

NATURALEZA JURIDICA DEL EMPRESTITO
PUBLICO INTERNACIONAL

Prof. Pedro López Elías ()*

Abogado mexicano. Profesor de Derecho Universidad de Anahuac, México, D. F.

SUMARIO

- I. Introducción.
- II. La deuda pública externa.
- III. Teorías sobre el empréstito.
- IV. El empréstito como contrato administrativo.
- V. Elementos de los contratos administrativos de empréstitos internacionales.
- VI. El Fundamento del empréstito en el derecho mexicano.
- VII. Conclusiones.
- VIII. Bibliografía.

I. INTRODUCCION

Dentro de las muchas actividades que el hombre tiene en su relación con los demás seres humanos, está el relativo a buscar los mecanismos de subsistencia, tanto para comer como vestirse y encontrar los satisfactores primordiales para mejor convivir. Así, cuando el hombre se organiza en sociedad, a través de órganos que lo representen, estas mismas actividades son importantes en el mundo que lo rodea, dicho de otra manera, el ser humano vive con sus circunstancias, respecto de las cuales se encuentra, muchas veces, en una situación de dependencia o necesidad, desde el punto de vista económico, que se traduce en el principio de escasez.

En este orden de ideas surge la actividad económica, como toda actividad humana, encauzada al logro de fines que tienen para el sujeto importancia diversa, en cuanto haya escasez de medios idóneos y susceptibles de empleo alternativo.

Bajo esta premisa, encontramos que el hombre al organizarse políticamente en la sociedad, el ente que surge también tiene necesidades que cubrir, frente a los seres humanos que representa, así emerge el Estado y sus necesidades, las cuales tiene que cubrir de distintas maneras, a través de lo que se denomina gasto público, ya sea recabando impuestos o contribuciones de su población o solicitando a terceros que le presten dinero, con el cual cubrirá sus necesidades más apremiantes.

Al considerar el aspecto financiero de los gastos públicos normales y adicionales, necesarios para mantener la economía en un estado de total actividad, se encuentran tres tipos de problemas que requieren nuestra atención: en primer término, los relativos a la provisión de fondos adecuados para la utilización inmediata en cualquier proyecto que haya sido autorizado y previsto para su comienzo, en segundo lugar, los relativos al proceso para lograr los fondos crediticios necesarios y en tercer término, los efectos que provoca el que el Estado tenga una deuda pública.

Vistas así las cosas, nos proponemos comentar en este planteamiento, algunos aspectos jurídicos, sobre la naturaleza del empréstito público internacional, que es uno de los instrumentos de la deuda pública externa.

II. LA DEUDA PUBLICA EXTERNA

Al organizarse la sociedad como Estado, nace la Hacienda Pública, la cual tiene por objeto la adquisición y empleo de los recursos para satisfacer las necesidades del agente que obra económicamente, es decir, del Estado. (1)

A través de la historia, las sociedades han buscado, por medios ordinarios o extraordinarios, cubrir sus requerimientos mínimos, así durante la segunda guerra púnica, la república romana celebró el primer empréstito del que la humanidad tiene memoria, el cual estuvo garantizado con tierras del dominio público.(2)

En la época actual, el sistema financiero y económico internacional se integra, en parte, con múltiples transacciones que atraviesan permanentemente las fronteras. Estos movimientos se reflejan en el comercio de materias primas, insumos, otros bienes físicos y en la prestación muy variada de servicios. La mayoría de las transacciones son bilaterales y crean obligaciones a las dos partes, pero también existen obligaciones unilaterales surgidas de la coacción (indemnizaciones de guerra o ejercicio abusivo del poder) y de la solidaridad (donaciones, ayudas por catástrofes, remesas familiares de los emigrados). Dentro de este marco se encuentra el endeudamiento internacional.(3)

El problema de la deuda externa es incomprendido de manera singular: en los países deudores se analiza como si fuera político pero con soluciones económicas; en el caso de los acreedores, por el contrario, se le reconoce como económico, pero sujeto a soluciones políticas. (4)

La deuda externa, como hemos dicho, se encuadra dentro de las relaciones económicas internacionales (5), aunque también se le ha considerado como parte de los movimientos de liberación nacional (6); lo cierto es que “la deuda pública como instrumento en la política de estabilidad constituye uno de los instrumentos del sector público, para el cumplimiento de diversas finalidades” (7).

-
1. Vocke, Guillermo. **Principios Fundamentales de Hacienda**. Pág. 15.
 2. Maynz, Carlos. **Curso Derecho Romano**. TOMO I, pág. 15.
 3. Zalduendo, Eduardo. **La deuda externa**. Pág. I
 4. Campos, Ricardo. **El F. M. I. y la deuda externa mexicana**. Pág. 253.
 5. Moschetto, Bruno. **Les activites bancaires internationales**. Pág. 11.
 6. D'Audiffret, M. **Systeme Financier de la France**. Pág. 157.
 7. Gil Valdivia, Gerardo. **Aspectos jurídicos del financiamiento**. Pág. 99.

Un país puede endeudarse por multitud de razones: financiar un plan de desarrollo, paliar la insuficiencia de ahorro o las recetas de las exportaciones, etc. En realidad, la deuda en sí puede que no sea nefasta si es bien utilizada. El fenómeno del endeudamiento es una evidencia en los países de economía de mercado donde muchas empresas, sobre todo medianas y pequeñas, no podrían subsistir sin esta posibilidad de recibir un cierto capital exterior. Este razonamiento se puede trasponer sin duda alguna, al ámbito internacional, aunque hoy en día, se tenga una cierta tendencia a considerar el endeudamiento como algo pernicioso.

Hay que resaltar sin embargo, que si el peso de la deuda es grande, puede constituir un obstáculo real a la estabilidad política y económica de los países deudores, comprometiendo su desarrollo en vez de promoverlo. Existe un límite pues, por encima del cual la deuda no es viable. (8)

Ahora bien, qué debemos entender por deuda externa, al respecto se han dado multiplicidad de definiciones, de las cuales tomaremos una, la de **López Goldaracena** (9), que expresa que es “toda obligación jurídica de pago contraída por personas de derecho público, o por personas de derecho privado, con un acreedor domiciliado en el extranjero”.

La deuda externa tiene muchos aspectos sobre los cuales se le puede analizar, ya que es un problema muy complejo; uno de ellos es el **aspecto jurídico**, que para muchos, quizás no sea tan importante por lo cual seguramente ha sido muy descuidado, situación que no compartimos, en virtud de que el endeudamiento de los países es un proceso eminentemente jurídico, del cual todos los juristas debemos participar.

Una de las aristas de la deuda externa, sin duda lo constituye el empréstito público internacional, del cual pretendemos incursionar en su **naturaleza jurídica**.

8. Para conocer las causas de la deuda externa véase Bermejo, Romualdo. **Comercio internacional y sistema monetario: aspectos jurídicos**; Guillén, Arturo et al **La deuda externa, grillete de la Nación**; Moyano, César y Loretta Ortiz. **La deuda externa y la responsabilidad internacional del Estado**.

9. López, Oscar. **Deuda externa. Análisis jurídico**. Pág. 49.

III. TEORIAS SOBRE EL EMPRESTITO

La deuda pública externa contraída con personas extranjeras de derecho privado puede presentarse con distintas modalidades; una de ellas son los préstamos sindicados, otra es la emisión de bonos y un tercero son los empréstitos, los cuales han tenido diversas acepciones e interpretaciones, dependiendo de la naturaleza con que se les trate o califique.

En términos generales, el empréstito es una forma de captación de recursos ajenos por parte del Estado y de las empresas, emitiendo obligaciones, bonos, pagarés, etc., que el público en general suscribe como medio de inversión de sus capitales y ahorros, logrando grandes sumas de préstamos a mediano y largo plazo con las que financiar nuevas inversiones o para atenciones de tesorería. Los inversionistas a su vez, consiguen una tasa de interés como remuneración de esa inversión.

El *empréstito público* considerado como instrumento de gobierno, es una medida excepcional y extraordinaria. Sólo debe recurrirse a él en momentos económicos aciagos o en circunstancias imprevistas que deban resolverse con notoria urgencia.

En doctrina, por extensión del lenguaje, al *empréstito* suele denominársele genéricamente *deuda pública*, al extremo de que, también por extensión del lenguaje, haya quienes designen al empréstito como *contrato de deuda pública*, lo que obedece a que “el conjunto de títulos de la deuda emitidos por el Estado constituye el concepto legal de la deuda pública” (10)

Desde luego, no es posible confundir ni asimilar las nociones de *crédito público* y de *empréstito*. El crédito público es la facultad en potencia y el empréstito es la facultad en acción. De ahí que las nociones de crédito público y empréstito público sean correlativas e interdependientes: sin crédito público no puede hablarse de empréstito público. (11)

10. Garrido Falla, Fernando. **Tratado de Derecho Administrativo**. Vol. 11, Pág. 64.
11. Marienhoff, Miguel. **Tratado de Derecho Administrativo**. Tomo II-b, pág. 668.

Por lo común, la emisión de empréstitos, en un sentido estricto (como también es conocido y operan comúnmente en diversos países) se instrumentan con una lámina principal (que recogía los términos del compromiso del emisor) a la cual se acoplan láminas con cupones que son utilizados para cobrar, en lugar y día determinados, el servicio correspondiente durante la vida de la operación. Los Estados tienen en estos casos dos posibilidades: 1) hacer una oferta directa de suscripción al público, modalidad que utilizan preferentemente aquellos Estados con prestigio en el mercado financiero; y 2) ofertar con la participación de un intermediario que, o bien compra el total del empréstito con un descuento y luego lo revende rápidamente en el mercado a un precio mayor o lo adquiere como inversión propia para disponer de él según sus necesidades.⁽¹²⁾

En los **contratos ordinarios de deuda pública**, como en el caso de los créditos sindicados, existe un contrato general y, según la modalidad elegida, se adjudican participaciones de la obligación general o se emiten pagarés a cada banco prestamista. En el caso de un empréstito, éste se emite por la realización de un acto de gobierno y no representa, en principio, un compromiso con una persona determinada. En general, para emitirlo se dan a conocer públicamente en un prospecto las condiciones, el destino de los fondos, toda otra información considerada de utilidad y las fechas de pago de los servicios que se abonarán a cualquier persona que se presente con los bonos. ⁽¹³⁾

La naturaleza jurídica de las relaciones que emergen de los empréstitos y préstamos bancarios (como genéricamente se puede conocer a los empréstitos también) ha sido objeto de diversas interpretaciones. Si bien nadie pone en duda que el Estado prestatario asume la obligación de restituir el capital recibido y de pagar un interés, en cambio no hay uniformidad en cuanto a la esencia de tal obligación, que para unos autores es de carácter unilateral y deriva de la soberanía, en tanto que para otros es de carácter bilateral y contractual, aunque existen diferencias, en estos últimos en la naturaleza privada o pública del contrato. **Existen sustancialmente tres teorías:** 1.-El empréstito como un acto de soberanía; 2.-El empréstito, según la soberanía legislativa del Estado; 3.-El empréstito como contrato. A continuación comentaremos cada una de estas corrientes.

12. Zalduendo. Op. cit. pág. 6.

13. Idem pág. 9.

1. EL EMPRESTITO COMO UN ACTO DE SOBERANÍA

También llamada la teoría de los deudores, se desarrolló poniendo énfasis en el carácter soberano del prestatario cuando se trate de deudas públicas. Por ello sostenían que era inadmisibles aceptar que un Estado pudiera ser llevado a juicio ante un tribunal, fuera éste nacional o extranjero, por el incumplimiento en el pago de los servicios, por perjuicio o desafectación de garantías o por repudio de sus deudas.

Esta teoría citada por Zaldueño (14), tiene como antecedentes a Savigny, quien consideraba que las deudas públicas no se encuentran bajo protección judicial. Muchos comentaristas en la segunda mitad del siglo XIX opinaban que la emisión de un empréstito es un acto de soberanía y que la interferencia de otro Estado estaba fuera de la cuestión.

El expositor más destacado de esta doctrina fue el Dr. Luis María Drago, brillante hombre público argentino que en 1902 se opuso al cobro compulsivo de la deuda pública internacional, creando la conocida *doctrina Drago*, la cual establecía como principio fundamental el respeto a la soberanía del Estado que ha contraído un empréstito. (15)

La teoría de la soberanía surgió en el siglo XVI con el intento de caracterizar la estructura interna del Estado. Desde una perspectiva internacional, el afirmar que un Estado es soberano significa que es independiente, que no depende de ningún otro Estado (16), la podemos definir como “el derecho de los Estados para organizarse y regirse con independencia de toda intromisión política externa”. (17)

En términos generales, esta postura niega a los empréstitos públicos el carácter contractual, también es llamada la tesis unilateralista (18) del acto de soberanía. Dicho de otra manera, la emisión de deuda pública es un acto de soberanía y las relaciones que se establecen entre el Estado que emite la deuda y sus suscriptores no tienen el carácter de vínculos contractuales, sino de relaciones de soberanía. Así, la relación

14. Ibídem, pág. 10.

15. Fonrouge, Giuliani. **Derecho Financiero**. Pág. 1200.

16. Miguel Díaz, Luis. **La intervención económica como norma jurídica: las Cartas de Intención**. Pág. 58 y ss.

17. Romero, Jorge Enrique. **La crisis y la deuda externa**. Pág. 204.

18. Sainz de Bujanda, Fernando. **Lecciones de Derecho Financiero**. Pág. 429.

de deuda pública es una relación de derecho público cuyas condiciones se fijan en un acto unilateral, expresión de la soberanía del Estado. Es una obligación unilateral, no un contrato, que nace antes e independientemente del consentimiento del primer adquirente del título.

Sayagués Laso ⁽¹⁹⁾ ha sostenido que es inaceptable la pretensión de que el empréstito público aparezca como un contrato, y mucho más de derecho privado, puesto que tiene caracteres específicos que lo tipifican como una obligación unilateral autónoma, con valor por sí misma.

Giuliani Fonrouge ha negado que el empréstito público sea un contrato, ya que no hay acuerdo de voluntades ni recíproca fijación de condiciones, las que son establecidas por la ley, apareciendo de tal modo como expresión de la soberanía del Estado. Por ello mismo, no puede haber ejecución ante la autoridad judicial y menos en orden internacional, pues no existe un tribunal competente para enjuiciar un acto de soberanía estatal. ⁽²⁰⁾

Diez, finalmente, compartiendo la doctrina de Drago, enseña que el empréstito público es emitido en virtud del poder soberano del estado, apareciendo como una obligación autónoma y unilateral. ⁽²¹⁾

Marienhoff ha criticado esta teoría, en cuanto hace aparecer al empréstito público como una obligación unilateral haciendo ver que mientras que los títulos emitidos no son adquiridos por el público, no tienen ni producen influencia alguna en el orden jurídico, puesto que hasta ese momento aparecen como un acto de voluntad interna del Estado, que necesita, para que produzca y tenga efectos en derecho, ser aceptada por los administrados o particulares, mediante la adquisición de los títulos, lo cual trasunta por parte de éstos una expresión de voluntad y la manifestación de un consentimiento idóneo como para originar una relación contractual. ⁽²²⁾

19. Sayagués Laso, Enrique. **Tratado de Derecho Administrativo**. Tomo 11, pág. 124.

20. Op. cit. pág. 1199.

21. Diez, Manuel María. **Derecho Administrativo**. Tomo III. Pág. 327.

22. Op cit. pág. 666 y ss.

2. *EL EMPRESTITO SEGUN LA SOBERANIA LEGISLATIVA DEL ESTADO*

Algunos teóricos han explicado la naturaleza jurídica del empréstito público, señalando que éste es un acto de soberanía legislativa, en el cual es necesario distinguir entre los empréstitos nacionales e internacionales. En los primeros, el prestamista quedaría sometido sin restricciones a la soberanía legislativa del Estado prestatario; en los segundos, en cambio, la soberanía estatal no alcanza para modificar unilateralmente el contrato, como tampoco puede hacerlo en el caso de un tratado, lo que ha permitido afirmar que el prestamista goza de la protección del derecho internacional.

Giuliani Fonrouge ⁽²³⁾, después de recordar a autores como Waring, Kaufman, Freund y Fisher, Williams y Van Hecke participan de este criterio, concluye que tales distingos son inaceptables, no siendo difícil ver en este planteamiento otra cosa que una tentativa de justificar la acción compulsiva de los Estados extranjeros, a que se han mostrado tan afectos los países exportadores de capitales.

También Sainz de Bujanda, quien es proclive a la teoría contractualista, de alguna manera critica la teoría del empréstito según la soberanía del Estado, al expresar ⁽²⁴⁾: cuando hablamos de empréstitos internos es necesario que tengamos siempre presente una distinción básica y fundamental. Dentro de las tres funciones típicas del Estado (la legislativa, la ejecutiva y la judicial), éste actúa en forma distinta en cada una de ellas. Es decir, cuando el Estado legisla, crea el ordenamiento jurídico interno, crea normas que regulan relaciones, pero las regula quedando fuera y por encima de ellas.

Continúa el tratadista español, señalando que, cuando el Estado actúa como Administración, puede crear relaciones, pero las crea formando parte de ellas, como las crea formando parte de los particulares. Cuando actúa de esta última forma, el Estado se somete al ordenamiento jurídico interno. Son dos momentos totalmente diferentes que debemos tener siempre presentes cuando hablamos de un contrato de préstamo público. Cuando el Estado contrata, la relación está disciplinada por el ordenamiento jurídico interno, como cualquier

23. Op cit. pág. 1203.

24. Op cit. pág. 430.

contrato. El que el Estado pueda anular sus efectos por medio de una ley no influye en la naturaleza jurídica del mismo. No lo destipifica, porque la ley es algo que está por encima y por fuera de la relación contractual. En este sentido no puede decirse que la posibilidad de que una ley modifique los derechos del prestamista sea una característica del contrato. También la ley puede modificar los efectos de un contrato privado. Y no se diga en el caso del empréstito público es el deudor quien lo modifica, porque el deudor es el Estado-Administración y el que lo modifica es el Estado-Legislador.

3. *EL EMPRESTITO COMO CONTRATO*

La tercera corriente doctrinal, considera el empréstito como un contrato, es decir, como un acto bilateral, en que se establecen obligaciones recíprocas para ambas partes y cuyo cumplimiento puede ser exigido por tribunales jurisdiccionales. Sin embargo, no existe uniformidad en cuanto al tipo de contrato, ya que para algunos pertenece al derecho privado; para otros, sería de derecho público, como pretende la mayor parte de la doctrina francesa.

a) **CONTRATO DE DERECHO PRIVADO**

Esta teoría según Zaldueño (25) se le llama la teoría de los acreedores, ya que consideran que la relación entre el Estado emisor de un empréstito y los tenedores de los bonos es un contrato regido por el derecho privado. En opinión de muchos juristas que sostienen este criterio el Estado renuncia a su condición de soberano en los casos de emisión y se somete voluntariamente a las reglas del derecho privado. Otros estiman que la afirmación de la renuncia es una consideración gratuita; cuando el Estado suspende los pagos de los servicios hay un incumplimiento de un contrato legal, y en consecuencia el acreedor es afectado legal y moralmente.

El incumplimiento es el segundo tema de apoyo de esta teoría. La consideración de este aspecto interesa porque, dado que el acreedor extranjero ha recurrido frecuentemente, y muchas veces con éxito, a solicitar a su gobierno el ejercicio de presiones y la aplicación de sanciones económicas, se crea una situación privilegiada para el acreedor extranjero.

25. Op cit. pág. II.

A decir de Sayagués Laso, esta teoría también encuentra sustento en la distinción entre actos de autoridad y actos de gestión, pues los empréstitos estarían contemplados en estos últimos. Como variante en esta tendencia, afirmase que el empréstito es un contrato de préstamo de derecho civil, sometido a una condición potestativa; dicha condición potestativa sería que el Estado se reserva el derecho de modificar unilateralmente sus obligaciones, si sobrevienen determinados acontecimientos ⁽²⁶⁾.

Esta doctrina también puede fundarse en lo que José Luis Fernández Flores ⁽²⁷⁾ llama las relaciones entre el Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional Privado, ya que si bien es cierto que el Derecho Internacional Público, por principio, regula las relaciones entre los Estados, pero esto no quiere decir que se agote aquí su función. En la esfera de la actividad internacional, también se mueven otros sujetos, algunos de los cuales han recibido ya su patente de personalidad jurídico-internacional o están en proceso de recibirla; en esta línea se encuentran las organizaciones internacionales y el individuo como tal, independientemente de su condición de nacional de un país. Y el Derecho Internacional Público, también regula las relaciones en que intervienen estos sujetos que no son Estados, pero que tienen también su protagonismo junto a ellos.

De este modo podemos decir que el Estado, aun siendo el sujeto preferente del Derecho Internacional, ha venido a ocupar una posición más mediatizada. Y así decir que el Derecho Internacional Público regula las relaciones entre los Estados, es decir sólo una parte de la verdad.

b) CONTRATO DE DERECHO PUBLICO

Otra parte de la doctrina sostiene que el empréstito público, es un contrato de derecho público, y más especialmente de derecho administrativo, situación que comentaremos más ampliamente en el siguiente apartado, pero que ahora sólo se harán comentarios de naturaleza genérica.

26. Op cit. pág. 126

27. Fernández Flores, José Luis. **Relaciones entre el Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional Privado**. Pág. 155.

El grupo de juristas que propugna por esta posición, fue muy activo durante el período de entreguerras y en él se destacaron los alemanes Manes (1918) y Lippert (1928), el francés Jéze (1925), Sack (alemán de origen ruso, 1927), Fischer Williams (inglés de 1923), los americanos Feilchenfeld (1931) y Borchard (1951), y Schoo (argentino, 1940). Señalemos, además, que la Liga de las Naciones designó en 1935 un comité para el estudio de los contratos de empréstitos públicos internacionales. (28)

El típico representante argentino de esta doctrina es Bielsa (29) quien señala que jurídicamente, el empréstito público es, ante todo, un contrato y a este respecto, tanto por su objeto y fin, por ser los sujetos de la relación contractual, personas administrativas, es decir, públicas (al menos una de ellas), el empréstito es materia de derecho administrativo.

La razón de esta clasificación jurídica de los empréstitos públicos se funda no tanto en la constitución del acto, esto es, en la formalización del contrato, sino en el régimen de su cumplimiento, especialmente en lo que respecta a las decisiones del Estado cuando circunstancias de orden económico-político o político-financiero son considerados por el Poder administrador como superiores al régimen contractual.

Sigue diciendo Bielsa que en Argentina, el empréstito público es considerado más que como un mero acto de *poder*, como una relación convencional que *obliga* a las partes al cumplimiento total de lo pactado, sin consideración a los factores de orden económico y político que fundan y justifican otros actos de política financiera.

Esta doctrina es criticada duramente por Sayagués Laso (30), ya que menciona que la teoría del contrato de derecho público salva algunas de las objeciones apuntadas, pero se muestra insuficiente en otros aspectos. Así, es evidente que el empréstito tiene plena existencia jurídica antes de ser colocado, o sea antes de encontrarse las voluntades de la administración y de quienes suministran el dinero. Esto aparece claramente cuando el Estado emite deuda pública para constituir el capital de otra persona pública, cuyos servicios de interés y amortización atenderá esta última.

28. Zalduendo. Op cit. Pág. 13

29. Bielsa, Rafael. **Derecho Administrativo**. Pág. Tomo 1, pág. 472.

30. Op cit. pág. 127.

Por otro lado, coincidimos con Sayagués Laso, cuando expresa que el análisis del régimen jurídico de los empréstitos públicos pertenece más al derecho financiero que al derecho administrativo. Si bien los problemas que plantean interesan a ambas disciplinas, razones de método aconsejan desplazar su estudio particular a la primera de ellas.

IV. EL EMPRESTITO COMO CONTRATO ADMINISTRATIVO

Según Chase (31) el concepto de empréstito referido a las finanzas se denomina crédito público. De esta manera se parte del concepto genérico de “deuda pública” para llegar a lo específico de empréstito. La forma jurídica del empréstito público puede variar, según se trate de una emisión de títulos del empréstito o, un “contrato de préstamo” entre el Estado y un organismo financiero nacional o internacional.

La emisión de empréstitos en el exterior es índice de poderío económico, disminuye la carga de los contribuyentes y aumenta la riqueza nacional (32); los empréstitos forman parte de los ingresos de la Federación (33); asimismo forma parte del presupuesto de un país (34), al cual se le puede definir como el negocio jurídico por medio del cual el Estado, con personas nacionales o extranjeras, públicas o privadas, recibe cierta cantidad de dinero que se obliga a devolverlo a cierto plazo, normalmente con causación de intereses (35).

Ahora bien, el empréstito público se considera un contrato administrativo, tesis que ha propugnado sustancialmente la doctrina francesa, esta misma apreciación se aplica a los contratos de crédito como a los de renegociación de la deuda externa (36), y es sostenida fundamentalmente por Gaston Jéze (37) y André de Laubadere (38),

-
31. Chase, Luis Enrique. **Contratos de empréstito público**. Págs. 3, 8 y 9.
 32. Einaudi, Luigi. **Principios de Hacienda Pública**. Pág. 480
 33. De la Garza, Sergio Francisco. **Derecho Financiero Mexicano**. Pág. 115
 34. Villalobos, Enrique. **Nociones de Derecho Financiero**. Pág. 78.
 35. Harndan Amad, Fauzi. **Aspectos jurídicos de la deuda pública. Teoría y práctica**. Pág. 93.
 36. Boon-Chye Lee. **The economics of international debt renegotiation** y Hudson, Michael. **Trade development and foreign debt**.
 37. **Principios Generales del Derecho Administrativo y Cours de Science des Finances**.
 38. **Traite des Contrats Administratifs**.

seguida por Pierre Wigny (39), Georges Dupuis (40) y Prosper Weil (41); en España tuvo acogida con Recaredo Fernández de Velasco (42) y Sainz de Bujanda (43); en Italia con Aldo Sandulli (44), Guido Zanobini (45) y, más recientemente, Massimo Severo Giannini (46); por otro lado, esta doctrina ha tenido acogida en Sudamérica por Marienhoff (47), Bielsa (48) y Escola (49), por citar a algunos.

Especialmente Gaston Jéze, en su obra *cours de science des finances et de législation financière française* hace un análisis histórico, financiero, económico, social, político, constitucional, jurídico e internacional del crédito público, y en especial de los empréstitos, refutando la naturaleza jurídica de los empréstitos, como un acto de soberanía de los pueblos o considerado como un acto legislativo del deudor.

V. ELEMENTOS DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE EMPRESTITOS INTERNACIONALES

Con el propósito de definir los elementos básicos que conformarían los contratos administrativos de empréstitos internacionales, sin entrar al detalle del clausulado (50), señalaremos los siguientes:

a) SUJETOS

Uno de los sujetos necesarios en todo contrato de empréstito público internacional es el Estado, como sujeto deudor, que se manifiesta y actúa por medio del Poder Ejecutivo, ya sea que éste actúe directamente, o que lo haga a través de los órganos que conforman la Administración Pública Federal Paraestatal o a través de organismos que de alguna manera se encuentran fuera de dicha administración, pero que se les considera autónomos, como el Banco de México.

39. **Droit Administratif.**

40. **Droit Administratif.**

41. **Principes Generaux du Droit et Contrats d'Etat.**

42. **Los Contratos Administrativos.**

43. Op cit.

44. **Manuale di Diritto Amministrativo.**

45. **Corso di Diritto Amministrativo.**

46. **Diritto Amministrativo.**

47. Op. cit.

48. Op cit.

49. **Tratado Integral de los Contratos Administrativos.**

50. Vázquez Pando, Fernando. **La Crisis de la deuda externa y los desequilibrios constitucionales.** Pág. 105.

Bajo el perfil contractual, existen algunas novedades en la deuda externa que cobran auge en los años 70. En primer lugar, mientras en los decenios siguientes a la segunda posguerra, el modelo de endeudamiento externo practicado por los países llamados en vías de desarrollo se caracterizó por el hecho, de que las contrapartes del Estado, eran principalmente organismos internacionales, en este período fue sustituido por uno nuevo en el cual los acreedores eran bancos comerciales o consorcios de bancos ⁽⁵¹⁾.

b) CONSENTIMIENTO

El consentimiento, como ya sabemos, en el régimen de los contratos en general, es el acuerdo entre dos o más voluntades, sobre una misma cuestión. En materia administrativa, la voluntad del Estado o de sus órganos, se expresa o exterioriza por una declaración o manifestación concreta del ente público, adoptando las formas previstas que el caso lo amerita.

En cuanto a los contratos de empréstito, el acreedor manifiesta su voluntad, a través del órgano de representación que se encuentre facultado por su propia institución, firmando al efecto el documento en el cual consten los derechos y obligaciones de su representada.

c) OBJETO

El objeto del contrato de empréstito público internacional, es siempre la entrega de una suma de dinero, que obtiene el Estado de los organismos internacionales o bancos acreedores externos, con la finalidad de destinarla a los fines que señala el propio texto constitucional. Por lo tanto, el Estado se obliga a reintegrar dicha suma de dinero, pagando además al prestamista una tasa de interés en la forma y condiciones fijadas con antelación.

En relación a si el empréstito puede tener por objeto, uno distinto a la entrega de dinero, es decir, valores diferentes, no nos parece en principio, procedente, ya que en definitiva lo que se desea es la entrega de dinero y no de otros mecanismos financieros, aun y cuando en los tiempos en que nos encontramos, puede existir un sinnúmero de alternativas al financiamiento.

51. Schipani, Sandro. **Principios generales del Derecho e inequidad en las obligaciones: perfiles jurídicos de la deuda internacional latinoamericana.** Pág. 816.

d) FINALIDAD

Dice Escola que “los poderes jurídicos que se le confieren a la administración para celebrar contratos, deben ser ejercidos conforme al fin propio del servicio, de igual manera como sucede con los actos administrativos. La finalidad constituye, pues, un elemento esencial en la contratación administrativa” (52).

En relación a la finalidad dice nuestro texto constitucional, en el artículo 73, fracción VIII, que “ningún empréstito podrá celebrarse sino para la ejecución de obras que directamente produzcan un incremento en los ingresos públicos, salvo los que se realicen con propósitos de regulación monetaria, las operaciones de conversión y los que se contraten durante alguna emergencia declarada por el Presidente de la República en los términos del artículo 29”, si no se da esta hipótesis, se podrá alegar nulidad de los empréstitos, a decir de Burgoa (53).

e) FORMACION DEL CONTRATO Y SELECCION DEL CO-CONTRATANTE

El contrato de empréstito público internacional, por sus propias modalidades, está sujeto a requisitos especiales y propios en cuanto a su formación, presentando particularidades que no son corrientes en los otros contratos administrativos y excluyendo asimismo, modalidades que no son comunes a éstos.

En principio es indispensable que todo contrato de empréstito público internacional haya sido autorizado debidamente por el Poder Legislativo, mediante la aprobación de una Ley o un decreto legislativo especial (art. 73 Constitucional, fracción VIII); con posterioridad a la aprobación de dicha ordenanza, ya no interviene el Congreso de la Unión, en la concertación del contrato.

La negociación del empréstito se lleva a cabo, por lo común, por medio de suscripción pública, ofreciéndose los títulos a la adquisición del público en general o mediante la elección de un banco comercial internacional, que sea a la conveniencia del Estado o sus órganos, de acuerdo a las circunstancias que prevalezcan en el mercado financiero internacional.

52. Op cit. pág. 561.

53. Burgoa, Ignacio. **La deuda pública externa, el derecho a la información y la Suprema Corte**. Pág. 18 y ss.

f) JURISDICCION COMPETENTE

Prácticamente hemos llegado al tema más difícil de los empréstitos internacionales, a efecto de que puedan ser considerados contratos o actos unilaterales, dependiendo de un acto soberano; no pretendemos profundizar demasiado en este punto, ya que sería tema de otra ponencia, pero sí es conveniente dejar claras las bases de la cuestión.

Los contratos de financiamiento externo vigentes, en la gran generalidad de los casos, han sido suscritos en Londres o Nueva York, están redactados en inglés y la versión en este idioma es la única válida. Originalmente estos contratos eran relativamente simples; en la actualidad, sin embargo, son extraordinariamente complejos y pueden abarcar, con sus múltiples apéndices y anexos, unas 300 ó 400 páginas. Su interpretación y cumplimiento están sujetos a las normas del derecho contractual privado del lugar en que fueron suscritos, no obstante la condición pública del deudor⁽⁵⁴⁾.

Sigue diciendo Biggs que el sistema jurídico de los países latinoamericanos tiene su origen y sustentación filosófica en el derecho romano y la codificación de las leyes civiles ordenada por Napoleón a comienzos del siglo XIX. En los países anglosajones rige, en cambio la ley común (*common law*) cuyo origen y ejecución es diferente. Lo más característico de la ley común es su origen exclusivamente judicial y su formación mediante la reiteración de fallos judiciales uniformes. Estas diferencias de sistemas jurídicos plantean dificultades a aquel sector público latinoamericano que, en estas materias, ha aceptado someterse a la jurisdicción y leyes norteamericanas.

Los contratos de financiamiento vigentes en América Latina confieren al acreedor, en el caso de incumplimiento, el derecho de demandar al deudor y solicitar el embargo y ejecución de aquellos bienes existentes dentro de la jurisdicción del tribunal. Igualmente, el acreedor puede solicitar medidas de excepción (prejudiciales o precautorias) destinadas a impedir el retiro de los bienes del deudor de la jurisdicción del tribunal. La jurisdicción sobre la persona del deudor supone que el Estado latinoamericano o ente público ha renunciado o perdido su inmunidad⁽⁵⁵⁾.

54. Biggs, Gonzalo. **Cobro judicial de la deuda pública externa morosa de América Latina: derechos y defensas de las partes**. Pág. 435.

55. Idem. 437.

Un Estado o entidad pública extranjero demandado ante los tribunales de Nueva York puede oponer la defensa de inmunidad de jurisdicción o de ejecución la cual, al ser aceptada, obliga al demandante a entablar su acción ante otros tribunales.

Según la doctrina de la inmunidad absoluta, los actos del Estado y sus órganos, los actos y la persona de sus agentes y representantes, sus bienes y propiedades no pueden ser juzgados por tribunales distintos a los del propio Estado. Sin embargo, la actividad económica desarrollada por el sector público con posterioridad a la Primera Guerra Mundial lleva, sin embargo, a los tribunales europeos (Bélgica e Italia) a distinguir entre actos propiamente de gobierno, *jure imperii*, y actos de naturaleza comercial, *jure gestionis*, y a negar la inmunidad para estos últimos.⁽⁵⁶⁾

En relación a la inmunidad soberana cabe aclarar que las constituciones de algunos países en desarrollo no permiten la renuncia de su calidad soberana a fin de acudir como simples particulares a los tribunales de otro país. Sin embargo, es inimaginable un contrato de crédito internacional en el cual no se estipule la renuncia a su calidad soberana y el sometimiento expreso a tribunales extranjeros. Recordemos que hacia 1976 los Estados Unidos de Norteamérica aprueban la Ley de Inmunidad Soberana Extranjera y el Reino Unido lo hizo en 1980 y en ellas se acepta la teoría restringida de la inmunidad de los Estados.⁽⁵⁷⁾

Una de las soluciones que se plantean a la problemática señalada es la denominada Doctrina del Acto del Estado, que se plantea de la siguiente manera: "cada Estado soberano está obligado a respetar la independencia de otro Estado soberano y las cortes de un Estado no se pronunciarán sobre los actos de otro gobierno, realizados en su propio territorio". La doctrina ha señalado que se trata de un principio de cortesía entre las naciones que, posteriormente, adquirió la fuerza de un principio del derecho internacional. La doctrina de la inmunidad soberana del Estado significa que un Estado, en ejercicio de su soberanía, no puede ser enjuiciado por tribunales extranjeros. La doctrina del Estado, en cambio, significa que los tribunales estadounidenses no se pronuncien respecto de la validez de los actos de gobierno extranjeros,

56. Ibidem, pág. 439

57. García Moreno, Víctor. **Breves notas sobre un enfoque jurídico del endeudamiento de los países del Tercer Mundo.** Pág. 98.

dentro del territorio de los Estados Unidos, por razones constitucionales basadas en la separación de poderes y en el manejo de los asuntos exteriores. ⁽⁵⁸⁾

Lo cierto es que, este tipo de cláusulas insertadas en los contratos de empréstitos públicos internacionales, suponen una característica especial de los contratos administrativos de tal manera que los bancos acreedores pueden elegir entre diversos tribunales para actuar, pero además, ello es aplicable tanto en el caso de una acción iniciada individualmente como en el caso de acciones intentadas por varios o la totalidad de los bancos, a decir de Vázquez Pando. ⁽⁵⁹⁾

VI. EL FUNDAMENTO DEL EMPRESTITO EN EL DERECHO MEXICANO

En nuestro sistema jurídico nos encontramos con 3 disposiciones que son fundamentales, por un lado, la Constitución Política, la Ley General de Deuda Pública y la Ley de Presupuesto, vamos a comentar lo relativo al empréstito en estos ordenamientos.

a) LA CONSTITUCION POLITICA

El artículo 73 de la Constitución en su fracción VIII, contempla las bases constitucionales de los empréstitos, al señalar en su parte medular: “El Congreso tiene facultad... VIII.-Para dar bases sobre las cuales el Ejecutivo pueda celebrar empréstitos sobre el crédito de la Nación, para aprobar esos mismos empréstitos y para reconocer y mandar pagar la deuda nacional. Ningún empréstito podrá celebrarse sino para la ejecución de obras que directamente produzcan un incremento en los ingresos públicos, salvo los que se realicen con propósitos de regulación monetaria, las operaciones de conversión y los que se contraten durante alguna emergencia declarada por el Presidente de la República en los términos del artículo 29...”

Esta fracción, a decir de José Barragán ⁽⁶⁰⁾ es vista como un mandato y contiene 4 facultades: la facultad exclusiva del Congreso; la

58. Díaz Müller, Luis. **Deuda externa y Derecho Internacional: las “deudas odiosas”, la Carta Tate y otros misterios.**

59. Op cit. Pág. 120.

60. **Algunas consideraciones sobre los principios constitucionales que regulan la deuda externa.** Pág. 5 y ss.

facultad para dar leyes de bases; la facultad para aprobar esos mismo empréstitos y la facultad para reconocer y mandar pagar las deudas. Dicho de otra manera, este precepto contempla la reglamentación fundamental, para la existencia, en el ordenamiento mexicano, de los empréstitos, ya que si no existe aprobación por el Congreso de la Unión, no habrá empréstito.

b) *LA LEY GENERAL DE DEUDA PUBLICA*

Este ordenamiento, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1976, ha sido profusamente comentado por Vázquez Pando ⁽⁶¹⁾. Esta Ley pretende reglamentar la fracción VIII, del artículo 73 Constitucional, a efecto de hacer más ágil el proceso de autorización de los empréstitos, ya que faculta a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, entre otras cosas, para: contratar y manejar la deuda pública del Gobierno Federal y otorgar la garantía del mismo para la realización de operaciones crediticias que se celebren con organismos internacionales de los cuales México sea miembro o con las entidades públicas o privadas nacionales o de países extranjeros, siempre que los créditos estén destinados a la realización de proyectos de inversión o actividades productivas que estén acordes con las políticas de desarrollo económico y social aprobadas por el Ejecutivo y que generen los recursos suficientes para el pago del crédito y tengan las garantías adecuadas.

Como se podrá notar existe una gran diferencia entre lo que plantea la Constitución y el articulado de esta Ley, lo cual hace que el propio Barragán ⁽⁶²⁾ tilde este ordenamiento de inconstitucional, ya que plantea, al menos, 3 vicios de inconstitucionalidad: a).- Es inconstitucional como ley de bases, en virtud de que se incluye la autorización expresa para firmar las contrataciones, sin necesidad siquiera de informarle al Congreso; b).- Es inconstitucional como Ley que autoriza que el Ejecutivo apruebe los empréstitos y c).- es inconstitucional como ley que reconoce lo adeudado y ordena su pago, ya que ésta es una facultad exclusiva del Congreso.

61. **Notas para el estudio de la nueva "Ley General de Deuda Pública".**

62. Op. cit.. Pág. 38 y ss.

c). *LEY DE PRESUPUESTO, CONTABILIDAD Y GASTO PUBLICO FEDERAL*

Este ordenamiento publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1976, tiene como fin cuidar el gasto público federal, el cual comprende las erogaciones por concepto de gasto corriente, inversión física, inversión financiera, así como pagos de pasivos de deuda pública, y por concepto de responsabilidad patrimonial, que realicen los 3 poderes de la Unión.

No tenemos como propósito analizar todos los ordenamientos citados, sino únicamente referirlos, en cuanto a que son aplicables al empréstito público internacional.

VII. CONCLUSIONES

PRIMERA.-La deuda externa es problema que puede ser analizado desde diversas ópticas, ya sean económicas, sociales, políticas, éticas o jurídicas; en esta última, encontramos diversas figuras que por su importancia merecen un análisis profundo, entre ellas se encuentran los empréstitos públicos internacionales.

SEGUNDA.-Al analizar la naturaleza jurídica de los empréstitos públicos internacionales, nos encontramos con 3 teorías, para encontrar la solución al problema, de suyo complejo, y que los países deudores han querido subsumir en su propia idea, de tal manera que se le considera un acto que deriva directamente de la soberanía del Estado.

TERCERA.-Los países acreedores, prácticamente, tienen su propia teoría, ya que señalan que los empréstitos públicos internacionales deben regirse por el derecho privado, aplicándoseles en general, la teoría de las obligaciones e intentando hacer valer sus derechos, en caso de incumplimiento, ante los tribunales ordinarios.

CUARTA.-Nuestra postura es que los empréstitos públicos internacionales gozan de la naturaleza de un contrato administrativo, por las razones enunciadas con anterioridad, sólo baste señalar que dichos actos jurídicos tienen características especiales que los distinguen del resto de los contratos administrativos.

QUINTA.-La jurisdicción aplicable a este tipo de contratos no es suficiente, en la forma o en los hechos, para señalar que estamos en presencia de un contrato de naturaleza civil, por lo que es materia de otro estudio, la resolución de controversias que se susciten con motivo de los empréstitos públicos internacionales, señalando que es conveniente utilizar la figura del arbitraje al efecto.

SEXTA.-Nuestra legislación es confusa, iniciando por el propio texto constitucional, ya que no se adecúa a los tiempos que estamos viviendo y los 2 ordenamientos comentados brevemente, son imprecisos en relación al propio texto constitucional, teniendo el riesgo de que puedan ser atacados de inconstitucionales, por lo que es conveniente modificarlos.

VIII. BIBLIOGRAFIA

Barragán Barragán, José. **Algunas consideraciones sobre los principios constitucionales que regulan la deuda externa.** Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. Año V, No. 13, 1990.

Bermejo, Romualdo. **Comercio internacional y sistema monetario: aspectos jurídicos.** Civitas, Madrid, 1990.

Bielsa, Rafael. **Derecho Administrativo.** Tomo I, Lajouane, Buenos Aires, 1937.

Biggs, Gonzalo. **Cobro judicial de la deuda pública externa morosa de América Latina: derechos y defensas de las partes.** En Moratoria de la deuda en América Latina. F. C. E. ,Buenos Aires, 1994.

Boon-Chye, Lee. **The economics of international debt renegotiation.** Westview - Press, Oxford, 1984.

Burgoa, Ignacio. **La deuda pública externa, el derecho a la información y la Suprema Corte.** s/ed. México, 1983.

Campos, Ricardo. **El Fondo Monetario Internacional y la deuda externa mexicana.** Plaza y Valdés Ed. México, 1993.

Chase, Luis. **Contratos de empréstito público.** En contratos Administrativos. Ed. Astrea, Tomo II, Buenos Aires, 1982.

D'audiffret, M. **Systeme Financier de la France.** Chez P. Dufart, Paris, 1840.

De la Garza, Sergio F. **Derecho Financiero Mexicano.** Porrúa, Mexico, 1985.

Díaz Müller, Luis. **Deuda externa y Derecho Internacional: las "deudas odiosas", la Carta Tate y otros misterios.** Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Año V, No. 13, 1990.

- Diez, Manuel María. **Derecho Administrativo**. Plus Ultra, Buenos Aires, 1979.
- Dupuis, Georges y Marie José Guédon. **Droit Administratif**. Armand Colin, Paris, 1993.
- Einaudi, Luigi. **Principios de hacienda pública**. Aguilar, México, 1948.
- Escola, Héctor. **Tratado integral de los contratos administrativos**. Depalma Buenos Aires, 1979.
- Fernández de Velasco, Recaredo. **Los contratos administrativos**. Librería General de Victoriano Suárez. Madrid, 1927.
- Fernández-Flores, José L. **Relaciones entre el Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional Privado**. En *Jurídica U. Iberoamericana*, México, 1982, No. 14.
- Fonrouge, Giuliani. **Derecho Financiero**. Depalma, Buenos Aires, 1987.
- García Moreno, Víctor C. **Breves notas sobre un enfoque jurídico del endeudamiento de los países del Tercer Mundo**. En *Revista de la Facultad de Derecho de México, UNAM*, Tomo XXXVII, Enero-junio, 1987.
- Garrido Falla, Fernando. **Tratado de Derecho Administrativo**. Tecnos, Madrid 1992.
- Giannini, Massimo S. **Diritto Amministrativo**. Giuffré, Milano, 1988.
- Gil Valdivia, Gerardo. **Aspectos jurídicos del financiamiento público**. Porrúa, México, 1989.
- Guillén, Arturo, et al. **La deuda externa: grillete de la Nación**. Nuestro Tiempo, México, 1989.
- Hamdan Amad, Fauzi. **Aspectos jurídicos de la deuda pública. Teoría y Práctica**. Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Año V, No. 13, 1990.
- Hudson, Michael. **Trade development and foreign debt**. Pluto Press, London, 1993.
- Jéze, Gaston. **Cours de Science des Finances**. Marcel Giard, Paris, 1922.
- . **Principios Generales del Derecho Administrativo**. Depalma, Buenos Aires, 1940.
- Laubadere, Andre de, et al. **Traite des Contrats Administratifs**. L.G.D.J. París 1983.
- López, Oscar. **Deuda externa. Análisis jurídico**. Depalma, Buenos Aires, 1994.

- Marienhoff, Miguel. **Tratado de Derecho Administrativo**. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983.
- Maynz, Carlos. **Curso de Derecho Romano**. Jaime Molinas Ed. Barcelona, 1887.
- Miguel Díaz, Luis. **La intervención económica como norma jurídica: las cartas de intención**. Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Año V, No. 13, 1990.
- Moschetto, Bruno y André Plagnol. **Les activites bancaires internationales**, PUF Paris, 1979.
- Moyano, César y Loretta Ortiz. **La deuda externa y la responsabilidad internacional del Estado**. UNAM, 1994.
- Romero, Jorge Enrique. **La crisis y la deuda externa en América Latina**. Universidad de Costa Rica, San José, 1993.
- Sainz de Bujanda, Fernando. **Lecciones de Derecho Financiero**. Universidad Complutense, Madrid, 1993.
- Sandulli, Aldo. **Manuale di Diritto Amministrativo**. Casa Editrice Eugenio Jovene Napoli, 1952.
- Sayagués Laso, Enrique. **Tratado de Derecho Administrativo**. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1988.
- Schipani, Sandro. **Principios generales del Derecho e inequidad en las obligaciones: perfiles jurídicos de la deuda internacional latinoamericana**. En Rev. del Derecho Industrial, Depalma, Año 14, No. 42.
- Vázquez Pando, Fernando. **La crisis de la deuda externa y los desequilibrios constitucionales**. Miguel Angel Porrúa, México, 1990.
- . **Notas para el estudio de la nueva "Ley General de la Deuda Pública"**. Jurídica, Universidad Iberoamericana, No. 9, julio de 1977.
- Villalobos, Enrique. **Mociones de Derecho Financiero**. U. Estatal a Distancia, San José, 1990.
- Vocke, Guillermo. **Principios fundamentales de hacienda**. La España Moderna, Madrid, s/f.
- Weil, Prosper. **Principes Generaux du Droit et Contrats d'Etat**. En Le Droit des Relations Economiques internationales. Litec, Paris, 1987.

Wigny, Pierre. **Droit Administratif**. Emile Bruylant, Bruxelles, 1962.

Zalduendo, Eduardo. **La deuda externa. Aspectos económicos, jurídicos, diplomáticos y políticos con motivo de suspensiones de pagos moratorias y repudios**. Depalma, Buenos Aires, 1988.

Zanobini, Guido. **Corso di Diritto Amministrativo**. Giuffré, Milano, 1958.