

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



LA APROBACIÓN Y EL CONTROL DE LA DEUDA PÚBLICA EXTERNA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COSTARRICENSE

LIC. ALAN THOMPSON CHACÓN*

INTRODUCCIÓN

En publicaciones nacionales se ha escrito sobre los aspectos políticos, jurídicos y económicos de la deuda externa. Dentro de los aspectos jurídicos, sin embargo, poco se ha escrito sobre las normas que rigen la suscripción, aprobación y control de los empréstitos y otros convenios similares en Costa Rica, por medio de los cuales se ha instrumentado nuestra deuda pública externa.

¿Qué debe entenderse por empréstitos públicos externos y cuáles son su naturaleza y régimen jurídicos? ¿Cuál es el procedimiento que deben seguir el Gobierno y las instituciones públicas para llevar a cabo la contratación de tales empréstitos y de créditos externos en

general? ¿Cuáles son las instituciones que tienen a su cargo el control del endeudamiento público externo y de qué manera intervienen en el proceso? ¿Cuáles son los créditos externos que requieren aprobación legislativa y el alcance e implicaciones de esa aprobación?

Estas y otras interrogantes trataré de despejar en este ensayo, para lo cual tomaré en cuenta el marco constitucional y legal vigente, la doctrina sobre empréstitos públicos, varios criterios de la Procuraduría General de la República y la Contraloría General de la República y pronunciamientos recientes de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

I. CARACTERÍSTICAS Y FORMAS DE INSTRUMENTACIÓN DE LA DEUDA PÚBLICA EXTERNA

1. La noción de deuda.

Al referirnos a la deuda pública externa, un primer aspecto que debe determinarse es qué

tipo de transacciones u obligaciones se incluyen dentro del concepto de deuda.

Como se verá más adelante, tradicional-

* Abogado y notario. Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Ha sido jefe de Asesoría Legal del Banco Hipotecario de la Vivienda y asesor de la Dirección de Financiamiento Externo del Ministerio de Hacienda.

mente se ha considerado que el empréstito es la figura jurídica mediante la cual se instrumenta la deuda pública en general. Sin embargo, hoy en día ha dejado de ser la única y, sobre todo en el ámbito de la deuda pública externa, ha sido en gran parte suplantada por la suscripción de diversas formas de contratos de crédito que no constituyen empréstitos en sentido estricto.

Por ello, la realidad impone incluir dentro de la noción de deuda pública externa todo tipo de transacción que involucre directa o indirectamente un compromiso de pago. Así, puede tratarse de una emisión de títulos valores en serie por parte del Gobierno, lo cual corresponde al concepto de empréstito en sentido estricto, pero también puede tratarse de la emisión de títulos valores individuales, de la firma de un contrato de préstamo o apertura de crédito, acompañada o no de la suscripción de títulos valores, e incluso del otorgamiento de una garantía para responder subsidiaria o solidariamente por la deuda de otro sujeto.¹

Muy ilustrativa resulta la siguiente definición de deuda, que se ha utilizado en los convenios de refinanciamiento de la deuda pública costarricense con los bancos privados extranjeros:

"Deuda. Significa, para cualquier persona, toda (I) deuda que tal persona por o en conexión con dinero prestado, o por el precio de compra diferido de propiedad o de servicios (inclusive, sin limitación, obligaciones de reembolso bajo o con respecto a una carta de crédito o aceptación bancaria y la obligación de pagar depósitos con o adelantos a tal persona). (II) obligaciones bajo arrendamientos que hayan sido o deban registrarse como arrendamientos capitalizados con respecto a los cuales tal persona es responsable como arrendatario; (III) garantías directas o indirectas (inclusive avales sin limitación) de tal persona, con respec-

to a todas las obligaciones (contingentes o de otra índole) de tal persona, de comprar o bien, adquirir, o de otra manera, asegurar a un acreedor contra pérdida respecto a cualquier deuda u obligación a que se refieren las cláusulas (I), (II) ó (IV) de este párrafo, de cualquier otra persona; (IV) interés sobre cualquier deuda, garantía u obligación a que se hace referencia en las cláusulas (I), (II) ó (III) arriba; y (V) deuda y obligaciones a que se hace referencia en las cláusulas (I), (II), (III) ó (IV) arriba, aseguradas con (o para la cual el tenedor de tal deuda u obligación tiene un derecho existente, contingente o bien de asegurar con) cualquier gravamen sobre o en la propiedad de la cual es dueña tal persona, aun cuando tal persona no haya asumido personalmente, o llegado a ser responsable por, el pago de tal deuda u obligación, con tal que el monto de tal deuda u obligación sujeta a esta cláusula (V) se limite al valor justo de mercado de la propiedad así gravada".²

Obsérvese la amplitud de esta definición, que cubre prácticamente todas las modalidades posibles de endeudamiento.

2. La deuda pública.

En un sentido restringido, suele entenderse por deuda pública la deuda de la administración central, es decir, aquella que suscribe el Poder Ejecutivo en representación del Estado y que anualmente se incluye en el Presupuesto Nacional.

Como se sabe, de acuerdo con la Constitución Política y la Ley de la Administración Financiera de la República, el Presupuesto Nacional contempla los ingresos y gastos de la administración central, que incluye los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, el Tribunal Supremo de Elecciones y de la Contraloría General de la República.³

Ahora bien, la administración pública moderna es mucho más compleja, porque incluye toda una gama de instituciones públicas que no

1. Este último tipo de obligaciones, que no implican un compromiso directo pero sí eventual de pago, en la contabilidad bancaria se catalogan como pasivos contingentes.
2. Convenio entre el Banco Central de Costa Rica, la República de Costa Rica y el Bank of America National Trust and Savings Association como agente de varios bancos, segundo de los convenios aprobados en la Ley Nº 7010 de 25 de octubre de 1985.
3. Artículos 176 y 177 de la Constitución Política y artículos 31, 36 y concordantes de la Ley de la Administración Financiera de la República.

forman parte de la administración central del Estado.

En Costa Rica, el concepto más amplio es el contenido en el artículo 1 de la Ley General de la Administración Pública, según el cual la administración pública está constituida por el Estado y los demás entes públicos, cada uno con personalidad jurídica y capacidad de Derecho Público y Privado.

Con fundamento, se ha criticado esta definición por distinguir entre el Estado y los demás entes públicos, cuando lo correcto habría sido distinguir entre la administración central y los entes públicos que conforman la administración descentralizada, siendo ambas parte del Estado.⁴ Pero probablemente se pretendió dejar claro que es el Estado el que tiene personalidad jurídica, no la administración pública como tal. Esto último se ha sostenido, por ejemplo, en el caso de España.⁵

La definición del artículo 1 de la Ley General de la Administración Pública incluye a prácticamente todo órgano del Estado y ente público imaginable en Costa Rica, salvo un híbrido muy importante cual es el de las sociedades mercantiles con participación mayoritaria del Estado, que constituyen una modalidad de las llamadas "empresas públicas".⁶ Sin embargo, en Costa Rica diversas leyes y la misma jurisprudencia han sometido gran parte de la actividad de esas empresas, que no forman parte de la administración pública en sentido orgánico, a la normativa propia de las entidades de derecho público.⁷

Lo explicado nos lleva a un concepto más amplio de deuda pública, abarcando a todo el sector público, es decir, no la deuda de la administración central del Estado, que es la que se incluye en el presupuesto nacional, sino también la deuda de las instituciones públicas descentralizadas y de las empresas públicas organizadas como sociedades mercantiles.

Un concepto de deuda pública así, amplio, es el que se ha usado en los convenios de refinanciamiento de la deuda pública costarricense con los bancos extranjeros. En efecto, dentro de esos convenios se ha definido entidad del sector público así:

"Entidad del sector público quiere decir, el prestatario y cualquier Ministerio, departamento, autoridad, institución autónoma o empresa pública creada por ley, o cualquier sociedad u otra entidad en la que más del 50% del capital es propiedad o está controlado directa o indirectamente por la República".⁸

De manera similar, en el Reglamento para el Registro y Control de la Deuda Externa de las Instituciones del Sector Público Costarricense, emitido por la junta directiva del Banco Central de Costa Rica,⁹ se definió entidad (prestataria) así:

"Artículo 3.—Para los fines de este Reglamento se utilizarán las siguientes definiciones: (...)

- b) Entidad: Toda aquella persona física o jurídica costarricense compone la administración central, las instituciones des-

4. Véase BREWER CARÍAS, Allan R., *Comentarios sobre los principios generales de la Ley General de la Administración Pública en Costa Rica*, en *Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo*, San José, Colegio de Abogados-Asociación Costarricense de Derecho Público, 1981, pp. 35-37.

5. Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Editorial Civitas, t. I, 1975, pp. 19-20.

6. De acuerdo con la doctrina, el concepto de empresa pública incluye tanto a entes u órganos de Derecho Público cuya actividad es de naturaleza mercantil, como a las sociedades mercantiles en las cuales el Estado tiene más del cincuenta por ciento de las acciones. Véase VEDEL, Georges, *Derecho Administrativo*, Madrid, Aguilar Ediciones, 1980, p. 636 y ss. En nuestro medio, puede verse MURILLO, Mauro, *Ensayos de Derecho Público*, San José, Editorial Universidad Estatal a Distancia, 1988, p. 107.

7. Para un excelente análisis de la doctrina y jurisprudencia sobre empresas públicas y su régimen jurídico en Costa Rica, véase ORTIZ ORTIZ, Eduardo, *La empresa pública como ente público*, en *Revista Iustitia*, San José, N° 52, abril de 1991, p. 4 y ss.

8. Véase *supra*, nota 2.

9. Publicado en *La Gaceta*, N° 73 de 18 de abril de 1986.

centralizadas (autónomas y semiautónomas), las corporaciones municipales y cualquier otra que:

- Su presupuesto está sujeto a la aprobación de la Contraloría General de la República, o
- el Estado posea más del 50% de las acciones con derecho a voto, o esté representado por más de la mitad de los miembros de su Junta Directiva o Consejo de Administración".

De lo expuesto se desprende que el problema de la deuda pública externa de Costa Rica no ha sido un problema sólo de la administración central, sino también de las entidades públicas descentralizadas y empresas públicas.

Ahora bien, en la gran mayoría de los casos, los proveedores de fondos externos requieren que al compromiso de pago de estas entidades y empresas se adicione la garantía del Estado. Por ello, tales deudas son también suscritas por el Poder Ejecutivo y pasan a formar parte en definitiva de la deuda de la administración central del Estado.

3. La deuda pública externa.

Toda deuda es o puede llegar a ser un problema. Si se trata de deuda pública, la magnitud del problema es mayor, porque la deuda pública es en última instancia una deuda de toda la colectividad. Pero todavía más grave puede ser el problema tratándose de deuda pública externa, pues en este caso están

de por medio la balanza de pagos y el prestigio internacional del país. Además, como se sabe, el problema de la deuda pública externa, sobre todo la de América Latina, adquirió connotación de crisis mundial a partir de principios de la década de los ochenta.¹⁰

¿En qué se basa la distinción entre deuda interna y deuda externa? En principio parece sencillo, pero en la práctica no lo es dada la variedad de criterios que pueden utilizarse. Esta es una enumeración nada más ejemplificativa: la nacionalidad del acreedor, la residencia del acreedor, el domicilio del acreedor, el tipo de moneda, el lugar de contratación, el lugar de cumplimiento, la ley aplicable, la jurisdicción aplicable. Todos estos son criterios que pueden tomarse en cuenta, individualmente o en distintas combinaciones, para definir qué ha de entenderse por deuda externa.¹¹

Para Giuliani Fonrouge, lo determinante es el lugar de pago de la deuda. Así, se inclina este autor por la definición de obligación financiera internacional como "aquella que es adeudada en una o varias plazas extranjeras, siendo pagadera, además, en uno o varios centros financieros del exterior, mediante una transferencia de valores".¹² En sentido similar, se ha dicho que el empréstito es externo cuando el Estado obtiene los fondos fuera del territorio nacional, de otros Estados o de capitalistas residentes en el exterior, mientras que es interno cuando el dinero se obtiene dentro de la economía nacional, utilizando el crédito del Estado dentro de sus propias fronteras.¹³

10. No es el propósito de este ensayo analizar las causas de la crisis de la deuda externa, ni su contexto económico y político. Al respecto, el autor se permite recomendar la obra de KUCZYNSKI, Pedro Pablo, *Latin American Debt*, Baltimore, Twentieth Century Fund-The Johns Hopkins University Press, 1988. Para un excelente estudio basado en la teoría de la dependencia y las ideas de Raúl Prebisch, sugiero la obra de GRIFFITH-JONES, Stephany y SUNKEL, Osvaldo, *Debt and Development Crises in Latin America: The End of an Illusion*, New York, Oxford University Press, 1986. En el medio nacional, Romero Pérez ha criticado en diversos ensayos las políticas de los países industrializados y de los organismos financieros internacionales y abogado por soluciones amparadas al Derecho Internacional a la crisis de la deuda externa. En particular, puede verse ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique, *El Derecho Internacional como instrumento de solución al problema de la deuda externa*, en *Revista de Ciencias Jurídicas*, San José, N° 67, setiembre-diciembre, 1990, pp. 97-126, y *Aspectos jurídicos, Iniciativa de las Américas y deuda externa*, en *Revista de Ciencias Jurídicas*, San José, N° 68, enero-abril, 1991, pp. 97-139. Ambos ensayos incluyen una extensa bibliografía de referencia sobre el tema.

11. Un resumen de diversos criterios se encuentra en el ensayo de JIMÉNEZ SANDOVAL, Humberto, *La deuda pública externa: teoría y práctica*, en *Banca, Bolsa & Seguros*, San José, N° 1, mayo-junio, 1990, p. 28 y ss.

12. GIULIANI FONROUGE, Carlos M., *Derecho Financiero*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, vol. II, 1987, p. 1177.

13. CHASE PLATE, Luis Enrique, *Contratos de empréstito público*, en *Contratos Administrativos*, Buenos Aires, Editorial Astrea, t. II, 1982, p. 6.

Este criterio que atiende a la residencia del acreedor, junto con el tipo de moneda utilizada, son los más usados en la práctica. El hecho de que el acreedor sea residente en otro país es lo que compromete las relaciones internacionales del deudor en el ámbito comercial y económico. Por su parte, la utilización de moneda extranjera es lo que somete al deudor a la soberanía monetaria de otro Estado y a eventuales problemas de balanza de pagos.

En sentido estricto, debe diferenciarse entre el concepto de domicilio, que implica permanencia, y el de residencia, que puede ser meramente temporal.¹⁴ En el ámbito de la deuda externa, es común el uso indistinto de ambos términos o el énfasis en el concepto de residencia, que es más amplio.

La práctica en Costa Rica ha sido considerar deuda externa el conjunto de obligaciones pagaderas a acreedores domiciliados o residentes fuera del país, tanto las pactadas en moneda extranjera como en moneda nacional.

En los convenios de refinanciamiento se ha definido deuda externa así:

"Deuda externa. Significa, para cualquier persona:

- a) Todas las obligaciones de tal persona para retrocomprar moneda legal de la República bajo cualquier facilidad del FMI, o
- b) Toda deuda de tal persona, que (I) sea o pueda ser pagable a opción del receptor del pago en moneda extranjera (II) que sea pagable fuera de la República a una persona residente o que tenga su oficina central o lugar principal de negocios fuera del territorio de la República..."¹⁵

Por su parte, en el artículo 3 del Reglamento para el Registro y Control de la Deuda Exter-

na de las Instituciones del Sector Público Costarricense se incluye la siguiente definición de crédito externo:

"Artículo 3.—Para los fines de este Reglamento se utilizarán las siguientes definiciones: (...)

- j) Crédito externo: Se considera crédito externo:
 - i) Compromiso financiero o comercial denominado en moneda extranjera que obliga al prestatario a realizar pagos a un prestamista residente en el extranjero, bajo condiciones preestablecidas en un contrato de crédito.
 - ii) Compromiso denominado en colones que deba ser pagado a un prestamista domiciliado fuera del país.
 - iii) Títulos expresados en moneda extranjera emitidos por el Estado costarricense o sus instituciones.
 - iv) Cualquier crédito externo originado en obligaciones contingentes cuyo servicio deba ser realizado por la entidad que avaló o garantizó."¹⁶

Obsérvese el uso, aparentemente indiscriminado, de los términos residencia en el inciso i) y domicilio en el inciso ii). Asimismo, obsérvese que en el inciso iii) se incluyen los títulos valores expresados en moneda extranjera, sin referencia al domicilio o residencia del acreedor. Esto podría explicarse porque, tratándose de títulos valores, es impredecible quién va a ser el tenedor a la hora de hacer efectivo el título. Por tal razón se estaría atendiendo en este caso al criterio de la moneda, ignorando el de la residencia del acreedor.

Cabe cuestionarse cuál es el sentido de incluir dentro del concepto de deuda externa obligaciones pagaderas en colones, aunque los acreedores sean personas residentes fuera del

14. Al respecto, véase PÉREZ VARGAS, Víctor, *Domicilio y ausencia*, en *Revista Judicial*, San José, N° 11, pp. 74-75.

15. Véase *supra*, nota 2. Las definiciones de deuda, deuda pública y deuda externa contenidas en los convenios de refinanciamiento suscritos por Costa Rica, corresponden a las utilizadas en general en este tipo de convenios. Véase, como referencia, el modelo de contrato incluido en *BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO, Transacciones financieras internacionales* (Emilio J. Cárdenas, Antonio Mendes y Ralph Reisner, editores).

16. Véase *supra*, nota 9.

país.¹⁷ La explicación más lógica me parece que está en lo que ya mencioné, la incidencia de esas obligaciones en las relaciones económicas internacionales del Estado. Como la moneda es local, en este tipo de obligaciones no está en juego la pérdida de la soberanía monetaria ni posibles problemas de balanza de pagos. Sin embargo, sí están en juego las relaciones del país con gobiernos e instituciones extranjeras y con instituciones financieras multilaterales, relaciones que se verían afectadas por el incumplimiento aunque las deudas hayan sido pactadas en moneda nacional.

El supuesto de deuda externa en colones es, sin embargo, poco usual, dado que los créditos externos concedidos a Costa Rica se pactan casi sin excepción en "moneda fuerte", siendo el dólar la de uso más extendido debido, como se sabe, al tradicional dominio de los Estados Unidos en el panorama económico mundial a partir de la segunda posguerra. Los pocos casos de que tengo referencia se refieren a préstamos del Banco Centroamericano de Integración Económica.

4. El empréstito como forma típica de instrumentación de la deuda pública.

En doctrina se considera el empréstito como forma típica de instrumentación de la deuda pública. "Existe empréstito —dice Giuliani Fonrouge— cuando el Estado recurre al mercado en demanda de fondos, con la promesa de reembolsar el capital en determinadas formas y términos y de pagar un interés periódico".¹⁸

El procedimiento de suscripción de un empréstito consiste en la emisión de títulos en serie para ser colocados en el mercado. La colocación puede efectuarse por intermedio de algún banco, por suscripción pública, por venta directa en bolsa o por licitación. El sujeto pasivo o deudor de la obligación emergente de un empréstito es el Estado, el sujeto activo o acreedor los portadores de los títulos y el objeto es el pago de un interés anual y la restitución del capital entregado. La obligación emergente del empréstito se materializa en un instrumento que se denomina título, obligación, bono o letra, a los cuales son aplicables las disposiciones sobre títulos valores del Código de Comercio.¹⁹

Sobre la naturaleza jurídica de los empréstitos públicos, existen en general tres corrientes doctrinales.²⁰ La primera ve en el empréstito público un acto o declaración unilateral de Derecho Público, producto del ejercicio de la soberanía del Estado. La segunda califica el empréstito público como un acto de soberanía legislativa. Finalmente, la tercera corriente concibe el empréstito como un contrato. Dentro de esta última se distingue entre aquellos que caracterizan el empréstito como un contrato de Derecho Privado y aquellos que lo caracterizan como un contrato de Derecho Público o contrato administrativo, siendo esta última la posición mayoritaria de la doctrina francesa.

En Costa Rica, la deuda pública interna se ha instrumentado usualmente en forma de empréstitos. En efecto, ya nos hemos acostumbrado a las constantes emisiones de bonos de

17. Es interesante señalar un caso especial en nuestro régimen jurídico, el del Banco Hipotecario de la Vivienda o BANHVI. El artículo 35 de la Ley N° 7052 de 13 de noviembre de 1986 requiere la aprobación legislativa de los créditos externos que contrate el BANHVI. Según el inciso e) del artículo 4 del Reglamento de esa ley, Decreto Ejecutivo N° 20210-P-VAH publicado en *La Gaceta*, N° 25 de 5 de febrero de 1991, se entiende por créditos externos aquellos pactados en moneda extranjera y pagaderos a un acreedor residente fuera del país, es decir, se exige la concurrencia de ambos aspectos, por lo que según el Reglamento no se consideraría crédito externo el concedido por un organismo extranjero al BANHVI si es en moneda nacional.

18. GIULIANI FONROUGE, *op. cit.*, p. 1179.

19. *Ibidem*, p. 1209 y ss. Aunque en doctrina hay discusión sobre el régimen jurídico aplicable a los títulos de la deuda pública, en nuestro país el Código de Comercio es claro al señalar, en su artículo 685, lo siguiente: "Los títulos de la deuda pública, acciones, obligaciones, bonos, cédulas hipotecarias u otros títulos valores regulados por este Código o por leyes especiales, se registrarán por este título en lo no prescrito por esas leyes".

20. ESCOLA, Héctor Jorge, *Tratado Integral de los contratos administrativos*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, vol. II, 1979, pp. 563-71. Véase también, GIULIANI FONROUGE, *op. cit.*, p. 1199, y ss.

Gobierno, cuyas características y condiciones se establecen en cada caso en un Derecho Ejecutivo emitido por el presidente de la República conjuntamente con el ministro de Hacienda. Con respaldo en esos bonos, depositados en custodia en el Banco Central de Costa Rica, se ha establecido la práctica de emitir los llamados "títulos de propiedad" del Gobierno, para efectos de adecuar los plazos y tasas de interés de los bonos de la deuda pública a las condiciones del mercado financiero.²¹

En cambio, en el caso de la deuda pública externa, lo usual en Costa Rica, como en muchos otros países en desarrollo, ha sido la suscripción por parte del Poder Ejecutivo y de las entidades descentralizadas de contratos de crédito que no constituyen empréstitos en sentido estricto, según se explica más detalladamente a continuación.

5. Otras formas de instrumentación de la deuda pública: Los contratos de crédito externo.

A partir de los años setenta comienza a generalizarse a nivel mundial el uso de contratos de crédito que no corresponden a la figura tradicional del empréstito, como forma de las instituciones financieras multilaterales y los bancos extranjeros de proveer fondos a los gobiernos e instituciones públicas de los países en desarrollo. En esta diversificación y simplificación de las formas de instrumentar la deuda pública externa influyó sobremanera la activa participación que en esa época la banca internacional empezó a asumir en la provisión de fondos a estos países.²²

La generalización de esta modalidad distinta del empréstito clásico ha provocado no pocas dudas en la doctrina. Álvarez-Gendín, por ejemplo, distingue entre los empréstitos propiamente dichos y los simples préstamos de la

administración pública. Partiendo de esta distinción, los contratos de crédito externo tendrían que considerarse simples préstamos y no empréstitos. Dice este autor:

"La administración pública contrata operaciones de crédito con determinadas entidades privadas o instalaciones bancarias o con particulares, lo que constituye simple préstamo; o bien con personas indeterminadas (colectivas o individuales) mediante la puesta en circulación de obligaciones, títulos, bonos, cédulas de crédito, con o sin interés, por suscripción pública, al tipo fijo de emisión o por debajo del mismo, o en pública licitación para mejorar el tipo de emisión o rebajar la prima prometida, o el interés, o combinando cualquiera de estas formas, constituyendo entonces los empréstitos".²³

Reveladoras de las dudas que existen en doctrina son las palabras de Giuliani Fonrouge, quien en relación con los créditos concedidos por bancos internacionales al gobierno argentino, dice en su obra lo siguiente:

"Aunque los detalles de las operaciones y las garantías o seguridades exigidas no han tenido difusión adecuada en nuestro país, ellas no parecen encuadrar en las que tradicionalmente corresponden al crédito público, aparte de vincularse con condiciones políticas no esclarecidas suficientemente, por lo cual es menester mantenerlas aparte, sobre todo porque en ciertos casos parecieran estructuradas como préstamos bancarios de Derecho Privado, y no como obligaciones de Derecho Público".²⁴

Gordillo, por su parte, resume muy bien la problemática de lo que él denomina "contrato de crédito sometido al derecho extranjero", en los siguientes términos:

"En el presente trabajo analizaremos este fenómeno, que deja virtualmente de lado los principios que informaran a las instituciones del derecho financiero y administrativo clásico. El

21. Véase el artículo 1) de la Ley N° 5768 de 13 de agosto de 1975 y el Decreto Ejecutivo N° 15966-H de 14 de enero de 1985.

22. Sobre las características e implicaciones de este proceso, puede consultarse a GRIFFITH-JONES y SUNKEL, *op. cit.*, p. 61 y ss.

23. ÁLVAREZ-GENDÍN, Sabino, *Tratado General de Derecho Administrativo*, Barcelona, Editorial Bosch, t. III, 1973, pp. 185-86.

24. GIULIANI FONROUGE, *op. cit.*, p. 1196.

contrato no se registrá por su derecho público interno, ni podrá ya en rigor llamársele verazmente 'empréstito público', pues esta frase evoca precisamente aquellos principios de Derecho Público que no le serán en los hechos aplicables. Aparece entonces en el marco jurídico internacional el contrato de crédito externo, sometido a un régimen propio, que se ubica entre el derecho internacional público y privado, y se conjuga con el derecho privado interno de los países desarrollados, sede habitual de los organismos o consorcios que actuarán en calidad de prestamistas. Es, en suma, un contrato del Estado sometido a un derecho extranjero al país deudor, lo cual escapa por completo a las previsiones y conceptos teóricos de los juristas habituados al régimen del derecho público interno de sus respectivos países en vías de desarrollo".²⁵

Considero que, si se acepta la naturaleza contractual de la figura del empréstito, los contratos de crédito externo pueden considerarse como una modalidad de empréstito. Así, la diferencia fundamental estaría no tanto en la finalidad de cada uno, que es sustancialmente la misma, sino más bien en su instrumentación: mientras el empréstito tradicional se instrumenta mediante una emisión de títulos en serie, el contrato de crédito se instrumenta, como su nombre lo indica, mediante la suscripción de un contrato directamente entre deudor y acreedor. En este tipo de contratos, el acreedor o acreedores están claramente determinados desde un inicio y las condiciones de pago se pactan de común acuerdo entre las partes, no unilateralmente al momento de la emisión de los títulos, como ocurre en el empréstito público tradicional.

Aún así, debe tenerse presente que el análisis de la figura del empréstito público ha estado siempre muy centrado en las potestades exorbitantes de Derecho Común que el Estado deudor mantiene frente a sus acreedo-

res, potestades típicas de la contratación pública. En los contratos de crédito externo, tales potestades prácticamente no existen y más bien, sobre todo cuando los deudores son países en desarrollo, el Estado es la parte débil frente a los bancos o instituciones extranjeras que otorgan los créditos.

Como regla general, en este ensayo utilizo el término empréstito o contrato de empréstito en sentido amplio, incluyendo como una de sus modalidades los contratos de crédito externo. De esta manera ha enfocado el punto nuestra Sala Constitucional, aunque sin mayor cuestionamiento, como veremos más adelante. En todo caso, debe tenerse presente lo dicho respecto al concepto clásico de empréstito en la doctrina.

Me refiero a continuación a los diversos tipos de contratos de crédito externo que se han utilizado en la práctica.

Tratándose de bancos comerciales, la figura contractual de uso más generalizado ha sido la de los llamados "préstamos sindicados", en los cuales grupos de bancos de diversas nacionalidades se organizan bajo la coordinación y representación de un banco agente, para otorgar préstamos o abrir líneas de crédito de gran cuantía a gobiernos e instituciones públicas locales.²⁶

Estos contratos incluyen una serie de cláusulas que protegen celosamente los intereses de los bancos participantes, en detrimento de la posición del gobierno o institución deudora. Una cláusula típica, por ejemplo, es aquella en la cual el gobierno o institución deudora renuncia a su jurisdicción y a la aplicación de la legislación interna de su país, para someterse a la jurisdicción y legislación de Londres o Nueva York, plazas ampliamente utilizadas por los grandes bancos internacionales y en las cuales, lógicamente, la legislación tiende a prote-

25. GORDILLO, Agustín, *El contrato de crédito externo*, en *Revista de Administración Pública*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, N° 97, enero-abril, 1982, pp. 426-27.

26. Sobre el concepto y las características de los préstamos sindicados, véase VILLEGAS, Carlos Gilberto, *Compendio jurídico, técnico y práctico de la actividad bancaria*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, t. I, 1986, p. 698 y ss. Asimismo, la figura se analiza en detalle en INTERNATIONAL LAW INSTITUTE, *International Borrowing: Negotiating and Structuring International Debt Transactions*, Washington, D.C., 1986, p. 299 y ss.

ger los intereses bancarios y comerciales sobre los intereses de los países deudores. Sin lugar a dudas, esta modalidad es la que más se aleja de la figura del empréstito público e incluso de la figura general del contrato administrativo.

Cuando los proveedores de fondos son instituciones financieras multilaterales, la forma de instrumentación de los créditos varía en función de la normativa propia de cada institución. En estos supuestos, existe la peculiaridad de que el país deudor generalmente se ha adherido previamente al tratado de creación de la respectiva entidad internacional, el cual contempla al menos a nivel general los mecanismos de financiamiento aplicables.

En el caso del Fondo Monetario Internacional, la provisión de fondos a sus países miembros generalmente es para enfrentar problemas de balanza de pagos y se instrumenta mediante mecanismos previstos en el Convenio Constitutivo y en los reglamentos y acuerdos del Fondo.²⁷ En los últimos años, el mecanismo más usual ha sido el de los llamados "convenios stand by", que no constituyen verdaderos contratos o acuerdos internacionales, sino únicamente la aceptación por parte del Fondo de una solicitud de fondos de un país miembro, basada en una carta de intenciones en la cual el país solicitante se compromete a una serie de medidas económicas exigidas por el Fondo como parte de su política de condicionalidad.

Tratándose de instituciones financieras multilaterales de fomento, como el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (el principal organismo integrante del Banco Mundial) y el Banco Interamericano de Desarrollo, lo usual ha sido el uso de contratos de crédito dirigidos al financiamiento de proyectos específicos. Este tipo de contratos son muy simila-

res a los que se utilizan en los préstamos sindicados, con las diferencias de rigor por tratarse de un único acreedor. Además, generalmente los contratos de crédito con agencias multilaterales no se someten a tribunales y leyes de un país determinado, como ocurre en los préstamos sindicados, sino que contemplan procedimientos de arbitraje y criterios de interpretación basados en el texto mismo del contrato. Pero, al igual que los préstamos sindicados, son también contratos de adhesión, en los cuales las posibilidades de negociación o de ejercicio de prerrogativas de Derecho Público por parte del gobierno o institución deudora prácticamente no existen.

En el caso del Banco Mundial, a partir de los años ochenta se estableció la modalidad de préstamos de ajuste estructural, que no se dirigen al financiamiento de un proyecto de inversión específico sino a promover cambios en la estructura económica y productiva del país deudor. El Gobierno de Costa Rica, como se sabe, ha suscrito a la fecha dos préstamos de ajuste estructural con el Banco Mundial y se encuentra en proceso de negociación un tercero.²⁸

Además de los concedidos por bancos comerciales y por instituciones financieras multilaterales, otra modalidad de créditos externos incluye los que se suscriben directamente entre dos gobiernos o instituciones gubernamentales. En estos casos, el mecanismo de financiamiento también varía en función de cada país. Ejemplos son los préstamos al amparo del programa PL-480 del Gobierno de los Estados Unidos, los préstamos del Gobierno de México amparados al Pacto de San José, los préstamos concedidos por el Fondo de Inversiones de Venezuela al Gobierno de Costa Rica y los empréstitos suscritos con el Institu-

27. Costa Rica ratificó la Segunda Enmienda al Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional, mediante la Ley N° 6223 de 27 de abril de 1978, publicada en el *Alcance* N° 93 a *La Gaceta* N° 105, de 2 de junio de 1978.

28. El PAE I fue aprobado por la Ley N° 6998 de 20 de agosto de 1985 y el PAE II por la Ley N° 7134 de 5 de octubre de 1989. Las implicaciones políticas y económicas de los programas de ajuste estructural son un tema sumamente polémico y sobre ello se ha escrito mucho en nuestro medio. La visión de quien sin duda ha sido el principal economista nacional involucrado en la puesta en ejecución de estos programas puede verse en LIZANO, Eduardo, *Programa de Ajuste Estructural en Costa Rica*, San José, Academia de Centroamérica, 1990.

to de Crédito Oficial del Gobierno de España. Cada uno de ellos tiene sus mecanismos operativos propios.

En este último tipo de créditos, a diferencia de los préstamos sindicados, ambas partes contratantes son personas de Derecho Público. Lo mismo ocurre en los créditos suscritos con organismos multilaterales como el Banco Mundial o el Banco Interamericano de Desarrollo, sólo que en estos casos, por ser dichos organismos sujetos con personalidad jurídica internacional, los créditos inevitablemente se ven sujetos a reglas de Derecho Internacional Público, entre ellas las contenidas en el tratado constitutivo de la propia organización.²⁹ Incluso, pueden configurarse como verdaderos tratados internacionales, como veremos más adelante.

En todo caso, como bien apunta Gordillo, sea que se trate de contratos de crédito externos regidos por el Derecho Internacional Público o el Derecho Internacional Privado, desde la

perspectiva del país deudor las diferencias en la práctica son mínimas, pues su posición generalmente es de obligada aceptación y adhesión a las condiciones fijadas por la parte acreedora.³⁰

6. La noción de crédito público.

En doctrina es común la referencia a la noción de crédito público, entendido como la aptitud o capacidad del Estado para obtener crédito. Así, Giuliani Fonrouge recoge una definición según la cual crédito público es "la aptitud política, económica, jurídica y moral de un Estado para obtener dinero o bienes en préstamo, basada en la confianza de que goza por su patrimonio, los recursos de que puede disponer y su conducta".³¹

Nuestra Constitución hace referencia a la noción de crédito público, al regular la aprobación legislativa de los empréstitos y otros convenios similares celebrados por el Poder Ejecutivo.

II. RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE LA DEUDA PÚBLICA EXTERNA

A. La suscripción y aprobación legislativa de los empréstitos públicos y convenios similares.

1. Alcances del inciso 15) del artículo 121 de la Constitución.

Sin duda la disposición constitucional más relevante en materia de deuda pública externa es el inciso 15) del artículo 121, que dice lo siguiente:

"Artículo 121.—Además de las otras atribuciones que le confiere esta Constitución, corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa: (...)

15) Aprobar o improbar los empréstitos o convenios similares que se relacionen con el crédito público, celebrados por el Poder Ejecutivo.

Para efectuar la contratación de empréstitos en el exterior o de aquellos

29. Dada la magnitud que alcanzó la crisis de la deuda externa, en los países deudores se ha abogado por enfrentarla globalmente, mediante principios y mecanismos propios del Derecho Internacional Público. Un resumen de diversas posiciones en este sentido puede verse en ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique, *El Derecho Internacional como instrumento de solución al problema de la deuda externa*, citado *supra*, nota 10. Pero los tribunales de los Estados Unidos han sido reacios a aceptar soluciones de este tipo y se han inclinado, con base en la legislación norteamericana sobre la materia, a considerar los empréstitos y créditos externos suscritos por gobiernos o instituciones públicas de países en desarrollo como transacciones mercantiles. Para muestra, los célebres casos: *Libra Bank Limited vs. Banco Nacional de Costa Rica*, 570 F. Supp. 870 (1983) y *Allied Bank International vs. Banco Crédito Agrícola de Cartago*, 757 F. 2d. 516 (1985).

30. GORDILLO, *op. cit.*, pp. 429-31.

31. GIULIANI FONROUGE, *op. cit.*, p. 1174.

que, aunque convenidos en el país, hayan de ser financiados con capital extranjero, es preciso que el respectivo proyecto sea aprobado por las dos terceras partes del total de los votos de los miembros de la Asamblea Legislativa".

En su texto original, este inciso requería la autorización legislativa al Poder Ejecutivo para negociar y celebrar empréstitos y convenios similares relacionados con el crédito público y la aprobación legislativa de los empréstitos y convenios una vez celebrados. Es decir, existía una doble intervención de la Asamblea Legislativa, anterior y posterior a la suscripción de los empréstitos. Mediante reforma constitucional introducida en 1968, se eliminó la necesidad de autorización legislativa previa.³²

No pocas dificultades de interpretación plantea este inciso 15) del artículo 121 constitucional, tanto en sí mismo como al relacionarlo con otras normas constitucionales, tal como se verá a continuación.

2. *Naturaleza jurídica de los empréstitos públicos.*

En la discusión sobre si los empréstitos tienen la naturaleza de actos unilaterales del Estado o contratos, es mi criterio que la Constitución tomó partido en favor de la segunda posición, prueba de lo cual es que habla de "empréstitos o convenios similares". Ahora bien, al requerir que sean aprobados por la Asamblea Legislativa, el problema de la naturaleza jurídica de los empréstitos en la Constitución se ha planteado en términos de su consideración como contratos administrativos o leyes.

Para este análisis es importante transcribir otras dos disposiciones constitucionales que se relacionan con el inciso 15) del artículo 121 antes citado:

"Artículo 140.—Son deberes y atribuciones que corresponden conjuntamente al Presidente y al respectivo Ministro de Gobierno: (...)

- 19) Suscribir los contratos administrativos no comprendidos en el inciso 14) del artículo 121 de esta Constitución, a reserva de someterlos a la aprobación de la Asamblea Legislativa cuando estipulen exención de impuestos o tasas, o tengan por objeto la explotación de servicios públicos, recursos o riquezas naturales del Estado.

La aprobación legislativa a estos contratos no les dará carácter de leyes ni los eximirá de su régimen jurídico administrativo. No se aplicará lo dispuesto en este inciso a los empréstitos u otros convenios similares, a que se refiere el inciso 15) del artículo 121, los cuales se regirán por sus normas especiales".

"Artículo 124.—(...)

La aprobación legislativa de contratos, convenios y otros actos de naturaleza administrativa, no dará a esos actos carácter de leyes aunque se haga a través de los trámites ordinarios de éstas".

Obsérvese que el inciso 19) del artículo 140 constitucional le da al Poder Ejecutivo la potestad de suscribir contratos administrativos en general. En el segundo párrafo aclara que la aprobación legislativa de esos contratos, cuando se requiera, no les da el carácter de leyes ni los exime de su régimen jurídico administrativo, pero acto seguido indica: "No se aplicará lo dispuesto en este inciso a los empréstitos u otros convenios similares, a que se refiere el inciso 15) del artículo 121, los cuales se regirán por sus normas especiales".

Por su parte, el párrafo segundo del artículo 124 no hace distinción alguna y dispone que los contratos, convenios y otros actos de naturaleza administrativa no adquieren el carácter de leyes aunque sean aprobados por la Asamblea Legislativa mediante los trámites ordinarios de una ley.

Es importante señalar que tanto el párrafo segundo del inciso 19) del artículo 140 como el párrafo segundo del artículo 124 fueron adicio-

32. Reforma introducida por la Ley N° 4123 de 30 de mayo de 1968.

nados por reforma a la Constitución introducida en el año 1975.³³

La Procuraduría General de la República sostuvo que, en virtud de la excepción del inciso 19) del artículo 140, los empréstitos públicos y convenios similares aprobados por la Asamblea Legislativa tienen la naturaleza de leyes ordinarias y no de contratos administrativos, de manera que la fuerza y valor jurídico de sus cláusulas es equivalente al de la ley.³⁴ Posición contraria venía sosteniendo la Contraloría General de la República, al resolver sobre licitaciones públicas relativas a la ejecución de obras con fondos provenientes de empréstitos externos. Para la Contraloría, la aprobación legislativa de los empréstitos no altera en absoluto su naturaleza de contratos administrativos y, por tanto, las cláusulas de los contratos de empréstito están subordinadas al Ordenamiento jurídico interno.³⁵

En agosto de 1990, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia se pronunció al respecto, con motivo de la consulta legislativa de un empréstito suscrito entre el Banco Interamericano de Desarrollo y el Instituto Costarricense de Electricidad, con la garantía del Estado.³⁶ Apoyada en el párrafo segundo del artículo 124 de la Constitución, en la resolución N° 1027-90 la Sala estimó que la naturaleza jurídica de los empréstitos es la de contratos administrativos, sólo que sujetos al régimen especial de aprobación legislativa previsto en el inciso 15) del artículo 121 constitucional, aprobación que no les da el carácter de leyes ni les cambia su naturaleza jurídico-administrativa.

Advierto que la Sala dio al término "empréstito" una connotación amplia, asimilándolo a contratos de crédito en los cuales el deudor es el Estado o un ente público.

Se desprende del criterio de la Sala una diversa interpretación, con la cual coincido, de la excepción contenida en el segundo párrafo del inciso 19) del artículo 140 de la Constitución Política, al integrar esa norma con el segundo párrafo del artículo 124 constitucional.

Mi opinión es que la frase final del párrafo segundo del inciso 19) pretendió eximir a los empréstitos públicos de lo dispuesto en el primer párrafo de este inciso. Es decir, los empréstitos no deben ser sometidos a aprobación legislativa cuando estipulen exención de impuestos o tengan por objeto la explotación de servicios públicos, como ocurre con los contratos administrativos en general, sino que deben ser aprobados por la Asamblea Legislativa en todo caso, según la norma especial del inciso 15) del artículo 121 constitucional.

Esta es, asimismo, la interpretación que se desprende de las actas legislativas referentes a la discusión de la reforma al inciso 19) del artículo 140 y al artículo 124 de la Constitución, reforma que se introdujo fundamentalmente con el fin de eliminar la figura de los llamados "contratos-leyes".³⁷

Ahora bien, la resolución de la Sala Constitucional es confusa al definir las consecuencias jurídicas de considerar los empréstitos como contratos administrativos, según veremos a continuación.

33. Ley N° 5702 de 5 de junio de 1975.

34. *Procuraduría General de la República*, oficio C-038-88, dirigido al Presidente Ejecutivo del Instituto de Desarrollo Agrario el 16 de febrero de 1988. Asimismo, oficio C-053-90, dirigido al Ministro de Hacienda el 4 de abril de 1990.

35. Esta tesis de la Contraloría se desarrolla, entre otros, en los pronunciamientos 100-87, 121-88 y 31-90 de su Dirección General de Contratación Administrativa, antes Departamento de Licitaciones.

36. *Sala Constitucional*, N° 1027-90 de las 17.30 horas del 29 de agosto de 1990.

37. Según palabras del entonces diputado Rodolfo Piza Escalante, hoy Magistrado de la Sala Constitucional y redactor de la resolución N° 1027-90 en comentario, lo que se pretendía era "que no se continúe calificando a esos contratos administrativos como contratos leyes por la sencilla razón de que son aprobados por la Asamblea Legislativa". Acta de la Asamblea Legislativa, sesión del Plenario N° 37 de 4 de marzo de 1975. Sobre la figura de los contratos leyes, es conocida en nuestro medio la obra de WOODBRIDGE, Paul, *El contrato ley*, San José, Editorial Costa Rica.

3. Los empréstitos públicos y las modificaciones a la legislación ordinaria.

Se ha planteado en la práctica la cuestión de hasta qué punto disposiciones incluidas en este tipo de contratos pueden establecer excepciones o modificar la legislación común. Un ejemplo, que es el que ha dado más de qué hablar, es el de los procedimientos especiales que este tipo de empréstitos suelen incluir en materia de contratación administrativa, diferentes en algunos aspectos a los procedimientos de la Ley de la Administración Financiera de la República y el Reglamento de la Contratación Administrativa.

Como acabo de explicar, con anterioridad a la resolución de la Sala Constitucional la Contraloría General de la República se había pronunciado en el sentido de que, por ser contratos administrativos, los empréstitos no pueden modificar ni establecer excepciones a la legislación en materia de contratación, contrastando con la posición de la Procuraduría que daba a los empréstitos aprobados por la Asamblea Legislativa el mismo valor de leyes ordinarias.

El pronunciamiento de la Sala Constitucional establece que la naturaleza jurídica de los empréstitos a que se refiere el inciso 15) del artículo 121 de la Constitución es la de contratos administrativos, no de tratados ni de leyes. Como bien lo indica la Sala, la aprobación legislativa de tales contratos corresponde más bien a una función tutelar de control político sobre el endeudamiento del Estado, es decir, al ejercicio de la función legislativa en sentido formal más que en sentido material.

Sin embargo, la Sala reconoce expresamente que tales contratos pueden introducir excepciones a la legislación ordinaria nacional, reconociéndoles así efectos jurídicos distintos de aquéllos propios de los meros contratos administrativos. Por ello, pareciera más bien que configura a los empréstitos como una categoría especial de contratos administrativos "sui generis", capaces en virtud de la aprobación legislativa de producir efectos similares a los de la ley.

Al delimitar hasta qué grado los contratos de empréstito pueden válidamente introducir

modificaciones o excepciones a la legislación ordinaria, la Sala Constitucional señaló en el considerando VIII de su resolución N° 1027-90 lo siguiente:

"VIII.—Consecuencia de todo lo anterior es, ante todo, la de que los contratos de préstamo no pueden significar compromisos de ejercer o de no ejercer el poder público en sí mismo, ni modificar o imponer la modificación de la legislación interna del país deudor en forma permanente, ni, mucho menos, establecer condiciones que atenten contra el orden público de ese país. Sin embargo, es universalmente aceptado que en esos meros contratos públicos se pueda excepcionar la aplicación de determinadas leyes u otras normas a la materia del contrato, razón por la cual precisamente deben ser 'aprobados' por el Poder Legislativo, sin que nada de ello los convierta en tratados o leyes en sí, pero tampoco que los haga inválidos o ineficaces siempre que tales excepciones sean temporales y razonablemente adecuadas al objeto del contrato; de manera que la desaplicación o excepción de la legislación común tiene como límites, no solamente la Constitución, lo cual es de principio, sino también aquellas normas o principios que correspondan al orden público, en su sentido específico".

En cuanto niega el carácter de ley a los empréstitos aprobados por la Asamblea Legislativa, el pronunciamiento de la Sala es acorde con la tesis sostenida con anterioridad por la Contraloría General de la República y se opone a la sostenida por la Procuraduría General de la República.

Sin embargo, el criterio de la Sala difiere también del de la Contraloría, en cuanto reconoce expresa e inequívocamente como válida la posibilidad de que en los contratos de empréstito se establezcan excepciones a la legislación ordinaria.

Como se aprecia en el considerando antes transcrito, la Sala establece principalmente tres límites a este tipo de excepciones. Primero, debe tratarse de excepciones temporales y razonablemente adecuadas al objeto del contrato. Segundo, no pueden contravenirse disposiciones de rango constitucional. Tercero, tales excepciones tienen también como límite "aquellas normas o principios que correspondan al orden público, en su sentido específico".

Sobre todo el tercero de esos límites adolece de falta de claridad, dada la ambivalencia del concepto de orden público. Sin embargo, sí parecen claros dos aspectos. Primero, que la Sala, al hablar de orden público "en su sentido específico", pretendió dar una interpretación restringida, no extensiva, a dicho concepto. Segundo, que al no objetar como contrarios a la Constitución ni al orden público ninguna de las cláusulas o procedimientos incluidos en el contrato de empréstito objeto de la consulta, la Sala estimó dichas cláusulas y procedimientos como válidos.³⁸

Sobre el posible conflicto entre las normas del contrato de empréstito y la legislación ordinaria, la Sala en su considerando IX se refirió específicamente a los procedimientos de licitación contenidos en el Anexo B del empréstito consultado. La Sala expresó que no consideraba "inusitada" ni "abusiva" la aplicación en primer lugar de las disposiciones del contrato y sólo en forma supletoria de las disposiciones legales ordinarias, ello en virtud del principio de especialidad del contrato, "frente al cual —dijo la Sala— solamente prevalecen las normas legales de orden público". Con esta última frase se admite una excepción a la aplicación de las normas del contrato sobre la legislación ordinaria, cual es las normas legales de orden público, concepto que, como se indicó anteriormente, no es unívoco.

No hay duda de que hay incongruencia en la resolución de la Sala Constitucional, en cuanto establece que los contratos de emprés-

tito mantienen la naturaleza de contratos administrativos a pesar de su aprobación legislativa, pero acepta que cláusulas de tales contratos modifiquen la legislación ordinaria y prevalezcan sobre ella.

Partiendo de que los empréstitos tienen la naturaleza de contratos administrativos y de la distinción que la misma Sala establece entre el contrato en sí y la ley que lo aprueba, es esta última —aprobada por la Asamblea Legislativa, no suscrita previamente por el Poder Ejecutivo como ocurre con el contrato— la que debe introducir las excepciones o modificaciones legales que se consideren necesarias para la ejecución del contrato de empréstito. Las actas legislativas referentes a la reforma de los artículos 140 inciso 19) y 124 de la Constitución son también esclarecedoras a este respecto.³⁹

A raíz de la resolución N° 1027-90 de la Sala Constitucional, la Procuraduría General de la República modificó su posición anterior.⁴⁰ Habrá que esperar futuras decisiones de la Contraloría General de la República, aunque debe tomarse en cuenta que, según el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, la jurisprudencia y los precedentes de la Sala Constitucional "son vinculantes erga omnes, salvo para sí misma".⁴¹

4. *Los empréstitos como contratos administrativos "sui generis" o contratos privados de la administración.*

El caso concreto que motivó la resolución N° 1027-90 de la Sala Constitucional fue, como

38. Tres aspectos problemáticos contenía ese empréstito en su Anexo B, relativo al procedimiento de licitaciones: el establecimiento de márgenes de preferencia para las industrias oferentes distintos a los fijados por la legislación nacional, la aceptación de sistemas de medida distintos a los fijados por la legislación nacional y el hecho de que únicamente se permitía participación en las licitaciones con fondos del empréstito a empresas de países miembros del Banco Interamericano de Desarrollo.

39. El entonces diputado Piza Escalante, al referirse al proyecto de reforma constitucional, distinguía entre el artículo primero de la ley aprobatoria de un empréstito, en el cual se aprobaría propiamente el contrato, y otros artículos de la ley aprobatoria, en los cuales podrían contemplarse exenciones y otras prerrogativas de rango legal. Véanse Actas de la Asamblea Legislativa, *supra*, nota 37.

40. Procuraduría General de la República, oficio C-016-91 dirigido al Ministro de Agricultura y Ganadería el 4 de febrero de 1991.

41. Llama la atención, sin embargo, que en la resolución N° 94-90, posterior al voto N° 1027-90 de la Sala Constitucional, la Dirección General de Contratación Administrativa de la Contraloría expresa que "los referidos contratos de préstamo no tienen la virtud jurídica de modificar la legislación ordinaria nacional, habida cuenta de que constituyen verdaderos contratos administrativos que, por lo mismo, se encuentran en una posición jurídica de subordinación respecto de las leyes formales y Reglamentos de la República, no pudiendo modificar o derogar, para el caso concreto que regulan, las disposiciones generales de estos instrumentos jurídicos". Incluso, en esta resolución se cita como apoyo el pronunciamiento antes citado de la Sala Constitucional.