional en su quincuagésimo tercero sesión en 2001.

¹³ Para un estudio detallado sobre el concepto de la *force majeure*, véase: "Force majeure" and "Fortuitous event" as circumstances precluding wrongfulness: Survey of State practice, international judicial decisions and doctrine - study prepared by the Secretariat, *Yearbook of the International Law Commission*, 1978.60.

“objeto indispensable para el cumplimiento” del tratado¹⁴. Por lo tanto, en la hipótesis de una obligación financiera imposible de cumplir por la crisis del Covid-19, no se puede hablar de la desaparición o destrucción del peculio. La capacidad financiera en sí continúa subsistiendo, pero debido a las circunstancias, el dinero tiene que ir para el sector de la Salud, por ejemplo, en lugar de rembolsar los montos debidos.

Sin embargo, el concepto de la *force majeure* es también reconocido por el Derecho internacional consuetudinario, y codificado en el art. 23 de los Artículos CDI de una manera más amplia¹⁵. Sin embargo, no hay lugar a analizar su contenido visto que según el principal redactor de los Artículos CDI, James Crawford, la fuerza mayor no es aplicable sólo porque el cumplimiento de la obligación sea más difícil por la crisis económica:

force majeure does not include circumstances in which performance of an obligation has become more difficult, for example due to some political or economic crisis. Nor does it cover situations brought about by the neglect or default of the State concerned, even if the resulting injury itself was accidental and unintended¹⁶.

Y la jurisprudencia internacional va en el mismo sentido. En los asuntos de los *Préstamos Serbos*¹⁷ y *Brasileños*¹⁸, la Corte Permanente de Justicia Internacional (“CPJI”), antecesora de la actual CIJ, consideró que no importa que tan grave sea la situación financiera de un Estado, no existe una imposibilidad “material” de cumplir con la obligación financiera. Es así que en el caso brasileño, la Corte dijo:

66] "Force majeure."—The economic dislocation caused by the Great War has not, in legal principle, released the Brazilian Government from its obligations. As for gold payments, there is no impossibility because of inability to obtain gold coins, if the promise be regarded as one for the payment of gold value. The equivalent in gold value is obtainable.

Más recientemente, el *Rainbow Warrior* Tribunal, lo afirmó de nuevo:

¹⁴ Una propuesta mexicana para expandir el art. 61 CV a todos los casos de fuerza mayor fue descartado en la Conferencia de Viena por temor a comprometer gravemente la seguridad de las relaciones convencionales entre los Estados.

¹⁵ Artículos CDI, art. 23: “1. La ilicitud del hecho de un Estado que no esté de conformidad con una obligación internacional de ese Estado queda excluida si ese hecho se debe a un caso de fuerza mayor, es decir, a una fuerza irresistible o un acontecimiento imprevisto, ajenos al control del Estado, que hacen materialmente imposible, en las circunstancias del caso, cumplir con la obligación. 2. El párrafo 1 no es aplicable si: a) La situación de fuerza mayor se debe, únicamente o en combinación con otros factores, al comportamiento del Estado que la invoca; o b) El Estado ha asumido el riesgo de que se produzca esa situación”.

¹⁶ *ILC Commentary*, Art.23, #3

¹⁷ CPJI, *Payment of Various Serbian Loans Issued in France*, 12/07/1929.

¹⁸ CPJI, *Payment in Gold of Brazilian Federal Loans Contracted in France*, 12/07/1929.

New Zealand is right in asserting that the excuse of force majeure is not of relevance in this case because the test of its applicability is of absolute and material impossibility, and because a circumstance rendering performance more difficult or burdensome does not constitute a case of force majeure¹⁹.

No estamos de acuerdo con dichas interpretaciones. En efecto, hay que partir del principio general del *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, y considerar que no existe realmente un argumento para considerar que las obligaciones de pago no entren en los supuestos de la Convención de Viena sobre la suspensión del cumplimiento de la obligación convencional. Si es cierto que el art. 32 de la Convención de Viena estipula que se tomará en consideración los trabajos preparatorios para la interpretación de la Convención, los cuales indican que se rechazó la propuesta de incluir expresamente la hipótesis de las obligaciones monetarias²⁰, es también un hecho que el medio de interpretación de los *travaux préparatoires* es solamente complementario, si el sentido de la disposición es “ambigua” u “oscura”. Sin embargo, una interpretación de buena fe, ordenada por el art. 31 de la Convención de Viena, no puede afirmar que el término “obligación” es obscuro. Se trata de cualquier obligación convencional internacional. Sin embargo, aunque aplicado la force majeure a las obligaciones financieras, sólo queda definir la distinción entre imposibilidad y dificultad de cumplir con la obligación. Es así que en el asunto de las *Compensaciones rusas*, la CPA juzgó:

It is indisputable that the Sublime Porte proves, by means of the exception of force majeure that Turkey was, from 1881 to 1902, in the midst of financial difficulties of the utmost seriousness, combined with domestic and foreign events (insurrections, wars) which forced it to make special disposition of a large part of its revenues, to submit to foreign control of a part of its finances, to even grant a delay in payment to the Ottoman Bank, and, generally, it could satisfy its obligations only through delay and postponements, and even then at great sacrifice. But it is asserted, on the other hand, that during this same period and especially following the establishment of the Ottoman Bank, Turkey was able to obtain some loans at favorable rates, to redeem other loans, and, finally, to pay off a large part of its public debt, estimated at 350,000,000 francs. It would clearly be exaggeration to allow that the payment (or the securing of a loan for the payment) of the comparatively small sum of about six million francs due the Russian claimants would imperil the existence of the Ottoman Empire or seriously compromise its internal or external situation. The exception of force majeure cannot, therefore, be accepted²¹.

¹⁹ Ad hoc, *Case concerning the difference between New Zealand and France concerning the interpretation or application of two agreements, concluded on 9 July 1986 between the two States and which related to the problems arising from the Rainbow Warrior Affair*, 30/04/1990, #77

²⁰ Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session, Vienna, 26/03-24/05/1968, doc. A/CONF.39/11, *Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole, 62nd Meeting of the Committee of the Whole*, pp. 361-365.

²¹ *Rusia vs Turquía*, Laudo, 11/11/1912.

La crisis del coronavirus probablemente no hace imposible de pagar las deudas contratadas, sino que rinde la obligación de pago más difícil. Es por eso que la fuerza mayor no permite resolver nuestra hipótesis. Entonces hay que pensar en otro concepto como el *hardship*, el cual está previsto por la Convención de Viena, más de manera errónea.

B – El “*hardship*” de la Convención de Viena

El art. 62 CV prevé como una causante de terminación o suspensión del tratado, si existe un cambio “fundamental” de circunstancias, que no “fue previsto” en el momento de la celebración del tratado, y que esas circunstancias ahora cambiadas, fueron circunstancias que constituyeron “una base esencial del consentimiento” de las partes en obligarse por el tratado, y ese cambio tiene por efecto modificar “radicalmente” el alcance de las obligaciones que todavía deban cumplirse en virtud del tratado²². La suspensión de una obligación de pago puede ayudar al Estado deudor, sin embargo, no resuelve los muchos problemas tales como el plazo de la suspensión, los intereses moratorios, entre otros. Y la Convención de Viena no prevé ninguna obligación de renegociación de los términos del tratado²³. La CIJ confirmó en su fallo *Gabcikovo*, que el art. 62 CV es una excepción muy limitada al principio *Pacta sunt servanda*, que continúa a ser el axioma fundamental del Derecho de los Tratados:

The negative and conditional wording of Article 62 of the Vienna Convention on the Law of Treaties is a clear indication moreover that the stability of treaty relations requires that the plea of fundamental change of circumstances be applied only in exceptional cases²⁴.

Siendo el art. 62 “un coche que nunca dejó su garaje”²⁵, o que rompió la puerta al salir²⁶, tenemos que encontrar otras reglas de la Convención de Viena para justamente permitir la supervivencia del tratado en una situación de crisis.

²² Heche, Aymeric, “Les conditions d’application de la *clausula rebus sic stantibus*”, *RBDI*, 2014, p.322.

²³

²⁴ #104.

²⁵ Milanovic, Brexit, the Northern Irish Backstop, and Fundamental Change of Circumstances, *EJIL:Talk!* (18/03/2019), <https://www.ejiltalk.org/brexit-the-northern-irish-backstop-and-fundamental-change-of-circumstances>. Fitzmaurice habla de una mera posibilidad teórica la aplicación del art. 62 CV (Exceptional Circumstances and Treaty Commitments, in: DB Hollis (ed), *The Oxford Guide to Treaties*, Londres, Oxford University Press, 2012, p.618).

²⁶ En 1982 los Países Bajos suspendieron la aplicación de un tratado con Surinam que obligaba al primero a prestar asistencia para el desarrollo al segundo. Los Países Bajos la justificaron invocando un cambio fundamental de circunstancias, en particular el golpe de Estado que destruyó la democracia y provocó graves violaciones de derechos humanos. Para un comentario bastante crítico sobre el fondo y el procedimiento, véase: Bosma, D. “The Dutch-Surinam Treaty on Development Assistance: A Correct Appeal to A Fundamental Change of Circumstances?”, *Leiden Journal of International Law*, 1990, p. 201.

II – LA CAUSA OPERANTE

La piedra angular del Derecho de los tratados es la máxima *Pacta sunt servanda*, acuñada en épocas de la antigua Roma y redescubierta por Hostiensis, un cardenal católico del siglo trece. 700 años después, es de considerar que los contratos y los tratados ya no son actos moralmente vinculantes. Son operaciones que tienen que llevarse a cabo, sin importar las circunstancias. O mejor dicho, si hay cambio de circunstancias que alteren el contenido de las obligaciones pactadas, es necesario de poder adaptar dichos términos a las nuevas realidades. Como se ha señalado, el “contrato-obligación” del Código Napoleónico se transformó hoy en el “contrato-operación”²⁷.

En efecto, con esta concepción socioeconómica del contrato, que tiende a priorizar el pragmatismo sobre el dogmatismo, la finalidad del contrato consiste en hacerlo operativo, en adecuarlo al objetivo socioeconómico perseguido por las partes, lo que se hace yendo más allá de la realidad jurídica abstracta que constituye el pacto de voluntades. En otras palabras, la economía del contrato que representa el contenido material y no psicológico del contrato. Entonces, al contrario del postulado *pacta sunt servanda* de la Convención de Viena, no se trata de focalizarse en la ejecución de la obligación pactada en el tratado, sino, lo que importa es la realización de la operación socioeconómica proyectada. Plasmado en nuestra hipótesis del inicio, se trata entonces no tanto que a tal fecha pactada el Estado paga su deuda, sino que la deuda se remolse. Es por eso, que la solución a nuestra problemática parece residir en el principio doctrinal, elaborado por Gentilis, en el siglo XVI, a partir de la máxima *omnisconventio intelligitur rebus sic stantibus*. A suponer que existe tal principio en Derecho positivo (A), aún así se quedaría el problema de la identificación de una regla de Derecho internacional que obliga a las partes a renegociar el tratado (B).

A – La afirmación del *rebus sic stantibus*

Se considera el *rebus sic stantibus* como complementario del principio del *pacta sunt servanda*. Cada tratado incluye una cláusula implícita de *rebus sic stantibus*, como lo escribió Oppenheimer:

*every treaty implied a condition that, if by any unforeseen change of circumstances an obligation provided for in the treaty would imperil the existence or vital development of one of the parties, it should have a right to demand to be released from the obligation concerned*²⁸.

El profesor Kiss también sustentó que no se requiere una cláusula express del *rebus sic stantibus* en los tratados porque es entendido. Al apoyo de su afirmación, agrega un *dictum* de un tribunal comercial francés²⁹:

²⁷ Fokou, Eric, “L’apport épistémologique de la notion d’économie du contrat en matière d’interprétation”, *Les Cahiers de Droit*, 2016, p.715.

²⁸ *International Law*, 8^{va} ed., 1955, #53. “

²⁹ *Revue critique*, 1937, p. 95; *RGDIP*, 1938, pp. 497-498.

*En cualquier tratado internacional, la condición resolutoria siempre está implícita en el caso de que una de las partes contratantes ya no pueda cumplir las condiciones esenciales del tratado*³⁰.

A su vez, Basdevant en sus alegatos ante la CPJI en el asunto “*Zones franches*” lo estableció sin duda alguna:

*Es una norma reconocida del derecho internacional que las obligaciones internacionales derivadas de un tratado quedan nulas y sin efecto por el cambio de circunstancias, cuando, al menos, el cambio es de naturaleza suficientemente material.*³¹.

Es interesante señalar también que un razonamiento similar estuvo desarrollado por unos árbitros, a propósito de los contratos internacionales, apoyándose en la *lex mercatoria*:

*Cualquier transacción comercial se basa en el equilibrio de beneficios recíprocos y negar este principio equivaldría a hacer del contrato un contrato aleatorio, basado en la especulación y el azar. Es una regla de la *lex mercatoria* que las prestaciones permanezcan equilibrados*³².

Sin embargo, a nuestro parecer se habla de peras y manzanas. Basdevant habla de una “regla”, la cual por lo tanto siempre se aplica; Kiss habla de una cláusula implícita de *rebus sic stantibus*, la cual entonces es una presunción contractual reversible; el Tribunal comercial francés habla de una cláusula resolutoria implícita; y, finalmente, la *lex mercatoria*, una vez admitida su existencia, por definición no está destinada a aplicarse en relaciones que ponen en juego los intereses de un Estado. En realidad, la idea del *rebus sic stantibus*, cualquiera que sea su base - ya sea normativa o consuetudinaria - no es necesariamente terminar el contrato o el tratado, sino el poder cambiar los términos del contrato para adaptarlo a las nuevas circunstancias³³. El *hardship* en nuestra concepción.

³⁰ “*Dans tout traité international, la condition résolutoire est toujours sous-entendue pour le cas où les conditions essentielles du traité ne pourraient plus être exécutées par l'une des parties contractantes*” (Kiss, Alexandre Charles. “L’extinction des traités dans la pratique française », *AFDI*, 1959, pp. 784, 798).

³¹ “C’est une règle reconnue du droit international que les obligations internationales résultant d’un traité sont rendues caduques par le changement des circonstances, lorsque, du moins, ce changement a un caractère suffisamment important” (Exposé de M. J. Basdevant, représentant le Gouvernement français à la séance publique du 20 avril 1932 de la Cour permanente de Justice internationale (*Affaire des zones franches*), C.P.J.I., Série C, n° 58, p. 405).

³² “Toute transaction commerciale est fondée sur l’équilibre des prestations réciproques et nier ce principe reviendrait à faire du contrat un contrat aléatoire, fondé sur la spéculation et le hasard. C’est une règle de la *lex mercatoria* que les prestations restent équilibrées” (Laudo CCI n° 2291/75, *Clunet* 1976, p. 987).

³³ Bederman, David, J., “The 1871 London Declaration, Rebus Sic Stantibus and a Primitivist View of the Law of Nations”, *AJIL*, 1988, pp.1, 29.

Dicho eso, queda por aclarar si es entonces una regla consuetudinaria o una presunción contractual. El *Rapporteur spécial* para el proyecto de la Convención de Viena optó por una regla³⁴. Si fuera regla, sería una regla consuetudinaria, lo que implicaría la necesidad de la *opinio juris* de los Estados. Se puede considerar que, por ejemplo, la CJCE reconoció expresamente el carácter consuetudinario del *rebus sic stantibus*³⁵. En cuanto la CDI, también se expresó a favor de una regla consuetudinaria³⁶. En cuanto a la CIJ, es de manera rara que parece ser costumbre:

The Court has no need to dwell upon the question of the applicability in the present case of the Vienna Convention of 1969 on the Law of Treaties. It needs only to be mindful of the fact that it has several times had occasion to hold that some of the rules laid down in that Convention might be considered as a codification of existing customary law. The Court takes the view that in many respects this applies to the provisions of the Vienna Convention concerning the termination and the suspension of the operation of treaties, set forth in Articles 60 to 62³⁷ ;

Y agrega:

*The Court recalls that, in the **Fisheries Jurisdiction** case, it stated that "Article 62 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, . . . may in many respects be considered as a codification of existing customary law on the subject of the termination of a treaty relationship on account of change of circumstances" (I.C.J. Reports 1973,p. 63, para. 36)³⁸.*

Últimamente, el gobierno del Reino Unido también consideró sobre el Brexit que el *rebus sic stantibus* es una regla del Derecho internacional³⁹ (aunque la CV deja en claro que no se aplica a los tratados entre Estados (como el Reino Unido) y organizaciones internacionales (como la UE), excepto cuando se trata de tratados que son el instrumento constitutivo de esa organización o tratados que se adopten dentro de su propia organización⁴⁰). De cualquier manera, no es suficiente constar que la regla del *rebus sic stantibus* existe⁴¹. Hay que ver como esa cláusula de “resolución” conlleva una obligación de renegociar para obtener la posibilidad de cambiar unas cláusulas del tratado, sin terminarlo.

³⁴ Summary record of the 694th meeting, *op. cit.*, #11.

³⁵ CJCE, *A. Racke GmbH & Co. contre Hauptzollamt Mainz*, 16/06/1998, #53.

³⁶ *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v Iceland)*, Jurisdiction, 02/02/1973, #36; *Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v Iceland)*, Jurisdiction, 02/02/1973, #36; *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, 25/09/1997, # 46, 99, y 104.

³⁷ *Gabcikovo*, #46 (el subrayado es nuestro).

³⁸ *Gabcikovo*, #104 (el subrayado es nuestro).

³⁹ “Exclusive: The Geoffrey Cox legal advice that Theresa May hopes will save her Brexit deal”, *The Telegraph*, 18/03/2019.

⁴⁰ CV, art. 1, 3 y 5 – Vale la pena señalar que la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales de 1986, no ha entrado en vigor por falta de un número suficiente de ratificaciones.

⁴¹ Kulaga, Julian, “A Renaissance of the doctrine of rebus sic stantibus?”, *ICLQ*, 2020, p.477.

B – La obligación de renegociar

Paul Reuter en su época consideró que la CV puede dar pauta a una obligación de negociación en el marco del art. 61:

Plutôt que de dire que le changement fondamental de circonstances entraîne de piano [sic] caducité du traité, il serait plus conforme à la vérité de dire qu'il entraîne, pour les parties intéressées, obligation de négocier⁴².

En otras palabras, el *rebus sic stantibus* es una regla, y debe tener por consecuencia una renegociación, y no simplemente una terminación. La buena fe dicta la renegociación. Sin embargo, primero se debe de recalcar que no existe *a priori* una obligación general de negociar en el Derecho Internacional⁴³, como lo dijo la CIJ en el asunto de *Bolivia contra Chile*⁴⁴ sobre el acceso al mar. Además, el art. 33 de la Carta de las Naciones Unidas no es aplicable en nuestra hipótesis, a menos de que hubiera un peligro para la paz internacional⁴⁵, lo que es poco imaginable en nuestra hipótesis. Y aun así, si hubiera riesgo de conflicto, no existe una obligación de negociar tal cual sino sólo una obligación de resolver de manera pácifica la disputa:

The obligation imposed by the UN Charter is to settle disputes by “peaceful means”. One such means is negotiation, but there are many others, and there is no obligation to negotiate in preference to pursuing other means of peaceful settlement of disputes⁴⁶.

Sin embargo, el principio de la buena fe existe de manera general⁴⁷:

One of the basic principles governing the creation and performance of legal obligations... is good faith. Trust and confidence are inherent in international cooperation, in particular in an age when this cooperation in many fields is becoming increasingly essential. Just as the very rule of pacta sunt servanda in the law of treaties is based on good faith...⁴⁸

⁴² Reuter, Paul, *Introduction au droit des traités*, Ginebra, Graduate Institute Publications, 1985, #293.

⁴³ Combacau, Jean & Sur, Serge, *Droit international public*, 13ª ed., LGDJ, 2019, p. 604.

⁴⁴ *Obligation to negotiate access to the Pacific Ocean (Bolivia vs Chile)*, 01/1072018, #165.

⁴⁵ “Furthermore, any obligation arising under Article 33 of the UN Charter applies to disputes “likely to endanger the maintenance of international peace and security”, a condition which is plainly not met in this case”; *Obligation to negotiate access to the Pacific Ocean (Bolivia vs Chile)*, Rejoinder of Chile, 15/09/2017, #2.7.

⁴⁶ *Idem*, #2.5.

⁴⁷ Kolb, Robert, *La bonne foi en Droit international public. Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, Ginebra, IUHEI, 2000.

⁴⁸ *Nuclear Tests Case*, 20/12/74, # 46.

Y de manera especial en la Convención de Viena:

Advirtiendo que los principios del libre consentimiento y de la buena fe y la norma "pacta sunt servanda" están universalmente reconocidos⁴⁹.

Ahora bien, en el asunto del *Acceso al mar*, la Corte internacional estableció:

91. In international law, the existence of an obligation to negotiate has to be ascertained in the same way as that of any other legal obligation. Negotiation is part of the usual practice of States in their bilateral and multilateral relations. However, the fact that a given issue is negotiated at a given time is not sufficient to give rise to an obligation to negotiate. In particular, for there to be an obligation to negotiate on the basis of an agreement, the terms used by the parties, the subject-matter and the conditions of the negotiations must demonstrate an intention of the parties to be legally bound. This intention, in the absence of express terms indicating the existence of a legal commitment, may be established on the basis of an objective examination of all the evidence.

No pensamos que se negó la existencia de una obligación de buena fe en nuestra hipótesis. En efecto, lo que dice la Corte es que una obligación alegada debe tener una fuente, y dicha fuente tiene que comprobarse. Eso nos da, en nuestro caso de estudio, primero, la existencia de un tratado; segundo, el principio de buena fe; tercero, la regla consuetudinaria del *rebus sic stantibus*; y finalmente, el principio necesario y corolario de la buena fe, la obligación de renegociar si las circunstancias que dieron pauta al tratado han cambiado fundamentalmente. La Corte de La Haya no dice lo contrario, cuando decreta en su fallo *Gabcikovo*:

142. What is required in the present case by the rule pacta sunt servanda, as reflected in Article 26 of the Vienna Convention of 1969 on the Law of Treaties, is that the Parties find an agreed solution within the cooperative context of the Treaty.

El mencionado deber de cooperación también es inherente al *Pacta sunt servanda*, como lo repitió la Corte mundial en el asunto de *Las ballenas*:

*240. The Court observes that paragraph 30 and the related Guidelines regarding the submission of proposed permits and the review by the Scientific Committee (currently, Annex P) must be appreciated in light of **the duty of cooperation** with the*

⁴⁹ CV, Consideración tercero.

*IWC and its Scientific Committee that is incumbent upon all States parties to the Convention, which was recognized by both Parties and the intervening State*⁵⁰;

Y cuando un tratado ya no es funcional en virtud de las nuevas circunstancias, pues el deber de cooperación implica contundentemente la obligación de sentarse en la mesa y discutir las nuevas modalidades del tratado. Eso en particular que la gran mayoría de los tratados son relacionales y no transaccionales⁵¹. Como lo dice Macneil, en los primeros, los contratantes en lugar de rivalizar buscan cooperar para mutuo beneficio⁵². Y esa cooperación no es solamente una manera práctica para avanzar, sino además es una obligación legal inherente al *pacta sunt servanda*. Lo mismo se aplica en materia de los tratados, visto que la CIJ reconoció en su opinión consultiva sobre *Namibia*, que los tratados son “instrumentos vivos”⁵³; postura confirmada por el fallo de *Las ballenas*⁵⁴.

Total, la buena fe y el principio subsecuente del deber de cooperación exigen que, si se cumplen los requisitos del art. 62 CV a título de costumbre internacional, y en lugar de suspender o terminar el tratado, existe una obligación internacional para las partes de renegociar el tratado para adaptarlo a las nuevas circunstancias. Lo anterior no contradice la postura tomada por la Corte internacional en el asunto del *Acceso al mar*, la cual niega la existencia de una obligación general de negociar. “Nuestra” obligación de renegociar tiene una fuente específica, el tratado en sí mismo.

Con respecto a la facultad de la CIJ de adaptar el tratado, la vía que nos parece la más adecuada es la de una acción *ex aequo et bono*, tal como está previsto por el art. 38.2 del Estatuto de la Corte Internacional, solicitando a la Corte revisar y adaptar el tratado⁵⁵.

Conclusión

⁵⁰ *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, 31/03/2014.

⁵¹ Boismain, Corinne, *Les contrats relationnels*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005

⁵² *The New Social Contract: An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Heaven, Yale University Press, 1980

⁵³ *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, 21/06/1971

⁵⁴ *Whaling...*, *op. cit.*, #83 y 240. Para un estudio como las reglas de interpretación permiten de “leer” un tratado como un instrumento vivo: Linderfalk, Ulf, *On The Interpretation of Treaties. The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Berlin, Springer, 2007

⁵⁵ *Contra*: le juge saisi ne pourrait en aucun cas décider lui-même quelles sont les modifications qu’il faut apporter au traité, car un tel pouvoir dépasse manifestement l’étendue de la fonction judiciaire, mais il pourrait en revanche décider la caducité du traité dans le cas où ce serait l’Etat intéressé au maintien de l’ancien traité qui n’aurait pas satisfait à l’obligation de négocier, ou décider, au contraire, le maintien du traité quand ce serait l’Etat demandeur à la modification qui n’aurait pas épuisé ses devoirs de négocier (Reuter, *op. cit.*, #295).

No se puede concluir de manera general y abstracta en cual caso el Estado incumplidor tendría una excusa en lo que concierne a la crisis del Covid-19. En efecto, en primer lugar, las reacciones de los Estados a la crisis fueron y son demasiado diferentes. Entre eficiencia y un relativo rápido control de la situación⁵⁶, y una actitud que ignora la gravedad de la situación⁵⁷; entre países pequeños y países grandes⁵⁸; entre la edad general de la población⁵⁹ y la alimentación⁶⁰; etc., es muy complicado predecir cual Estado puede deslindarse de su obligación convencional sin responsabilidad. A eso se agrega, que cada uno puede interpretar los hechos bajo ángulos diferentes. Es así que con respecto a la “quiebra” de Argentina, dos tribunales arbitrales se pronunciaron de manera muy diferente sobre los mismos hechos. En 2005 el CMS Tribunal consideró que Argentina sí contribuyó a la crisis financiera que le tocó⁶¹, mientras que 18 meses después, el LG&E Tribunal, sobre los mismos hechos consideró que Argentina no contribuyó a dicha crisis⁶².

Si eliminamos todas las causas justificantes de terminación de tratado, nos queda el supuesto del *rebus sic stantibus*. No hay duda de que existe un cambio “fundamental” de circunstancias por la crisis del coronavirus, la cual de manera cierta no “fue prevista” en el momento de la celebración del tratado (en el supuesto que intervino antes de la crisis), y que esas circunstancias ahora han cambiado dramáticamente. Si se trata de un Tratado involucrando una obligación monetaria, no cabe duda que en virtud del Derecho consuetudinario las circunstancias constituyeron “una base esencial del consentimiento” de las partes en obligarse por el tratado, y ese cambio tiene por efecto modificar “radicalmente” el alcance de las obligaciones que todavía deban cumplirse en virtud del tratado. El problema consiste en medir el impacto financiero de la crisis sobre la capacidad de pago del Estado Deudor. En efecto, si en teoría un Estado siempre tiene dinero, su repartición es un tema diferente. Si hay que escoger entre cumplir con una obligación de pago en virtud de un reembolso de un financiamiento, por ejemplo, o abocar ese peculio a la protección de la salud de los ciudadanos, es comprensible que el segundo tiene que prevalecer. Si el material probatorio es suficiente, el Estado puede invocar la obligación de buena fe del otro Estado de renegociar los plazos para pagar. Sin embargo, si la contraparte objeta y considera que no hubo un cambio fundamental de circunstancias⁶³, se podría solicitar a la CIJ constar tal cambio, y ordenar a la contraparte a abrir las negociaciones. En caso de que las negociaciones no dieran

⁵⁶ Según la información pública disponible en la prensa: Taiwan, Nueva Zelanda, etc.

⁵⁷ EE. UU., México, Brasil

⁵⁸ Uruguay tiene una situación controlada con una población de más o menos 3.5M, mientras que EE. UU. tienen por ejemplo 328M de habitantes.

⁵⁹ Como por ejemplo Florida con un 20% de la población arriba de 65 años (<https://www.prb.org/which-us-states-are-the-oldest/>).

⁶⁰ México, verbigracia, tiene un 10% de su población con diabetes, siendo así el noveno país del mundo en la materia (<http://www.pmfarma.com.mx/noticias/1359-los-numeros-de-la-diabetes-en-mexico.html>).

⁶¹ *CMS Gas Transmission Company v. Argentina*, Laudo, 12/05/2005.

⁶² *LG&E Energy Corp, LG&E Capital Corp, and LG&E International Inc v. Argentina*, 03/10/2006.

⁶³ *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, *op.cit.*: “no obstante un cambio fundamental de circunstancias, un acto unilateral no es oponible a los demás. Quiere decir que si trasladamos lo dictado a nuestra hipótesis, dos opciones se presentan. El Estado notifica su suspensión de pago explicando el cambio fundamental de circunstancias y el acreedor acepta; tendríamos entonces un acuerdo mutuo. O el Estado acreedor rechaza que el cambio de circunstancias fue fundamental, y entonces sólo un juez o un árbitro podrá decidir si hay o no dicho cambio”.

resultados, sería la CIJ quien tendría la facultad, bajo el amparo de la regla consuetudinaria del *rebus sic stantibus*, de adaptar el tratado a las nuevas circunstancias. Sin embargo, cabe resaltar que, vistos los tiempos procesales de la CIJ, tal acción judicial no es la mejor solución. Lo ideal sería que las partes acepten un arbitraje, el cual, en plazos razonables, pudiera decretar la adaptación del tratado a las circunstancias actuales y futuras. Es así que se salvaría la “operación económica” cubierta por el tratado, y ambas partes pudieran obtener los beneficios esperados, mas no en los términos previstos de origen. Sin embargo, como dice el refrán, mas vale un mal arreglo que un buen pleito.