

se dijo antes, un contrato de crédito entre el Banco Interamericano de Desarrollo (institución multilateral con personalidad jurídica internacional), el Instituto Costarricense de Electricidad (institución autónoma de Derecho Público costarricense) y el Gobierno de Costa Rica como garante.

La Sala se basó en un concepto amplio de empréstito y dio por sentado que se trata de una modalidad de contrato administrativo. Así dice parte del Considerando III de la resolución en comentario:

"...la denominación de 'empréstitos' designa simplemente los contratos de crédito en los cuales el deudor es un ente público, de manera que, tanto lo son aquellos contraídos por el Estado mismo, como deudor, cuanto por sus instituciones descentralizadas, municipalidades, corporaciones o, en general, cualquier persona de Derecho Público, y lo mismo si lo es a favor de un acreedor nacional o extranjero, público o privado, o inclusive, como en el caso de marras, de una entidad de carácter y con personalidad jurídico-internacionales, sin que en uno u otro caso cambien, ni tengan por qué cambiar su naturaleza, alcances o efectos, siempre contractuales en sí mismos —obligación de pagarlos puntualmente y garantizar su cumplimiento—, aunque resulten afectados también, en algún grado, por las reservas de Derecho Público que acompañan inevitablemente a su especial deudor —procedimiento de promulgación, requisitos de validez y eficacia, inembargabilidad de bienes, etc.—".

Como puede observarse, en ningún momento la Sala entró a analizar el concepto doctrinario de empréstito, que según hemos visto es mucho más limitado. Tampoco se cuestionó la Sala, a lo largo de la resolución N° 1027-90, si en estos casos podría hablarse de contratos de la Administración sujetos al Derecho Privado y no de verdaderos contratos administrativos, dado que se trata de contratos de adhesión, cuyas condiciones son fijadas por el Banco acreedor, y en los cuales ni la institución pública deudora ni el Gobierno de Costa

Rica como garante tienen posibilidad de ejercer las potestades que son características de la contratación administrativa en nuestro medio.

La Sala sí reconoció que la presencia del Banco Interamericano de Desarrollo como acreedor le da un carácter especial al contrato en cuestión, aunque las expresiones al respecto en la resolución no son muy precisas. Así, se dice que "por definición, el deudor ha de aceptar determinadas condiciones derivadas del tipo de operación y de los legítimos intereses del acreedor" y se justifican ciertos procedimientos incluidos en el contrato, como la sumisión al arbitraje en caso de conflicto, por ser "usuales y aceptados universalmente para esta clase de contrataciones", o por ser "consecuencia lógica del carácter internacional del Banco acreedor".

Al margen de estas imprecisiones, debe reconocerse que los empréstitos y particularmente los contratos de crédito externo tendrían que ser considerados como una modalidad *sui generis* dentro de los contratos administrativos en general. Esto es así, por varias razones que resumo a continuación.

En primer lugar, el hecho mismo de requerir aprobación legislativa los distingue como una categoría especial dentro de los contratos administrativos, según lo expresa la propia Sala Constitucional en la resolución N° 1027-90. Si bien la aprobación legislativa no altera la naturaleza administrativa de estos contratos, ya expliqué que la Sala acepta que los contratos de empréstito introduzcan excepciones y modificaciones temporales a la legislación común, lo cual resulta contradictorio dado que tienen rango inferior a la ley.

En segundo lugar, la suscripción de empréstitos está exenta del trámite normal de licitación pública y demás procedimientos aplicables a la contratación administrativa, por disponer así el artículo 3 del Reglamento de la Contratación Administrativa.⁴² Dado el tipo de necesidades que pretenden llenar los emprés-

42. El artículo 3 del Reglamento de la Contratación Administrativa dice lo siguiente: "Los contratos celebrados por la Administración, *excepción hecha de los laborales, los de empréstito y los de concesión de servicio público regulados por ley especial*, quedan sujetos a las disposiciones y procedimientos que establecen la Ley de la Administración Financiera de la República y el presente Reglamento; supletoriamente les serán aplicables, por su orden, los principios administrativos y los demás principios pertinentes del Ordenamiento jurídico costarricense" (el destacado no es del original).

titos y contratos de crédito externo en general, sería problemático someterlos al procedimiento previo de licitación. Por otra parte, la necesidad de este procedimiento pierde mucho de su sentido en vista de que el contrato debe ser aprobado por la Asamblea Legislativa por exigencia constitucional.

Finalmente, es claro que las prerrogativas de la administración que son típicas en los contratos administrativos no están presentes en los contratos de empréstito. En este tipo de contratos prácticamente no tienen aplicación el principio de continuidad de la ejecución del contrato, las potestades de dirección y control, la potestad de modificación y resolución unilateral y la potestad sancionatoria de la Administración.⁴³ Más bien, como ya lo he dicho, en los contratos de crédito externo el Estado o ente público deudor son la parte débil. Prueba de ello es la obligada sumisión a la jurisdicción y legislación del prestamista, "lo cual se considera jurídicamente válido y razonable", según se dice en el Considerando XI de la resolución N° 1027-90 de la Sala Constitucional.

Todo esto podría llevarnos a cuestionar si en el caso de los contratos de crédito externo, particularmente los suscritos con bancos privados extranjeros, estamos ante verdaderos contratos administrativos o más bien se trata de contratos de la administración sujetos al Derecho Privado. A esta última posición, según se vio anteriormente, parece adherirse Giuliani Fonrouge. Igualmente, Gordillo señala que en este tipo de contrato se quiebran los principios tradicionales del Derecho Público, incluso

cuestiona que se les pueda denominar empréstitos públicos.⁴⁴

A mi criterio, la trascendencia de la discusión es relativa pues, como señala García de Enterría,⁴⁵ hoy en día debe aceptarse que el contrato administrativo y el contrato privado no son realidades radicalmente diferentes, ya que prácticamente en todo contrato que celebra la administración pública se combinan elementos de una y otra rama del Derecho. Lo que ocurre en los contratos administrativos es —siguiendo al mismo autor— una modulación hacia normas y principios de Derecho Administrativo de la figura del contrato en el Derecho Privado, como consecuencia lógica de la participación de la administración pública, con sus potestades y la necesaria subordinación de su actuación al interés público. Así —concluye García de Enterría— a ciertos contratos en que tal modulación es particularmente intensa, por estar directamente vinculados al tráfico o actividad típica de un ente u órgano administrativo (la ejecución de obras y servicios públicos, en sentido amplio) se les llama administrativos y su conocimiento se atribuye a la jurisdicción contencioso administrativa.⁴⁶

Para parte importante de la doctrina del Derecho Administrativo, una de las características típicas y definitorias del contrato administrativo *strictu sensu* es la existencia de prerrogativas exorbitantes de Derecho Común a favor de la administración pública.⁴⁷ Sin embargo, García de Enterría considera exagerada la importancia atribuida a ese tipo de cláusulas para efectos de definir la figura del contrato administrativo.⁴⁸

43. Al respecto, véase ESCOLA, *op. cit.*, p. 593.

44. Véase *supra*, nota 25.

45. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La figura del contrato administrativo*, en *Revista de Ciencias Jurídicas*, San José, N° 26, mayo-agosto, 1975 p. 42 y ss. Igualmente, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 460 y ss.

46. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 472.

47. Al respecto véase ESCOLA, *op. cit.*, p. 103-105, 112.

48. Advierte este autor que tales prerrogativas no son exclusivas de los contratos administrativos, pues aparecen también en diversas formas en la contratación privada. Tampoco son intrínsecas a la figura del contrato administrativo, de manera que la separen radicalmente de la figura del contrato privado. Más bien, muchas de las prerrogativas exorbitantes de Derecho Común de la administración como contratante, son meramente el reflejo en la esfera contractual de las potestades públicas de las cuales es titular la administración pública en general. Véase GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 468, 470-71.

En nuestro medio, tradicionalmente se ha considerado que todo contrato suscrito por la administración pública se rige por el Derecho Administrativo y debe considerarse, por ende, contrato administrativo.⁴⁹ Sin embargo, la intervención cada día mayor de la administración pública en actividades industriales y mercantiles inevitablemente contradice cualquier posición rígida a ese respecto, más aún a partir de la entrada en vigencia de la Ley General de la Administración Pública en 1978.⁵⁰ La realidad es que múltiples contratos que celebran los bancos y otras empresas organizadas como entes de Derecho Público se rigen mayoritariamente por el Derecho Privado, de manera que sólo pueden denominarse contratos administrativos con base en un criterio subjetivo —el ser la Administración Pública parte contratante—, o bien por el hecho incuestionable de que, aún en tales contratos cuyo objeto se rige principalmente por el Derecho Privado, lo relativo a la competencia y al procedimiento siempre es materia de Derecho Administrativo.

Dada la conocida unificación de las vías contencioso administrativa y civil de hacienda, no tiene sentido en nuestro medio distinguir entre contratos administrativos y contratos privados de la administración para efectos de determinar la jurisdicción aplicable.⁵¹ En cuanto a la regulación de fondo, ocurre en Costa Rica lo usual: no existe un régimen jurídico sustantivo propio y unitario de los contratos administrativos, sino más bien diversas normas especiales o exorbitantes de Derecho Común que modifican en determinados aspectos las normas generales de la contratación privada. Dichas normas especiales de la contratación administrativa se encuentran principalmente en la Ley de la Administración Financiera de la

República y el Reglamento de la Contratación Administrativa, pero también dispersas en otras leyes y reglamentos.

Con base en estas consideraciones —muy elementales, pues la figura del contrato administrativo es polémica y un análisis a fondo excedería notablemente el ámbito de este trabajo— cabe formular algunas conclusiones aplicables a los contratos de empréstito público, particularmente a los contratos de crédito externo celebrados con bancos privados extranjeros.

No hay duda de que deben catalogarse como contratos administrativos desde un punto de vista subjetivo, dada la necesaria participación del Estado o un ente público como deudor. Asimismo, normalmente su finalidad está ligada a la ejecución de obras o servicios públicos. Ahora bien, en la medida en que la interpretación y ejecución de estos contratos se encuentren expresamente sometidas a la legislación comercial de un Estado extranjero y las potestades típicas de la administración pública estén ausentes, no es posible considerarlos como contratos administrativos *strictu sensu*. Se trata de contratos cuyo objeto se rige mayoritariamente por el Derecho Privado, sin que ello nos haga olvidar lo dicho respecto a la competencia y el procedimiento de suscripción, que siempre estarán sujetos a las normas y principios del Derecho Público de conformidad con nuestro Ordenamiento jurídico.

Recuérdese también que cuando se trata de contratos suscritos con organismos multilaterales o con otros Estados, entran también en juego aspectos de Derecho Internacional Público, más aún en los casos en que el empréstito llega a configurarse como un verdadero tratado

49. Con base, principalmente, en los artículos 92 de la Ley de la Administración Financiera de la República y 3 y 288 del Reglamento de la Contratación Administrativa.

50. Dice el artículo 3 de la Ley General de la Administración Pública: "1. El Derecho Público regulará la organización y actividad de los entes públicos, salvo norma expresa en contrario. 2. El Derecho Privado regulará la actividad de los entes que por su régimen de conjunto y los requerimientos de su giro puedan estimarse como empresas industriales o mercantiles comunes".

51. Véanse los incisos a) y c) del artículo 2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

internacional. Esto último será objeto de análisis más adelante.

5. *La modificación de los contratos de empréstito.*

Es común la renegociación de las condiciones de la deuda pública externa entre el Gobierno de Costa Rica y sus acreedores. Esto plantea el problema jurídico de si los acuerdos o convenios en los cuales se modifican las condiciones de empréstitos anteriores deben ser también sometidos a aprobación legislativa.

El inciso 15) del artículo 121 de la Constitución no hace diferencia alguna, pues se refiere genéricamente a la aprobación legislativa de los empréstitos y convenios similares que se relacionen con el crédito público. En consecuencia, no queda más que estimar que todo acuerdo o convenio de renegociación debe someterse también a aprobación legislativa.

Ahora bien, si un contrato de empréstito aprobado por la Asamblea Legislativa contempla expresamente la posibilidad de modificación o renegociación de algunas de sus condiciones por acuerdo entre las partes, considero que dichos acuerdos ulteriores no requerirían ir de nuevo a la Asamblea Legislativa. En este sentido se ha pronunciado la Procuraduría General de la República.⁵²

Pero toda modificación que no haya sido prevista al menos genéricamente en el contrato original, que implique cambios sustanciales o que de cualquier forma aumente o agrave compromisos previamente adquiridos por el Gobierno, tendría que ser sometida nuevamente a aprobación legislativa. En un caso concreto en que se pretendía cambiar el proyecto a ser financiado por un empréstito, la Procuraduría sostuvo, con toda razón a mi criterio, que por tratarse de un cambio sustancial se requería aprobación legislativa, pues lo contrario sería burlar lo dispuesto en el inciso 15) del artículo 121 constitucional.⁵³

B. *Modalidades de empréstitos públicos.*

1. *Empréstitos públicos y convenios similares.*

El inciso 15) del artículo 121 de la Constitución requiere la aprobación legislativa de los empréstitos o convenios similares que se relacionen con el crédito público, celebrados por el Poder Ejecutivo.

Como antes expliqué, el concepto tradicional de empréstito es el de una emisión de bonos en serie por parte del Gobierno, con el fin de obtener recursos mediante la colocación de esos bonos en el mercado. Los contratos de crédito externo, que pueden ir o no acompañados de la suscripción por el deudor de pagarés u otros títulos valores ejecutivos, no calzan dentro del concepto tradicional de empréstito.

Que el inciso 15) del artículo 121 constitucional se refiere no sólo a empréstitos en sentido estricto sino también a los contratos de crédito, es una cuestión que no ofrece duda. Ello por cuanto se habla de los empréstitos "o convenios similares" que se relacionen con el crédito público.

2. *Empréstitos públicos internos y externos.*

El inciso 15) del artículo 121 de la Constitución distingue tres modalidades de empréstitos públicos. En el primer párrafo se refiere en términos generales a los "empréstitos o convenios similares que se relacionen con el crédito público". En el segundo párrafo se refiere a "la contratación de empréstitos en el exterior" y a los empréstitos "que, aunque convenidos en el país, hayan de ser financiados con capital extranjero". Estos dos últimos son los que requieren aprobación legislativa por mayoría calificada de dos tercios del total de los miembros de la Asamblea Legislativa.

O sea que, según la Constitución, dentro de lo que he llamado empréstitos externos, que requieren aprobación legislativa por mayoría calificada, entran dos categorías: los empréstitos contratados en el exterior y los empréstitos contratados en el país pero financiados con

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

53. *Procuraduría General de la República*, oficio C-132-91, dirigido al Director de Financiamiento Externo del Ministerio de Hacienda el 30 de julio de 1991.

capital extranjero. El sentido de esta diferenciación no es del todo claro y da lugar a ciertas interrogantes, sobre todo ante la ausencia de discusión al respecto en las actas de la Asamblea Constituyente.

En primer lugar, ¿por qué poner énfasis en el lugar de la contratación? Por ejemplo, un empréstito entre el Gobierno de Costa Rica y una institución o empresa costarricense, pactado en moneda nacional, por el solo hecho de que la contratación sea efectuada en el exterior requeriría la aprobación legislativa por mayoría calificada.

A mi criterio, esto tiene sentido si se estima que, normalmente, la suscripción de un contrato en el exterior implica para el Gobierno la sumisión a la jurisdicción o a la legislación de ese lugar. Tal vez por eso el constituyente le dio más importancia al lugar de la contratación que al domicilio del acreedor.

El otro supuesto, el de empréstitos convenidos en el país pero financiados con capital extranjero, plantea el problema de qué ha de entenderse por capital extranjero. ¿Se entiende por capital extranjero moneda extranjera, o bien cualquier moneda, incluso nacional, que sea propiedad de extranjeros? Y en este último caso, ¿deben considerarse extranjeros los que no sean de nacionalidad costarricense, aunque vivan en el país, o bien los que no tengan su domicilio en Costa Rica?

En realidad, es difícil que estas interrogantes sobre el verdadero sentido del párrafo segundo del inciso 15) del artículo 121 de la Constitución se presenten en la práctica, debido a que, casi sin excepción, los empréstitos externos que suscribe el Gobierno son acordados con bancos o instituciones multilaterales domiciliados en el extranjero y además son pactados en moneda extranjera, o sea que no dejan lugar a dudas. En todo caso, la distinción es relevante únicamente para efectos de determinar si la aprobación legislativa debe ser por

mayoría simple o por mayoría calificada, lo cual tendría que determinarse con base en un análisis caso por caso.

3. *Empréstitos del Poder Ejecutivo y de las instituciones públicas descentralizadas.*

El inciso 15) del artículo 121 de la Constitución se refiere a la aprobación legislativa de empréstitos celebrados por el Poder Ejecutivo, por lo cual queda fuera de su alcance el endeudamiento de las instituciones y empresas públicas descentralizadas, salvo cuando el Poder Ejecutivo figure como garante. Esto último porque el otorgamiento de una garantía —como se sabe, la fianza y el aval son las más comunes— compromete aunque sea potencialmente los recursos del Estado.

En otras palabras, la Constitución Política sólo requiere la aprobación legislativa para los créditos externos en los cuales el Gobierno de la República figure como deudor o como garante. Los créditos externos que puedan suscribir directamente las entidades públicas descentralizadas sin la garantía del Gobierno —cosa poco usual pues los acreedores externos suelen exigir dicha garantía— quedan fuera de la regulación constitucional.

Una de las instituciones públicas descentralizadas que, dada la naturaleza de sus funciones, suele estar habilitada para contratar créditos externos sin necesidad de garantía expresa del Gobierno, y, por ende, sin necesidad de aprobación legislativa, es el Banco Central. Lo mismo se aplica en nuestro medio a los bancos comerciales del Estado, los cuales sí requieren la autorización del Banco Central de Costa Rica.⁵⁴

C. *Empréstitos públicos externos y tratados internacionales.*

1. *Disposiciones constitucionales sobre tratados.*

Al igual que los empréstitos públicos y

54. Artículos 87 de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica y 58 inciso 4) de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional.

convenios similares, los tratados internacionales deben ser celebrados por el Poder Ejecutivo y ser sometidos a la aprobación de la Asamblea Legislativa, según lo establece la Constitución.

Dice el inciso 4) del artículo 121 de la Constitución:

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

- 4) Aprobar o improbar los convenios internacionales, tratados públicos y concordatos.

Los tratados públicos y convenios internacionales, que atribuyan o transfieran determinadas competencias a un Ordenamiento jurídico comunitario, con el propósito de realizar objetivos regionales y comunes, requerirán la aprobación de la Asamblea Legislativa, por votación no menor de los dos tercios de la totalidad de sus miembros.

No requerirán aprobación legislativa los protocolos de menor rango, derivados de tratados públicos o convenios internacionales aprobados por la Asamblea, cuando estos instrumentos autoricen de modo expreso tal derivación".

Por su parte, el inciso 10) del artículo 140 establece lo siguiente:

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

- 10) Celebrar convenios, tratados públicos y concordatos, promulgarlos y ejecutarlos una vez aprobados por la Asamblea Legislativa o por una Asamblea Constituyente, cuando dicha aprobación la exija esta Constitución".

2. Diferencia entre tratados y empréstitos externos.

Teóricamente, la diferencia entre un tratado internacional y un empréstito público exter-

no no debería presentar problemas. El tratado es un acuerdo entre Estados u otros sujetos de la comunidad internacional, que se rige por el Derecho Internacional Público. Mientras tanto, el empréstito es un negocio jurídico contractual, de contenido esencialmente económico, que se rige por el Derecho Público o Privado interno de alguno de los Estados contratantes o eventualmente de un tercero.⁵⁵ Sin embargo, en la práctica la distinción puede no ser fácil cuando un empréstito se celebra entre dos Estados, o bien entre un Estado y un organismo con personalidad jurídica internacional.

La Sala Constitucional se planteó este problema en otra resolución, la N° 1026-90, concretamente al determinar si el convenio entre el Gobierno de Costa Rica y el Gobierno de los Estados Unidos al amparo del programa PL-480 constituye un tratado internacional o un empréstito.⁵⁶ El criterio de la Sala fue que constituye un tratado internacional, no sólo por ser suscrito entre Estados, sino también y principalmente por el contenido mismo del convenio, que "excede de lo que está previsto por el inciso 15 del artículo 121 de la Constitución Política, para participar también, de la naturaleza de los actos previstos en el inciso 4) del mismo numeral".

Los aspectos que exceden las previsiones de un simple empréstito son, según la resolución de la Sala, "otro tipo de deberes de Derecho Público" incluidos en el convenio, como son los compromisos que asume el Gobierno de Costa Rica de presentar proyectos de ley para regular determinadas materias, crear determinada clase de órganos regionales, eliminar ciertas disposiciones que había tomado anteriormente, etc.

De lo expuesto se concluye que, tratándose de empréstitos celebrados entre el Gobierno de Costa Rica y otros gobiernos u otros sujetos de la comunidad internacional con capacidad para suscribir tratados, deberá anali-

55. En estos términos plantea la distinción la Sala Constitucional, en la resolución N° 1027-90. La Sala se basa en la definición de tratado internacional contenida en la Convención de Viena. Dicha definición, aunque no contempla expresamente la existencia de tratados entre sujetos internacionales que no sean Estados soberanos, tampoco excluye o limita esa posibilidad.

56. Sala Constitucional, N° 1026-90 de las 16 horas del 29 de agosto de 1990.

zarse el contenido del respectivo instrumento a efecto de determinar si se trata de un empréstito o más bien de un tratado internacional.

Si se sigue el criterio establecido por la Sala Constitucional en la resolución número 1026-90, me parece que los préstamos de ajuste estructural suscritos entre el Gobierno de Costa Rica y el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento tendrían que considerarse tratados internacionales, pues aparte de tratarse de dos sujetos con capacidad jurídica internacional, las obligaciones que asume el Gobierno en este tipo de préstamos van aún más allá que las contenidas en el convenio PL-480.

Es interesante que en la resolución N° 1026-90 en comentario, la Sala Constitucional señala que el Convenio PL-480 excede de la naturaleza de un empréstito "para participar también" de la naturaleza de un tratado, es decir, el instrumento reúne características de ambas figuras. Siendo así, tendría que ser aprobado por la mayoría calificada prevista para los empréstitos externos, no simplemente por la mayoría absoluta que, según el párrafo primero del inciso 4) del artículo 121 en relación con el artículo 119 de la Constitución, se requiere para la aprobación de los tratados internacionales en general.

3. *Importancia práctica de la distinción.*

La determinación de si un instrumento suscrito por el Gobierno de la República constituye un empréstito o un tratado internacional tiene consecuencias prácticas importantes en nuestro medio.

Primero, el inciso 4) del artículo 121 de la Constitución exige la aprobación legislativa de los tratados y el inciso 15) del mismo artículo también exige la aprobación legislativa de los empréstitos públicos y convenios similares. Pero, como se acaba de mencionar, en el primer caso la aprobación es por mayoría absoluta de los votos presentes, salvo los tratados de tipo comunitario que requieren una mayoría

excepcional, mientras que en el caso de los empréstitos públicos externos la aprobación es siempre por mayoría calificada de dos tercios del total de los miembros de la Asamblea Legislativa.

Segundo, de acuerdo con el artículo 96 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, en el caso de la aprobación legislativa de los tratados internacionales la consulta legislativa previa a la Sala Constitucional es preceptiva, mientras que en el caso de los empréstitos es facultativa. Este es precisamente el punto que motivó la resolución N° 1026-90 de la Sala Constitucional, en el caso del convenio PL-480.

Tercero, el párrafo final del inciso 4) del artículo 121 constitucional exime de aprobación legislativa los protocolos de menor rango derivados de tratados, cuando el tratado haya autorizado expresamente tal derivación. Surge la duda de si podría aplicarse esta excepción a empréstitos, no obstante lo dispuesto en el inciso 15) del mismo artículo. Es decir, si un empréstito público externo se deriva de un tratado suscrito con anterioridad, ¿está dicho empréstito exento de aprobación legislativa?

El criterio de la Procuraduría ha sido que no, debido a la especificidad del inciso 15) del artículo 121 constitucional, salvo que el tratado haya definido las condiciones financieras de los posteriores empréstitos.⁵⁷

A mi criterio esta posición es aceptable, pero debe siempre exigirse que el tratado que contempló la suscripción de posteriores empréstitos haya definido con mucha precisión las condiciones de estos y, además, que haya sido aprobado por la mayoría calificada propia de los empréstitos externos. De lo contrario se estaría burlando la previsión del inciso 15) del artículo 121 de la Constitución, de manera semejante al caso de la modificación o renegociación de los empréstitos mencionados anteriormente.

En otra resolución, la N° 682-90, la Sala Constitucional indicó a la Asamblea Legislativa

57. Procuraduría General de la República, oficio C-053-90 dirigido al ministro de Hacienda el 4 de abril de 1990.

que no consideraba indispensable la aprobación legislativa de un convenio entre el Gobierno de Costa Rica y el Gobierno de España, por ser derivación de un tratado marco de cooperación anterior. Aunque aquí el convenio derivado no constituía propiamente un empréstito, sino más bien un convenio de cooperación técnica.⁵⁸

4. Competencia para suscribir tratados y empréstitos.

Corresponde a la Asamblea Legislativa aprobar los tratados y los empréstitos. Pero la negociación y suscripción corresponde al Poder Ejecutivo, según los incisos 10) y 19) del artículo 140 de la Constitución, que se refieren a la celebración de tratados y a la suscripción de empréstitos, respectivamente. Es decir, lo que la Asamblea Legislativa ejerce es una función contralora, de aprobación o improbación, aunque con diferente objeto en cada caso: en uno, las relaciones internacionales, en otro, el endeudamiento público.

Es importante señalar que, en vista de que su intervención es aprobatoria o improbativa, la Asamblea Legislativa no tiene competencia para renegociar o modificar el contenido de los tratados ni los empréstitos previamente suscritos por el Poder Ejecutivo.

¿Por qué digo que la celebración de tratados y la suscripción de empréstitos es compe-

tencia del Poder Ejecutivo? Porque según el artículo 140 de la Constitución, son facultades que "corresponden conjuntamente al Presidente y al respectivo Ministro de Gobierno" y, como se sabe, de acuerdo con el artículo 130 constitucional el Poder Ejecutivo lo ejercen el presidente de la República y los ministros de Gobierno en calidad de obligados colaboradores. Esto lo reitera la Ley General de la Administración Pública, que en el párrafo 2 de su artículo 21 señala que el Poder Ejecutivo lo forman el Presidente de la República y el Ministro del ramo.

Como en el caso de los tratados estamos ante el manejo de las relaciones internacionales, potestad del Poder Ejecutivo prevista en el inciso 12) del artículo 140 constitucional, el ministro indicado sería el de Relaciones Exteriores. En el caso de los empréstitos públicos, estamos más bien ante el manejo de la hacienda pública, también potestad del Poder Ejecutivo prevista en el inciso 7); por lo que el ministro indicado sería el de Hacienda.

La práctica ha sido que el ministro de Relaciones Exteriores intervenga también en la suscripción de los empréstitos públicos externos, aunque no directamente sino confiriendo plenos poderes al ministro de Hacienda o a representantes diplomáticos en el respectivo país. Esta misma forma de delegación suele utilizarse con respecto a algunos tratados internacionales.

III. MARCO LEGAL Y REGLAMENTARIO DEL ENDEUDAMIENTO PÚBLICO EXTERNO

En la sección anterior se examinó cómo está regulado el endeudamiento público externo a nivel constitucional, los problemas de interpretación que pueden existir y de hecho han existido en la práctica y el estado de la jurispru-

dencia al respecto. Esta sección se concentra en el marco legal, el cual define sobre todo la competencia de las diversas instituciones que intervienen en el control y aprobación del endeudamiento público externo. También se hace

58. Sala Constitucional, Nº 682-90 de las 17:15 horas del 19 de junio de 1990.

referencia a las principales disposiciones reglamentarias.

1. Ley de la Administración Financiera de la República.

A nivel legal, no existen disposiciones específicas que regulen la intervención del Ministerio de Hacienda en el trámite y aprobación del endeudamiento público externo. Sin embargo, no cabe duda de que el Ministerio de Hacienda es el órgano del Poder Ejecutivo competente en esta materia, dada su competencia general en el manejo de la administración financiera del Estado.

Así, el artículo 1 de la Ley de la Administración Financiera de la República dispone lo siguiente:

"La administración financiera de la República corresponde al Poder Ejecutivo y estará bajo la superior vigilancia del Ministro de Hacienda quien velará por su correcta realización y por la acertada organización de las oficinas que de modo inmediato han de llevar a cabo la gestión financiera nacional".

También contiene algunas disposiciones esta ley sobre la forma en que los recursos provenientes del crédito público deben incorporarse al Presupuesto Nacional, concretamente los artículos 41 y 53.

Es interesante señalar que el artículo 53 permite al Poder Ejecutivo hacer uso del crédito público interno "ad referendum", pero únicamente cuando fuere indispensable para cubrir los gastos autorizados en el presupuesto ordinario por no haberse producido las rentas previstas o para cancelar créditos de la deuda interna de modo que el total de la deuda pública no aumente ni sus condiciones resulten más onerosas para el Estado. En ambos casos se establece que el Poder Ejecutivo deberá someter la operación a conocimiento de la Asamblea Legislativa, a más tardar dentro del mes siguiente, para efectos de la aprobación previs-

ta en el inciso 15) del artículo 121 constitucional.

2. Ley de Planificación Nacional.

De conformidad con el artículo 10 de la Ley de Planificación Nacional,⁵⁹ los ministerios e instituciones autónomas y semiautónomas deben obtener la aprobación del Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica de previo a iniciar trámites para obtener créditos en el exterior. Además, al Ministerio de Planificación corresponde otorgar la aprobación final de los proyectos de inversión de los organismos públicos cuando incluyan financiamiento externo o requieran aval del Estado para su financiación, e incluso del sector privado cuando necesiten la garantía del Estado.

Dice el artículo 10 lo siguiente:

"Ningún ministerio u organismo autónomo o semiautónomo podrá iniciar trámites para obtener créditos en el exterior sin la previa aprobación de la Oficina de Planificación Nacional y Política Económica.

La aprobación final de los proyectos de inversión de los organismos públicos, cuando estos proyectos incluyan total o parcialmente financiamiento externo o requieren aval del Estado para su financiación, será otorgada por la Oficina de Planificación Nacional y Política Económica, en cuanto a su prioridad dentro del Plan Nacional de Desarrollo. Este último trámite de aprobación conjunta se seguirá también en el caso de proyectos de inversión del sector privado que necesiten el aval o garantía del Estado para su gestión financiera. La prioridad de cada proyecto se establecerá tomando en cuenta, entre otras cosas, los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo, todo sin perjuicio de lo que establece el inciso 15 del artículo 121 de la Constitución Política.

Para asegurar el cumplimiento de la política general de financiamiento externo, la Oficina de Planificación Nacional y Política Económica participará en las negociaciones de crédito para el sector público.

En lo referente a los bancos del Sistema Bancario Nacional, se mantienen vigentes las normas establecidas en las leyes del Banco

59. Ley N° 5525 de 2 de mayo de 1974.

Central de Costa Rica y del Sistema Bancario Nacional".

Obsérvese que, según esta disposición, la aprobación previa de MIDEPLAN es necesaria para "iniciar trámites para obtener créditos en el exterior". Esto en la práctica generalmente no se cumple, pues las instituciones descentralizadas e incluso los mismos ministerios tienden a gestionar por su cuenta los créditos externos en los que tienen interés.

Asimismo, se exige la aprobación final de MIDEPLAN de los proyectos de inversión de los organismos públicos "en cuanto a su prioridad dentro del Plan Nacional de Desarrollo". En la práctica, la intervención de MIDEPLAN ha llegado a exceder notablemente ese propósito, pues el citado Ministerio evalúa y aprueba cada proyecto en sus aspectos financieros, técnicos y administrativos. En todo caso, es conocida la limitada eficacia práctica que ha caracterizado al Plan Nacional de Desarrollo y otros instrumentos de la planificación pública en Costa Rica.

3. Leyes bancarias.

El artículo 87 de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica dispone que todo endeudamiento externo o emisión de títulos valores, por parte de los bancos del Sistema Bancario Nacional y las empresas financieras no bancarias, deberá contar con la aprobación previa de la Junta Directiva del Banco Central.

El texto del artículo es el siguiente:

"Todo endeudamiento externo, así como la emisión de bonos, títulos u otros valores mobiliarios por parte de los bancos del Sistema Bancario Nacional, o de las empresas financieras no bancarias, requerirán de la aprobación previa de la Junta Directiva del Banco Central.

La Junta Directiva deberá fijar límites máximos para el endeudamiento de los bancos y de las demás entidades sujetas a su control, de acuerdo con su diferente naturaleza. Dichas limitaciones se establecerán con base en la relación del pasivo total con el capital suscrito y pagado no redimido y las reservas patrimoniales, o por medio de cualquier otra razón financiera basada en el capital y las reservas de esos intermediarios financieros".

Por su parte, el artículo 121 de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica dispone que tanto el Gobierno como las instituciones públicas deberán solicitar un dictamen al Banco Central de previo a efectuar operaciones de crédito en el interior o en el extranjero.

Dice textualmente el citado artículo:

"Siempre que el Gobierno de la República tenga el propósito de efectuar operaciones de crédito en el extranjero, el Ministerio de Economía y Hacienda solicitará un dictamen del Banco Central, previo a la realización de la operación en trámite. Igual dictamen deberán solicitar también las instituciones públicas cuando traten de contratar créditos en el exterior.

El dictamen del Banco deberá basarse en la situación del mercado de divisas extranjeras, así como también en las repercusiones que pueda tener la operación en trámite en la balanza de pagos internacionales y en el volumen del medio circulante.

Cuando el Gobierno o las entidades mencionadas intenten contratar empréstitos en el interior del país, también deberán solicitar su dictamen al Banco, el cual lo emitirá con el propósito de dar a conocer su criterio sobre la conveniencia del proyecto, y de coordinar su política monetaria y crediticia con la política financiera y fiscal de la República.

El Banco hará publicar sus dictámenes en el Diario Oficial, salvo los que estime de carácter confidencial".

De la redacción de este artículo se desprende que el dictamen del Banco Central de Costa Rica es obligatorio, pero no vinculante. Sin embargo, como veremos más adelante, el artículo 7 de las leyes N° 6947 y N° 7010 le dio carácter vinculante a la opinión del Banco Central.

Finalmente, según el artículo 58 inciso 4) de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, los bancos comerciales de dicho Sistema pueden financiar sus operaciones con la contratación de empréstitos en el país o en el extranjero, previa autorización del Banco Central.

4. Ley de Creación de la Autoridad Presupuestaria.

El artículo 10 de la Ley de Creación de la Autoridad Presupuestaria⁶⁰ obliga a las instituciones del sector público no bancario a obtener autorización previa de la Autoridad Presupuestaria para negociar préstamos externos.

El siguiente es el texto de dicha norma:

"Ninguna institución del sector público, excepto las del sector financiero bancario, podrá negociar préstamos externos sin la autorización previa de la Autoridad Presupuestaria.

Para efectos de este artículo, la Autoridad Presupuestaria deberá pronunciarse en un término no mayor de diez días hábiles".

Es importante señalar que los bancos del Estado, el Banco Popular y de Desarrollo Comunal y el Banco Hipotecario de la Vivienda fueron excluidos del ámbito de control de la Autoridad Presupuestaria, por la Ley de Modernización del Sistema Financiero de la República.⁶¹

5. Leyes de reestructuración de la deuda pública externa.

La Ley N° 6947 de 27 de febrero de 1984, en la cual se aprobaron los contratos de reestructuración de la deuda pública externa de Costa Rica con varios bancos privados extranjeros, estableció que la contratación de créditos, tanto internos como externos, por parte de las instituciones y empresas públicas, debería contar con la autorización previa del Ministerio de Planificación y la Autoridad Presupuestaria y con el dictamen favorable del Banco Central.

El texto del artículo 7 es el siguiente:

"Ninguna institución pública del sector descentralizado del Estado, ni empresa en la que el Estado o sus instituciones posea más del cincuenta por ciento de las acciones, podrá contratar créditos, externos o internos, si no cuenta con la autorización previa del proyecto elaborado por el Ministerio de Planificación Nacional,

así como con el dictamen favorable del Banco Central de Costa Rica y la autorización de la Autoridad Presupuestaria. El dictamen que rinda el Banco, en relación con el crédito que se pretende contratar, resultará vinculante para la respectiva institución o empresa".

La Ley N° 7010 de 25 de octubre de 1985, en la cual se aprobaron nuevamente varios contratos de financiamiento del país con bancos privados extranjeros, repitió, al parecer inadvertidamente, el mismo artículo 7 de la Ley N° 6947.

Este artículo 7 de ambas leyes pretendió reforzar la intervención de MIDEPLAN, el Banco Central de Costa Rica y la Autoridad Presupuestaria en el control de la contratación de créditos por parte de las instituciones públicas en general. Sin embargo, se excedió por varias razones. Primero, se refiere indiscriminadamente a la contratación de créditos internos y externos, lo cual es demasiado amplio si se piensa en los diversos fines y alcances de los créditos que contratan las instituciones públicas. Segundo, no hizo la excepción de los bancos públicos, los cuales por su naturaleza de intermediarios financieros contratan constantemente créditos internos y externos, en lo que deben estar sometidos al control del Banco Central pero no al de MIDEPLAN y la Autoridad Presupuestaria.

La excesiva amplitud de este artículo 7 ha sido mitigada en la práctica por la interpretación restrictiva del Banco Central de Costa Rica y otros organismos involucrados en su aplicación.

Después de la promulgación de las Leyes N° 6947 y N° 7010, nuestro país marcó un hito en el ámbito de la renegociación de la deuda externa con la promulgación de la Ley sobre la Deuda Externa Comercial del Sector Público de Costa Rica,⁶² la cual aprobó la recompra de parte y la renegociación del resto de la deuda pública de Costa Rica con los bancos comerciales extranjeros. El convenio aprobado por

60. Ley N° 6821 de 19 de octubre de 1982.

61. Artículo 6 de la Ley N° 7107 de 4 de noviembre de 1988.

62. Ley N° 7143 de 30 de marzo de 1990.

esta ley incluyó dos emisiones de bonos en serie por parte del Gobierno, constituyendo típicos empréstitos públicos externos, en el sentido clásico del término empréstito.

Finalmente, otras disposiciones legales han aprobado la reestructuración de la deuda pública de Costa Rica ya no con bancos privados sino con gobiernos e instituciones públicas de países extranjeros, organizados para estos efectos en el grupo conocido como "Club de París". Entre ellas están la Ley N° 6983 de 18 de marzo de 1985 y el artículo 41 de la Ley de Presupuesto Ordinario N° 7055 de 11 de diciembre de 1986. Estas no contienen disposiciones generales en materia de endeudamiento de las instituciones públicas, similares al artículo 7 de las Leyes N° 6947 y N° 7010.

6. Marco reglamentario.

Diversos decretos ejecutivos fueron promulgados a efecto de regular el procedimiento de aprobación de créditos externos por parte de las instituciones públicas.

El Decreto Ejecutivo N° 8654-P-H de 30 de mayo de 1978 estableció que las gestiones y negociaciones de crédito externo del sector público, y las del sector privado que requirieran el aval del Estado, deberían centralizarse en el Ministerio de Hacienda. Asimismo, se encargó al Ministerio de Hacienda, el Ministerio de Planificación y el Banco Central la formación de una comisión de alto nivel para coordinar la política nacional de financiamiento externo.

El Decreto Ejecutivo N° 8760-H de 6 de junio de 1978 creó el Consejo Nacional de Financiamiento Externo. Según reforma introducida por Decreto Ejecutivo N° 15100-H de 26 de diciembre de 1983, dicho Consejo se encon-

traba integrado por el ministro asesor en Financiamiento Externo, quien lo preside, un representante del Banco Central, uno del Ministerio de Hacienda y uno del Ministerio de Planificación. El Consejo Nacional de Financiamiento Externo nunca ha funcionado estable y eficazmente en la práctica.

El Decreto Ejecutivo N° 8761-H de 27 de junio de 1978 estableció y definió las funciones de la Dirección de Financiamiento Externo (DIFEX) como dependencia del Ministerio de Hacienda.

El Reglamento de Financiamiento Externo, Decreto Ejecutivo N° 9509-H de 17 de enero de 1979, reguló el procedimiento de gestión y negociación del crédito externo del Gobierno Central y de aquellas instituciones públicas y privadas que requieran el aval del Estado.

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 y citado anteriormente, reguló el registro y atención de las obligaciones externas de las instituciones públicas, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica del Banco Central y las Leyes N° 6947 y N° 7010.

Finalmente, fue promulgado el Decreto Ejecutivo N° 20581-H de 19 de junio de 1991, que derogó los decretos ejecutivos anteriores a fin de establecer con mayor claridad la competencia de los órganos del Ministerio de Hacienda en materia de crédito público y el procedimiento de aprobación y control del endeudamiento público externo. Si bien no hay duda de que este Reglamento ordena competencias y procedimientos, su eficacia práctica aún está por verse.

IV. IDEAS SOBRE LA REFORMA AL RÉGIMEN JURÍDICO DEL ENDEUDAMIENTO PÚBLICO EXTERNO

1. Reformas a la Constitución.

La lentitud y entramamiento para disponer de recursos financieros externos ha sido acha-

cada en diversos foros a la disposición constitucional que requiere la aprobación legislativa de los empréstitos suscritos por el Poder Ejecu-

tivo. Así, varias posibilidades se han planteado sobre la reforma a este régimen.

Una opción, que se utiliza en otros países latinoamericanos, es que la Asamblea Legislativa otorgue una autorización global al Poder Ejecutivo para contratar créditos externos, autorización que se incluiría anualmente en el Presupuesto Nacional.

A mi criterio este mecanismo es adecuado, siempre que exista un equilibrio en los parámetros que fije la Asamblea Legislativa. Estos deben ser flexibles, de manera que permitan al Poder Ejecutivo adaptarse a las cambiantes condiciones del mercado financiero internacional. Pero no pueden ser tan amplios que prácticamente hagan desaparecer el control legislativo en esta materia, tan delicada y tan propensa a abusos que, como lo demuestra la experiencia, pueden ser devastadores para la economía del país.

Otra posibilidad es fijar, a nivel constitucional, un plazo perentorio a la Asamblea Legislativa para pronunciarse sobre los empréstitos externos que someta a su conocimiento el Poder Ejecutivo. También este mecanismo me parece aceptable, similar a lo que ocurre con la Ley de Presupuesto Nacional de conformidad con el artículo 178 de la Constitución. Lo que no considero apropiado es establecer una especie de "silencio positivo", es decir, que vencido el plazo el empréstito se tenga automáticamente por aprobado. Esto último se prestaría para entorpecer o extender la discusión legislativa a efecto de que, por transcurrido el plazo, los empréstitos tengan que aprobarse.

Una opción más radical es eliminar del todo la necesidad de aprobación legislativa de los empréstitos públicos. Sin embargo, la viabilidad de esto es difícil, dado que el control legislativo sobre el endeudamiento público es una tradición muy arraigada en nuestro medio, recogida además por la mayoría de las constituciones la-

tinoamericanas. Más bien, hay quienes han abogado porque no sólo el endeudamiento de la administración central sino también el del propio Banco Central de Costa Rica y demás instituciones públicas descentralizadas se someta a la aprobación legislativa.

2. Reformas al marco legal y reglamentario y sistemas de control.

Se ha planteado la posibilidad de una reforma al Reglamento Interno de la Asamblea Legislativa, a efecto de fijar un trámite prioritario para la discusión de los contratos de empréstito. Esta opción también parece adecuada. Ahora bien, considero que por vía de reforma al Reglamento legislativo no podría obligarse a una votación dentro de determinado plazo perentorio, pues esto requeriría de reforma constitucional.⁶³

Lo ideal en el ámbito legislativo es, sin duda, la promulgación de una ley que regule de manera global y coherente el endeudamiento público externo de la administración central y las instituciones públicas descentralizadas, sustituyendo las diversas disposiciones legales dispersas antes citadas. Ha habido diversos proyectos, pero ninguno se ha concretado en ley de la República.⁶⁴

Siendo que Costa Rica, como los demás países en desarrollo, depende y en alguna medida seguirá dependiendo del financiamiento externo para lograr y sostener su crecimiento económico, una ley que organice y complete las normas dispersas en esta materia habría sido importante, y extraña que los gobiernos nunca le hayan dado la prioridad del caso. En gran parte, el caos que ha caracterizado la aprobación y utilización de los recursos externos se debe a la ausencia de un marco legal uniforme y coherente, como lo demuestra la poca eficacia práctica de los decretos ejecutivos y reglamentos que se han dictado. Ahora bien, la trascendencia del régimen legal no

63. En este sentido, véase: HERNÁNDEZ VALLE, Edgar, *Trámite especial para empréstitos en la Asamblea Legislativa no procede por vía de reforma reglamentaria*, en *Revista Iustitia*, San José, N° 31, julio, 1989, p. 7.

64. Proyecto de "Ley de Regulación del Endeudamiento Externo Público", expediente legislativo N° 9773, y proyecto de "Ley que establece el Sistema Nacional de Financiamiento Externo", expediente legislativo N° 9943.

debe exagerarse pues, como señala Gordillo, más importante para obtener resultados prácticos en este como en otros campos es la existencia de un adecuado y moderno sistema de control de la administración pública.⁶⁵

Dentro de los términos ciertamente desiguales y cada vez más competitivos del sistema económico mundial, la racionalización y el máximo aprovechamiento de los recursos pro-

venientes del crédito externo constituyen un imperativo para los países en desarrollo. El logro de esos objetivos depende, tanto de normas y construcciones jurídicas adecuadas, como también de decisiones políticas que trascienden la esfera jurídica y del establecimiento de sistemas operativos y de control que garanticen una mayor eficiencia en la actividad administrativa del Estado y sus instituciones.

65. GORDILLO, *op. cit.*, pp. 434-35.