



ÍNDICE GENERAL

Agradecimientos 9

Prefacio 11

Prólogo 15

INTRODUCCIÓN

I. Objeto del trabajo 31

II. Justificación de la elección del tema. 38

III. La hipótesis formulada 41

IV. Técnicas empleadas para la investigación 42

V. Fuentes consultadas 43

VI. Objetivos perseguidos con el trabajo 44

VII. Metodología de la exposición 46

Capítulo Primero

DESCRIPCIÓN ECONÓMICA DEL SOBREENDEUDAMIENTO SOBERANO

1. Crédito soberano y deuda externa. Precisiones conceptuales 49

a) Deuda pública y crédito soberano 49

b) Deuda externa 50

1. Noción económica 50

2. Noción jurídica. 55

2. Evaluación del riesgo soberano en el mundo de las finanzas internacionales 59

a) Introducción. Generalidades 59

b) ¿Los países no quiebran? Insolvencia e iliquidez 60

c) Comparación de la evaluación del riesgo soberano y el empresarial 62

d) Medición del riesgo soberano. Sus limitaciones. Implicaciones 65

3. Los ciclos económicos y la deuda externa 68

a) Descripción del ciclo de la deuda 73

b) Crecimiento de la deuda externa durante la década de los setenta. Factores:

Euromercado, petrodólares y regulación bancaria. Gastos ineficientes. Dictadores 75

1. Generalidades 75

2. El desarrollo del euromercado 79

3. Reciclaje de petrodólares 80

4. El marco regulatorio de los bancos 83

I. "Dejar hacer y deshacer". "International Lending Supervision Act" de

Estados Unidos 83

II. La Regulación "Q" 88

III. El impacto de la normativa en la política crediticia 88

5. Uso ineficiente de los créditos contraídos 89

I. Fuga de capitales 90

II. Financiación de proyectos irrealizables 95

III. Financiación de estructuras monetarias inviables (esquema Ponzi) 99

IV. Corrupción 103

i) Zaire 103

ii) Indonesia 106

V. Dilapidación de los fondos 109

VI. Socialización de la deuda privada. 110

6. Regímenes dictatoriales como marco del endeudamiento externo 113

7. "Loan pushing" y las expectativas racionales de los bancos 115

8. Resultado de los factores 119

c) La década de los ochenta. Crisis de la deuda 122

1. Alza de los intereses 122

| | |
|---|-----|
| 2. Deterioro de los términos de intercambio | 126 |
| 3. La década de los ochenta. La contracción del crédito, el rol de las IFIs y la crisis de la deuda | 128 |
| I. Introducción | 128 |
| II. La respuesta de los acreedores frente a la crisis: del Plan Baker a la Iniciativa Brady | 131 |
| III. Los resultados de la aplicación del Plan Brady. Efectos colaterales | 136 |
| d) Evolución de la deuda. Los años noventa: El retorno del crédito y la falsa superación de la crisis | 139 |
| e) El rol del FMI durante los años ochenta y noventa. La condicionalidad de los créditos y los Programas de Ajuste Estructural. El consenso de Washington. Salvamentos financieros y azar moral | 143 |
| 1. Generalidades | 143 |
| 2. Consenso de Washington | 145 |
| 3. La condicionalidad de los créditos y los Programas de Ajuste Estructural | 147 |
| 4. Salvamentos financieros y azar moral | 152 |
| 5. El círculo del sobreendeudamiento | 153 |
| f) Iniciativas para la reducción de la deuda de los países pobres muy endeudados (HIPC) | 156 |
| 1. Su diagramación y contenido | 156 |
| 2. Resultados de la aplicación de la HIPC | 160 |
| 3. Análisis crítico | 160 |
| 4. Recapitulación | 164 |

Capítulo II

TEORÍA GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD POR CONCESIÓN ABUSIVA DE CRÉDITO

| | |
|--|-----|
| 5. Definiciones conceptuales | 167 |
| a) Introducción | 167 |
| b) El dinero | 168 |
| 1. El dinero en sentido estricto | 168 |
| I. El dinero es una posesión personal | 168 |
| II. Creación por ley | 169 |
| III. Denominación | 169 |
| IV. Medio universal de cambio | 169 |
| 2. El dinero bancario | 170 |
| 3. El crédito como objeto del contrato bancario | 172 |
| c) El riesgo | 174 |
| 1. Riesgo crediticio. Consideraciones generales | 174 |
| 2. Técnicas de evaluación del riesgo | 177 |
| 3. Relación entre el riesgo crediticio y la gestión de las entidades de crédito. Especial referencia a la determinación de los intereses | 179 |
| d) Contratos y actividad bancaria | 182 |
| 1. Conceptualización de la actividad y de los contratos bancarios | 182 |
| 2. Trascendencia social y económica de "lo bancario" | 188 |
| 3. La naturaleza jurídica de la actividad bancaria | 190 |
| 4. De la interrelación entre las normas de derecho público y de derecho privado en el derecho del mercado del crédito, en referencia a la responsabilidad de las entidades crediticias | 192 |
| 6. Teoría general de la responsabilidad por concesión abusiva de crédito | 195 |
| a) Introducción | 195 |
| b) Contextualización de la responsabilidad: la confianza y la apariencia | 198 |
| c) El crédito abusivo. Teoría general. Descripción material | 200 |
| 1. Crédito inoportuno. | 201 |
| 2. El crédito indigno y su inserción en la criminalidad organizada | 206 |

| | |
|--|-----|
| d) Naturaleza de la responsabilidad | 212 |
| e) Fundamentos de la responsabilidad | 215 |
| f) Requisitos para la procedencia de la responsabilidad civil | 219 |
| 1. Antijuridicidad | 219 |
| I. La importancia de la estructura del sistema legal de responsabilidad extracontractual y la política estatal en la economía | 219 |
| II. Deber de prudencia. Deontología bancaria | 221 |
| 2. Imputabilidad: culpa y dolo | 225 |
| 3. Perjuicios. Diversas clases | 233 |
| 4. Nexo de causalidad | 238 |
| I. La confianza y la apariencia como marco del nexo causal en la responsabilidad por otorgamiento abusivo de crédito | 238 |
| i) Delimitación conceptual | 238 |
| ii) La confianza como expectativa | 240 |
| iii) Especial referencia al capital social y los sistemas expertos | 241 |
| iv) Confianza y promoción de la eficiencia económica | 245 |
| v) La apariencia | 248 |
| vi) La confianza y la apariencia como generadores de responsabilidad | 251 |
| vii) Aspecto público de la confianza en la actividad bancaria | 253 |
| II. Nexo causal. Su debida contextualización | 254 |
| g) El caso especial de la responsabilidad frente al propio tomador | 261 |
| h) Eximentes de responsabilidad | 263 |
| 1. La conducta del tomador del crédito | 264 |
| 2. El dolo o culpa del acreedor perjudicado | 267 |
| 3. Fuerza mayor y caso fortuito | 272 |
| i) Aspectos procesales u operativos | 272 |
| 1. Responsabilidad extracontractual. La importancia de la naturaleza del daño | 273 |
| 2. La subordinación de créditos | 277 |

Capítulo III

ANÁLISIS COMPARADO DE LA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD POR CONCESIÓN ABUSIVA DE CRÉDITO

| | |
|--|-----|
| Aclaración previa. El sentido del recurso al derecho comparado | 281 |
| 7. Francia | 282 |
| a) Introducción | 282 |
| b) Antijuridicidad | 283 |
| c) Factores de imputabilidad | 285 |
| d) El deber de prudencia | 287 |
| e) Los perjuicios y su cuantificación | 291 |
| f) Relación causal | 293 |
| g) Aspectos procesales | 294 |
| h) Reclamaciones del propio tomador | 298 |
| i) El nuevo artículo L. 650 del Code de Commerce y la incertidumbre que generó | 301 |
| 8. Bélgica | 303 |
| a) Consideraciones previas sobre el sistema de responsabilidad civil | 303 |
| b) El desarrollo de la responsabilidad de los bancos | 304 |
| c) Los créditos abusivos. Aspectos generales | 306 |
| d) Responsabilidad frente a terceros | 310 |
| e) Responsabilidad frente al cliente | 312 |
| f) Garantías | 313 |
| g) Aspectos procesales | 314 |
| 9. Italia | 315 |
| a) Evolución del marco general de la responsabilidad por daños | 315 |
| b) Los fundamentos de la antijuridicidad | 316 |
| c) La conducta reprochada | 320 |

| | |
|---|-----|
| d) Elemento subjetivo | 324 |
| e) Los daños y el nexo causal | 326 |
| f) La naturaleza del reclamo, el sujeto legitimado y la competencia del juez | 329 |
| 10. Alemania | 332 |
| a) Sistema general de la responsabilidad civil. Encuadre general. Artículo 823, BGB | 332 |
| b) El artículo 826 del BGB. La configuración del elemento subjetivo | 333 |
| c) Suministro de información, los deberes de cuidado y la protección de los terceros | 336 |
| d) Garantías excesivas | 337 |
| e) Una importante reforma legal: artículos 241 y 311, BGB | 338 |
| f) El limitado rol de la subordinación de créditos | 339 |
| 11. Inglaterra | 340 |
| a) Enfoque general. El deber de cuidado en el “common law” | 340 |
| b) Sección 213 del Insolvency Act (1986): “fraudulent trading” | 342 |
| c) Sección 214 (3) del Insolvency Act (1986): “wrongful trading” | 343 |
| d) Directores en la sombra (“shadow directors”) | 346 |
| e) El crédito abusivo, las reglas concursales y la subordinación | 350 |
| 12. Estados Unidos | 352 |
| a) Generalidades | 355 |
| b) Disposiciones concursales | 354 |
| 1. Comentarios integradores | 354 |
| 2. “Equitable subordination” | 355 |
| 3. Comportamiento fraudulento | 357 |
| 4. Control por parte del banco | 361 |
| 5. Un caso especial: la “equitable subordination” en los grupos económicos | 364 |
| 6. Las normas concursales y el crédito abusivo | 366 |
| c) Algunas consideraciones sobre la especial situación en California | 367 |
| 13. España | 370 |
| a) Antijuridicidad. Responsabilidad profesional | 370 |
| b) Culpabilidad | 373 |
| c) Relación causal | 375 |
| d) Análisis de las limitaciones de la responsabilidad | 378 |
| e) La nueva ley concursal y la reparación de los daños | 379 |
| 1. Acciones de reintegración concursal | 380 |
| 2. La subordinación de créditos | 383 |
| 3. Relación entre la complicidad concursal y la hipótesis de subordinación de crédito | 386 |
| f) Abuso en la obtención de garantías | 388 |
| g) Corolario. Los créditos abusivos en el sistema legal español | 389 |
| 14. Argentina | 392 |
| a) Antecedentes. Introducción | 392 |
| b) La naturaleza comercial del acto ilícito del banco y las normas aplicables | 393 |
| c) Antijuridicidad | 394 |
| d) Evaluación de la culpa del banco | 395 |
| e) El nexo de causalidad | 398 |
| f) Los daños derivados de los créditos abusivos y la ineficacia concursal | 400 |
| g) Responsabilidad frente al prestatario | 403 |
| h) Los daños y cuestiones procesales derivadas | 403 |
| i) El reconocimiento judicial de la doctrina | 406 |
| j) Abuso en los créditos y en las garantías reales | 408 |
| 15. Sobreendeudamiento de los consumidores | 411 |
| a) Descripción general | 411 |
| b) Francia | 413 |
| c) Bélgica | 415 |

| | |
|--|-----|
| d) Italia | 415 |
| e) Alemania | 416 |
| f) Inglaterra | 418 |
| g) Estados Unidos | 418 |
| h) España | 421 |
| i) Argentina | 422 |
| j) Conclusiones sobre crédito al consumo | 423 |
| 16. Principios generales | 425 |

Capítulo IV

APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD POR CONCESIÓN ABUSIVA DE CRÉDITO AL ÁMBITO SOBERANO

| | |
|---|-----|
| 17. Introducción. Ubicación conceptual de la propuesta | 431 |
| 18. Insolvencia soberana. Diferencias con la insolvencia de los privados | 433 |
| a) Insolvencia soberana. Aproximación conceptual | 433 |
| b) Insolvencia soberana y privada: analogías. Excepciones al principio de “pacta sunt servanda” | 435 |
| c) Insolvencia soberana vs. insolvencia privada | 440 |
| 19. Propuestas de procedimiento para encauzar la insolvencia soberana | 446 |
| a) Breve historia de las ideas | 446 |
| b) Los Problemas de Acción Colectiva que intentan remediar las propuestas | 448 |
| 1. Carrera hacia la salida (“rush to the exit”) | 449 |
| 2. Carrera hacia los tribunales (“creditor grab race”). | 450 |
| 3. Acreedores egoístas (“free-riders”, “rogue creditors”, “hold-outs”) | 451 |
| 4. La financiación del insolvente | 455 |
| 5. “Default” oportunista | 455 |
| 20. Propuestas. Diversos esquemas | 458 |
| a) Modelos de insolvencia | 458 |
| 1. El derecho de insolvencia interno: el “U.S. Bankruptcy Code” | 459 |
| I. Capítulo 7 | 460 |
| II. Capítulo 11 | 460 |
| III. Capítulo 9 | 461 |
| b) Propuestas de modelos de insolvencia | 466 |
| 1. Oechsli | 466 |
| 2. Barnett, Galvis y Gouraige | 467 |
| 3. Cohen | 467 |
| 4. Raffer | 468 |
| 5. Kaeser | 474 |
| 6. Sachs | 474 |
| 7. Schwarcz | 474 |
| 8. Bulow | 475 |
| c) Aproximación contractual | 479 |
| 1. Eichengreen y Portes | 480 |
| 2. Grupo de Trabajo de Diputados del G-10. Rey Report (1996) | 481 |
| 3. Informe del Grupo de Trabajo de Cláusulas contractuales del G-10 (2002) | 482 |
| I. Diálogo fácil, coordinación y comunicación | 482 |
| II. Acción colectiva en procura del acuerdo. | 483 |
| III. Acciones legales dañinas | 483 |
| d) El debate actual. Propuestas en discusión. Análisis comparativo | 483 |
| 1. Mecanismo de Reestructuración de Deuda Soberana FMI/Krueger (2001, 2002, 2003) [SDRM] | 484 |
| I. Designación de los miembros del Foro | 485 |
| II. Activación, resolución y culminación | 486 |
| III. Créditos comprendidos. | 486 |

| | |
|---|-----|
| 2. Propuesta de Jubileo 2000: Procedimiento Arbitral Transparente y Justo [FTAP] | 487 |
| 3. CACs-Estados Unidos | 490 |
| 4. Análisis comparativo del SDRM, FTAP y CACs (U.S.) | 492 |
| I. Observaciones preliminares | 492 |
| II. CACs vs. Modelos de insolvencia | 493 |
| III. SDRM vs. FTAP | 497 |
| e) Palabras conclusivas sobre las propuestas | 498 |
| f) Los PACs en la jurisprudencia | 500 |
| 1. "Allied Bank International v. Banco Crédito Agrícola de Cartago"(1985) | 500 |
| I. Los hechos | 501 |
| II. La sentencia de primera instancia | 501 |
| III. Sentencia de segunda instancia | 502 |
| IV. El interés del gobierno de Estados Unidos y el "rehearing" | 502 |
| 2. "CIBC Bank and Trust Co. (Cayman) Ltd. v. Banco Centra do Brasil" (1995) | 505 |
| I. Los hechos | 505 |
| II. El juicio | 506 |
| III. La sentencia. Consideraciones | 507 |
| 3. "Pravin Banker Associates v. Banco Popular del Perú" (1997) | 509 |
| I. Los hechos | 509 |
| II. Los argumentos de las partes | 510 |
| III. La sentencia | 511 |
| IV. Comparación con "CIBC" | 512 |
| 4. "Elliot Associates v. Banco de la Nación and the Republic of Peru" (1998) | 513 |
| I. Los hechos | 513 |
| II. Las sentencias | 513 |
| 5. Algunas consideraciones finales sobre las sentencias. Proyecciones | 514 |
| 21. Deudas odiosas. Antecedentes históricos. Fuentes. Requisitos. Problemas prácticos | 515 |
| a) Consideraciones generales y actualidad del debate | 516 |
| b) Sack y los fundamentos de la doctrina | 517 |
| c) Evidencias de la doctrina de las deudas odiosas en el derecho internacional | 519 |
| 1. Costumbres internacionales | 520 |
| 2. Convenciones internacionales | 523 |
| 3. Principios de derecho internacional | 524 |
| 4. Doctrina | 527 |
| 5. Decisiones judiciales. El caso "Tinoco" | 528 |
| d) Aspectos probatorios | 531 |
| 1. Determinación de la ausencia de consentimiento | 531 |
| 2. Determinación de la ausencia de beneficio | 533 |
| 3. Determinación del conocimiento del acreedor | 534 |
| e) El carácter odioso de los créditos concedidos en la década de los setenta. Cesión de derechos. Problemas prácticos | 535 |
| f) Una propuesta alternativa: declaración previa del carácter odioso del gobierno | 539 |
| g) Casos más actuales. Irak y Sudáfrica | 542 |
| h) Comparación de la doctrina de las deudas odiosas con la responsabilidad por concesión abusiva de créditos | 544 |
| 22. El crédito soberano concedido abusivamente. La configuración de principios generales en el derecho internacional | 546 |
| a) Los principios generales que el derecho nacional destila en materia de crédito abusivo | 549 |
| Esquema de análisis y los presupuestos de la responsabilidad por concesión abusiva de crédito soberano | 550 |
| I. El crédito soberano concedido de manera abusiva | 551 |
| II. Créditos inoportunos | 552 |

| | |
|---|-----|
| III. Créditos indignos | 554 |
| b) Antijuridicidad | 556 |
| c) Imputabilidad | 561 |
| d) Los perjuicios | 566 |
| 1. Con relación a los acreedores anteriores | 568 |
| 2. (Excursus) El (no) privilegio formal del FMI y su ejercicio en la práctica | 570 |
| 3. Con relación a los acreedores posteriores | 573 |
| 4. Los Estados prestatarios | 574 |
| e) El nexo de causalidad | 575 |
| 1. Con relación a los acreedores anteriores | 575 |
| 2. Con relación a los acreedores posteriores | 579 |
| 3. El deudor soberano | 582 |
| f) Eximentes de responsabilidad | 582 |
| 1. La conducta del prestatario. Alcance de la responsabilidad por su propia insolvencia | 583 |
| 2. El dolo o culpa de la víctima | 585 |
| 3. Fuerza mayor y caso fortuito | 586 |
| g) Cuestiones procesales u operativas | 586 |
| 1. Con relación a los acreedores anteriores | 587 |
| 2. Con relación a los acreedores posteriores | 591 |
| 3. (Excursus) Responsabilidad de los intermediarios financieros frente a sus clientes por la venta de bonos públicos. El caso argentino | 594 |
| 4. El Estado prestatario | 594 |
| 5. La inmunidad judicial de las IFIs | 598 |
| 6. Recapitulación del esquema procesal | 601 |
| EPÍLOGO | 603 |
| I. Conclusiones finales | 603 |
| II. Asignaturas pendientes | 610 |
| ANEXOS | 613 |
| Tabla I. Evolución de la tasa de interés de la deuda (1970-1989) | 613 |
| Tabla II. Evolución del stock de deuda por región (1990-2000) | 614 |
| BIBLIOGRAFÍA | 615 |