

## CAPÍTULO XXIV

### EL CONTRATO DE CRÉDITO EXTERNO

Por AGUSTÍN GORDILLO

#### SUMARIO

I. <i>Empréstito público y contrato de crédito externo</i> .....	417
1. El empréstito público en general .....	417
2. El empréstito público de los países desarrollados y en vías de desarrollo.....	419
3. El contrato de empréstito público como contrato de adhesión “al” Estado y el contrato de crédito externo como contrato de adhesión “del” Estado al inversionista .....	420
4. El contrato de crédito sometido al derecho extranjero .....	420
5. Insuficiencia del crédito interno .....	421
6. Contrato de crédito externo “público” y “privado” .....	422
6.1. Diferencias de encuadre teórico .....	422
6.2. Similitud real entre el crédito externo “público” o “privado” .....	423
7. Reflexiones de política económica y política jurídica .....	424
8. El sistema de control.....	428
II. <i>Régimen jurídico particular</i> .....	428
9. Lugar de celebración y de ejecución del contrato: Un país extranjero ...	428
9.1. Derecho civil nacional .....	429
9.2. Derecho procesal nacional .....	429
9.3. Derecho internacional privado. Los tratados de Montevideo.....	430
10. La inaplicabilidad de la regla “ <i>par in parem non habet imperium</i> ” .....	430
11. La “inmunidad soberana” .....	432
12. Normas jurídicas y prácticas bancarias internacionales .....	434
12.1. Prioridades .....	434
12.2. Examen de la situación política .....	434

12.3. Aprobación del contrato .....	435
12.4. Desembolsos: Oportunidad de hacerlos .....	435
12.5. Venta de los títulos a inversionistas privados .....	435
12.6. Requisitos técnicos .....	436
12.7. Recaudos bancarios comerciales.....	436
12.8. Privilegios del Banco .....	436
12.9. Dictámenes exigidos .....	436
13. Control de divisas respecto del cumplimiento de la deuda .....	437
14. Arbitraje .....	437
15. Las variantes formales de contratación. Recapitulación.....	438
16. La autorización, legislativa.....	439
16.1. Derecho latinoamericano. La autorización previa .....	439
16.2. Aprobación posterior .....	440
16.3. Conclusión .....	440
17. La aprobación del Poder Ejecutivo y el Tribunal de Cuentas.....	440
18. Dictámenes sobre la validez del contrato.....	441
19. Exenciones impositivos. Su fundamento legislativo .....	441
20. Requisitos estatutarios de los entes nacionales intervinientes .....	442

*Capítulo XXIV*  
**EL CONTRATO DE CRÉDITO EXTERNO<sup>1</sup>**

Por AGUSTÍN GORDILLO

*I. Empréstito público y contrato de crédito externo*

*1. El empréstito público en general*

La relación económica en virtud de la cual el Estado recibe dinero de terceros, creándose un vínculo de deudor y acreedor, ha sido históricamente encarada en el mundo jurídico de manera diversa. Concepciones tradicionales la ubican como un poder del Estado<sup>2</sup> o como una obligación unilateral contraída por el Estado, cuya fuente inmediata es la ley y no la voluntad de las partes contratantes.<sup>3</sup> Con todo,

<sup>1</sup> Versión inalterada del artículo del mismo nombre originalmente publicado en la *Revista de Administración Pública*, Madrid, 1982, número 97, pp. 423-449; reproducido en el libro *Contratos Administrativos. Contratos especiales*, tomo II, Buenos Aires, Astrea, 1982, pp. 187-226; y en *Después de la reforma de estado*, Buenos Aires, FDA, 1998, cap. IV.

<sup>2</sup> El sostenedor más conspicuo de la teoría fue DRAGO, LUIS MARIA, *Los empréstitos del Estado y la política internacional*, Buenos Aires, 1907, p. 251, que la inició con la nota del Gobierno argentino del 29 de diciembre de 1902, con motivo del bloqueo militar a Venezuela por parte de países extranjeros, por falta de pago de obligaciones contraídas. DRAGO llegó incluso a sostener que el Estado emisor del empréstito puede a su discreción atender o suspender el pago de la deuda, sin que quepa acción judicial alguna a los acreedores, por tratarse de actos de soberanía. Entre otros se ha adherido a su opinión DIEZ, MANUEL MARÍA, *Derecho administrativo*, t. III, Buenos Aires, 1967, p. 178.

Para una evolución histórica de la deuda pública, véase NITTI, F. S., *Principes de science des finances*, París, 1904, pp. 650 y ss. Más antiguamente se trataba más bien de operaciones entre el monarca o gobernante y algún rico mercader, compañía de comercio o banco privado, regido por el derecho privado. Véase GROVES, HAROLD M., *Finanzas públicas*, México, 1965, p. 793. A esta época pertenece la crítica liberal al endeudamiento de los Estados: Véase SMITH, ADAM, *Wealth of Nations*, Nueva York, 1957, p. 372.

<sup>3</sup> FONROUGE, GIULIANI, *Derecho financiero*, t. II, Buenos Aires, 1970, pp. 898 y ss.; INGROSO, GUSTAVO, *Diritto finanziario*, Nápoles, 1956, p. 682. Comparar GRIZIOTTI, BENVENUTO, *Primi elementi di scienza della finance*, Milán, 1962, p. 231; *Principios de política, derecho y ciencia de la hacienda*, Madrid, 1935, pp. 400 y ss. Comparar también FALZONE, GUIDO, *Le obbligazioni dello Stato*, Milán, 1960, pp. 138 y 139; SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *Tratado de derecho administrativo*, t. II, Montevideo, 1959, p. 127.

prevalece la idea de que se trata de un contrato, y, preferentemente, un contrato de derecho público, al cual se denomina “empréstito público.”<sup>4</sup> Algunos autores retoman para este contrato de derecho público varias de las prerrogativas clásicas del poder del Estado, entre ellas, significativamente, la facultad del Estado de modificar el régimen jurídico del empréstito con posterioridad a su emisión.<sup>5</sup>

Así planteada la cuestión, no ha de llamar demasiado la atención que el elemento “confianza,” que se destaca como un dato importante tenido en cuenta por el acreedor,<sup>6</sup> esté destinado a sufrir un embate frente a principios tales como la alegada imposibilidad de ejecutar al Estado, cuestión ésta debatida en muchos países;<sup>7</sup> o la necesidad de cumplir trámites administrativos, a veces largos, previos a la iniciación de un juicio contra el Estado;<sup>8</sup> o la simple complejidad y lentitud del proceso administrativo.<sup>9</sup> “Sólo sabiendo que el Estado puede cumplir sus compromisos y «quiere» hacerlo es que las personas le prestan dinero.”<sup>10</sup>

La doctrina tampoco contribuye a dar esa “confianza” al acreedor, y así es como puede leerse que las características de este contrato serían: “1ª Que el deudor puede no estar obligado a devolver al acreedor la cantidad prestada. 2ª El acreedor carece de procedimiento para obligar al deudor a que cumpla sus obligaciones.”<sup>11</sup>

<sup>4</sup> DUVERGER, MAURICE, *Hacienda Publica*, Barcelona, 1968, p. 113; BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, 1964, 6ª ed., p. 437; ATALIBA, GERALDO, *Empréstitos públicos e seu régime jurídico*, Sao Paulo, 1973, pp. 19-20 y sus referencias; LAUBADÈRE, ANDRÉ DE, *Traité théorique et pratique des controls administratifs*, t. I, París, 1956, p. 121 y ss.; GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Tratado de derecho administrativo*, vol. II, Madrid, 1971, 4ª ed., p. 87; RIVERO, JEAN, *Droit administratif*, París, 1970, 4ª ed., p. 104.

<sup>5</sup> TROTOBÁS, LOUIS, *Précis de science et législation financières*, París, 1950, p. 414. Comparar DUVERGER, *op. cit.*, p. 114, que lo considera un contrato de adhesión del acreedor al deudor. Como veremos, la realidad es exactamente la inversa.

<sup>6</sup> ATALIBA, *op. cit.*, pp. 20 y ss. Respecto a la “confianza” en los gobiernos de “izquierda” y de “derecha,” véase DUVERGER, *op. cit.*, pp. 125 y ss. En general, los autores destacan el elemento “confianza,” por ejemplo, FALZONE, *op. cit.*, p. 137.

<sup>7</sup> ATALIBA, *op. cit.*, p. 21; GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1974, reimpresión, 1977, cap. I. Véase también WADE, H. W. E., *Administrative Law*, Oxford, Inglaterra, 1977, 4ª ed., pp. 662 y ss.; WRIGHT, WILLIAM B., *The Federal Tort Claims Act*, Nueva York, 1957, pp. 7-10; STREET, H., *Governmental Liability*, Cambridge, Gran Bretaña, 1953, pp. 182 y ss.

<sup>8</sup> El caso del Decreto-ley 19.549/72, que sustituye en lo pertinente el artículo 1º y concordantes de la ley 3952. Véase nuestro artículo “El reclamo administrativo previo,” en *ED*, t. 89, pp. 777 y ss., 1980.

<sup>9</sup> Al cual, se sostiene, debe recurrirse en esta materia. Véase, por ejemplo, MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, t. III-B, Buenos Aires, 1970, pp. 661 y ss., p. 676; ESCOLA, HÉCTOR JORGE, *Tratado integral de los contratos administrativos*, v. II, Buenos Aires, 1979, p. 606; la solución jurisprudencial, en cambio, ha sido en la Argentina que se trata de competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*, 138: 37; 143: 175; 149: 226 y 243; 151: 59; 178: 418, etc.

<sup>10</sup> ATALIBA, *op. cit.*, p. 23. A su vez como dice GRIZIOTTI, *op. ult. cit.*, p. 401: “Ciertamente no se debe tener demasiada confianza en el patriotismo de los capitalistas, y los empréstitos de más importancia son los que corresponden al interés de los capitalistas para suscribirlos.”

<sup>11</sup> FERNÁNDEZ DE VELASCO, RECAREDO, *Los contratos administrativos*, Madrid, 1927, p. 288. La doctrina más reciente, en cambio, busca enfatizar mayores derechos y estabilidad para el inversor, por ejemplo, MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 674; ESCOLA, *op. cit.*, pp. 596 y ss.

En similar sentido se destaca, en Uruguay, que debe tenerse presente “la inexistencia de procedimientos coercitivos de ejecución contra el Estado deudor.”<sup>12</sup>

Ahora bien, todo esto “disminuye el crédito (del país), pues equivale a hacerlo insolvente, mediante ese privilegio aparente, y con eventuales insolventes, los contratos suelen ser más onerosos...,”<sup>13</sup> o, como sucede ahora, cambian de régimen aplicable.

## 2. *El empréstito público de los países desarrollados y en vías de desarrollo*

Si dejamos de lado el caso del llamado “empréstito forzoso,” que en realidad es una manifestación del poder tributario del Estado antes que una operación crediticia,<sup>14</sup> y nos limitamos al empréstito voluntario, es obvio que su ubicación en el campo del derecho público se torna, pues, conflictiva con el elemento “confianza” del acreedor, habida cuenta de las prerrogativas que el derecho público interno de cada país otorga al Estado. La cuestión deriva entonces en la actualidad al campo de las relaciones económicas internacionales: Si un país desarrollado emite un empréstito público bajo el régimen de su derecho público interno es posible que encuentre tomadores del crédito; si un país en vías de desarrollo lo hace, es posible que no siempre tenga éxito en la gestión. Países hay que han hecho honor en el pasado a sus obligaciones, llegando incluso, como en el caso de Inglaterra, a garantizar el crédito y la percepción de los intereses por los acreedores, incluso aunque se produjera una guerra con la nación a la cual ellos pertenecen;<sup>15</sup> también hay países que debieron garantizar especialmente el préstamo<sup>16</sup> cuando carecían del elemento “confianza” de parte de los acreedores. El crédito externo es así usualmente más riguroso para el deudor que el crédito interno.<sup>17</sup>

<sup>12</sup> SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, p. 127.

<sup>13</sup> BIELSA, *op. cit.*, pp. 442 y 443.

<sup>14</sup> ATALIBA, *op. cit.*, pp. 68 y 69; DUVERGER, *op. cit.*, pp. 113 y 114; EDGARD ALIX, *Traité élémentaire de science des finances et de législation financière française*, París, 1907, p. 509.

<sup>15</sup> Ley del 1 de agosto de 1851, artículo 15. Es la práctica inglesa desde 1802, según explica FERNÁNDEZ DE VELASCO, RECARADO, *Los contratos administrativos*, Madrid, 1927, p. 293.

<sup>16</sup> Como es el caso del contrato hecho por España con la casa Rotschild el 20 de mayo de 1870 y el del contrato aprobado por la ley del 30 de agosto de 1896, en que España daba en garantía las minas de Almacén; en otros casos se dieron como garantía las rentas de Aduanas, o de Tabacos, etc. Véase FERNÁNDEZ DE VELASCO, *op. cit.*, p. 292.

También se adoptaron medidas similares con Egipto en 1880; Turquía en 1891; Serbia y Grecia en 1898, etc. Como dice VAN DER BORGHT, *Hacienda pública*, Barcelona, 1929, p. 178: “Estas medidas representan una profunda intervención en el régimen económico de los Estados correspondientes, y solamente se ponen en vigor con respecto a los Estados débiles.” También en los tiempos modernos de tanto en tanto se conocen casos de países que deben dar garantías especiales: Caución de sus reservas de oro, etc.

<sup>17</sup> La diferencia entre la deuda pública interna y externa es muy importante en términos económicos y políticos; mientras que la primera prácticamente no tiene significación, la segunda es ciertamente una carga. LERNER, A. P., “The Burden of the National Debt,” en *Public Finance*, dirigidos por HOUGHTON, R. W., Londres, 1970, p. 300.

### 3. *El contrato de empréstito público como contrato de adhesión “al” Estado y el contrato de crédito externo como contrato de adhesión “del” Estado al inversionista*

El contrato de “adhesión” que el país en desarrollo propone a los inversionistas no encuentra siempre “adherentes.” El capital no conoce de “patriotismo.”<sup>18</sup> Y por lo demás no se trata siquiera de su propio país. Entonces los términos pueden invertirse: Es el que está dispuesto a otorgar el crédito al país que lo requiere, el que a veces fija las condiciones jurídicas del crédito, que se constituye también como contrato de adhesión, pero no ya a favor del Estado deudor, sino a favor del ente u organismo acreedor. Esta es la práctica corriente que viven los países en vías de desarrollo, muy, similar a la situación de los gobernantes empobrecidos de dos siglos atrás, frente a ricos banqueros, comerciantes o empresas.<sup>19</sup>

### 4. *El contrato de crédito sometido al derecho extranjero*

En el presente trabajo analizaremos este fenómeno, que deja virtualmente de lado los principios que informaran a las instituciones del derecho financiero y administrativo clásico. El contrato no se regirá por su derecho público interno, ni podrá ya en vigor llamársele verazmente “empréstito público,” pues esta frase evoca precisamente aquellos principios de derecho público que no le serán en los hechos aplicables. Aparece entonces en el marco jurídico internacional el contrato de crédito externo, sometido a un régimen propio, que se ubica entre el derecho internacional público y privado, y se conjuga con el derecho privado interno de los países desarrollados, sede habitual de los organismos o consorcios que actuarán en calidad de prestamistas. Es, en suma, un contrato del Estado sometido a un derecho extranjero al país deudor, lo cual escapa por completo a las previsiones y conceptos teóricos de los juristas habituados al régimen del derecho público interno de sus respectivos países en vías de desarrollo.

No se trata de una realidad necesariamente grata, pero tampoco con ignorarla se la corrige: Pensamos que una contribución a su superación puede eventualmente ser la explicación de cómo funciona en la práctica contemporánea de los países latinoamericanos. En esta materia ha existido mucho ocultamiento de parte de las administraciones que conciertan las operaciones de crédito, y sabemos de más de un gobierno constitucional o *de facto*, que teniendo en sus enunciados programáticos una enfática denuncia de este tipo de operaciones, las concertó de todos modos a través de sus funcionarios. En tales casos los gobernantes revisaron de hecho la política pregonada, pero no anunciaron la nueva política.

<sup>18</sup> Véase la irónica reflexión de GRIZIOTTI, *supra*, nota 10.

<sup>19</sup> Véase *supra* nota 1 y sus referencias. Quizá las reflexiones de ADAM SMITH respecto del crédito gubernamental, en su época, recobren vivida actualidad en estos momentos y para nuestro caso.

### 5. *Insuficiencia del crédito interno*

La realidad del contrato de crédito externo no ha nacido casualmente: Una de las primeras circunstancias que lleva a aquella situación es la insuficiencia tanto de capitales internos como, en consecuencia, de la disponibilidad del crédito público interno.<sup>20</sup>

Para obras públicas de magnitud, se torna de importancia fundamental aquella circunstancia señalada por HAMSON: “La insuficiencia del capital, una característica casi definitoria de países subdesarrollados,” que es la que lleva a que “económicamente, por lo tanto, la primera tarea es encontrar las fuentes de formación de capital.”<sup>21</sup> Las fuentes del capital deben distinguirse según el financiamiento que se busque sea interno o externo, público o privado.

En el caso del financiamiento interno, parece poco probable que el crédito privado pueda ser suficiente para solventar grandes obras públicas; en cuanto al crédito público, él no puede hallarse por la vía de los bancos provinciales, cuyas cartas orgánicas, por lo general, suelen tener cláusulas prohibitivas de la efectivización de créditos a los entes estatales nacionales, provinciales o municipales. Igual prohibición encontramos en el Banco de la Nación Argentina,<sup>22</sup> aunque puede conceder créditos a las sociedades mixtas y empresas comerciales o industriales del Estado, en las condiciones que su carta orgánica especifica. El Banco Nacional de Desarrollo (ex Banco Industrial de la República Argentina) podría aparentemente contribuir al financiamiento de obras, ya que en su caso la carta orgánica no contiene norma alguna prohibitiva, sino que, por el contrario, confiere como objetivo principal el financiamiento de “obras de infraestructura.”<sup>23</sup> Pero, claro está, su capital es inadecuado a esos fines.<sup>24</sup> Por su parte, las empresas públicas generalmente adolecen de una deficiente estructura financiera y no cuentan por ello con recursos propios para atender a las necesidades de su expansión, debido

<sup>20</sup> Sobre las causas y consecuencias de la carencia de crédito público interno en la Argentina, puede verse FORINO, SABATINO A., *El desarrollo económico y la política fiscal*, Buenos Aires, 1966, pp. 182-186.

<sup>21</sup> HAMSON A. H., *Public Enterprise and Economic Development*, Londres, 1959, p. 24. Otro autor habla del “desfinanciamiento crónico del presupuesto,” debido a “cierto grado de inflexibilidad automática del sistema de financiamiento,” además del carácter regresivo e ineficiente del sistema tributario. “En suma, el desequilibrio del presupuesto en América Latina no es consecuencia de una concepción teórica aceptada sino que es un fenómeno “inducido” por la dependencia económica del exterior, por factores estructurales del sistema fiscal interno y por el escaso desarrollo de las fuerzas productivas nacionales.” MARTNER, GONZALO, *Planificación y presupuesto por programas*, México, 1987, pp. 33 y 34.

<sup>22</sup> Decreto-ley 13129/57, art. 18, inciso a).

<sup>23</sup> Decreto-ley 19063/71, de 28 de mayo de 1971, B. O. de 18 de julio de 1971, art. 2°, inc. a).

<sup>24</sup> Ello, unido a que la política del Banco, tanto bajo su actual denominación como la anterior de “Banco Industrial de la República Argentina,” estuvo siempre orientada al apoyo y financiamiento a la industria privada, y no al financiamiento de la empresa pública, problema éste que dejó librado al Tesoro nacional en forma directa y, en consecuencia al crédito externo. Solamente el Banco Nacional de Desarrollo ha intervenido en diversas operaciones de crédito externo de empresas públicas nacionales, actuando como avalista o garante de la operación.

en parte a decisiones de política económica del gobierno central, en el sentido de que los usuarios no costeen íntegramente el servicio y su crecimiento.<sup>25</sup>

## 6. Contrato de crédito externo “público” y “privado”

### 6.1. Diferencias de encuadre teórico

Para el caso de que el crédito interno privado o público no resulte suficiente o no esté disponible para el financiamiento estatal, corresponde entonces analizar la situación del crédito externo, desde el punto de vista jurídico. También aquí puede en el plano teórico distinguirse según el crédito sea público o privado, en el sentido de si los convenios que lo originan pertenecen a una u otra rama del Derecho. Si el contrato es privado, el derecho aplicable es el derecho internacional privado, mientras que si el contrato es público se torna de aplicación el derecho público.<sup>26</sup> La distinción entre crédito público y privado, que no se suele hacer en otros contratos del Estado,<sup>27</sup> se hace entonces en el caso de los contratos de crédito o empréstito, por aplicación del derecho internacional consuetudinario, público y privado.

El contrato es público, y con ello se aplica el derecho internacional público, cuando el empréstito se realiza con una entidad pública internacional o con otro Estado. El segundo caso es poco común, ya que cuando un Estado oficialmente otorga créditos a otros Estados, suele hacerlo a través de institutos descentralizados, como es el caso del Instituto de Crédito para la Reconstrucción, de Alemania (*Kreditanstalt für die Wiederaufbau*), y además otorga el crédito generalmente a un ente descentralizado del Estado que recibe el financiamiento, con lo cual, en la interpretación vigente, también cae dentro de la órbita del derecho internacional privado y del derecho privado pertinente.<sup>28</sup>

Cuando el empréstito se realiza con una entidad pública internacional, cabe distinguir según el Estado se halle o no adherido por la ley al convenio de creación de la entidad internacional. En el primer caso ya la ley de adhesión implica una aceptación, cuya constitucionalidad no ha sido hasta el presente puesta firmemente en duda, de las cláusulas que el acta constitutiva contiene, entre las que figuran las relativas al otorgamiento y régimen de los créditos a conceder por el organismo a los Estados miembros. Es lo que ocurre, por ejemplo, en el

<sup>25</sup> Véase JARACH, DINO, *Estudio sobre las finanzas argentinas*, Buenos Aires, Depalma, 1961, pp. 45-46; FORINO, *op. cit.*, pp. 186-189. En lo que hace al régimen jurídico de las empresas públicas véase GORDILLO, *Empresas del Estado*, Buenos Aires, Macchi, 1966.

<sup>26</sup> PTN, *Dictámenes*, 103: 191, 193 vuelta y 194.

<sup>27</sup> Véase nuestro *Derecho administrativo de la economía*, Buenos Aires, 1967, cap. XVI, en lo referente al derecho público interno; también nuestro artículo “Los contratos administrativos,” cap. I del libro de la AADA *Contratos administrativos. Regímenes de pago y actualización*, Buenos Aires, 1977.

<sup>28</sup> PTN, *Dictámenes*, 83: 76; 103: 311 de 1962, en que se trataba de un crédito del *Kreditanstalt für die Wiederaufbau* a la Comisión Nacional de la Energía Atómica.



caso del Banco Interamericano de Desarrollo, cuyo convenio entró en vigencia en la Argentina el 30 de diciembre de 1959, y fue aprobado por la Ley 14.843.<sup>29</sup> Los contratos celebrados por el Estado nacional con el BID han sido considerados regidos por el llamado derecho de gentes o derecho internacional público,<sup>30</sup> aunque sus cláusulas son las comunes en materia de crédito externo.

## 6.2. *Similitud real entre el crédito externo “público” o “privado”*

Ahora bien, desde un punto de vista práctico, la experiencia recogida en los últimos años demuestra que en el plano jurídico no hay diferencias sustanciales para la posición del país que recibe el crédito, según que el mismo se rija por el derecho internacional público o privado. En el primer caso, la interpretación constitucional usual es que se requiere la autorización legislativa para contraer el empréstito, aunque ésta se entiende dada genérica y explícitamente al adherirse el Estado miembro al organismo internacional,<sup>31</sup> o surge de las leyes anuales de presupuesto,<sup>32</sup> en la medida en que facultan a recurrir al crédito externo para cubrir las necesidades del presupuesto si los recursos ordinarios no son suficientes para ello.

En lo que hace a las condiciones y régimen de los contratos, ley aplicable, jurisdicción, eventual arbitraje, etc., todo ello ha sido estatuido por la práctica crediticia de los organismos pertinentes. Es necesario en este aspecto, para comprender cabalmente cómo se ha planteado el problema, colocarse en la óptica del organismo, público o privado, que otorga el crédito: Éste quiere títulos de crédito que sean fácilmente negociables, para poder mover su capital, refinanciar el crédito, transferirlo, etc.; y para ello necesita que el régimen jurídico de esos títulos de crédito sea tanto más seguro cuanto sea posible, en lo que hace a su exigibilidad efectiva.<sup>33</sup> De allí que se introduzcan en los contratos de crédito

<sup>29</sup> B.O. del 3 de octubre de 1959 y ADLA XIX-A, p. 94 y ss.

<sup>30</sup> PTN, *Dictámenes*, 82: 279-280.

<sup>31</sup> Como es el caso de la Argentina en el Banco Interamericano de Desarrollo, ley 14843; PTN, *Dictámenes*, 82: 279-280.

<sup>32</sup> Así como las leyes o decretos-leyes 17.579, 17.883, 18.952, etc. En el segundo caso indicado se trataba de una ley especial para el convenio. También puede mencionarse el artículo 33 de la ley complementaria permanente del presupuesto, 16.911, ADLA, XXVI-B, p. 781. Véase la autorización genérica de la ley 16.432, art. 48, B.O. del 13 de enero de 1962; ley núm. 14.794, art. 11, B. O. del 21 de enero de 1959. Véase también el artículo 1° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, según la reforma introducida por el Decreto-ley 22.434/81.

<sup>33</sup> Tampoco están ajenas consideraciones de otra índole, pues como dice ROSENSTEIN-RODAN, las sospechas de ataduras políticas podrían “desaparecer” si la ayuda fuera prestada por una agencia multinacional antes que nacional (extranjera), “pero aún una organización internacional no está necesariamente por encima de la sospecha de influencias políticas trabajando dentro de ella.” Véase ROSENSTEIN-RODAN, “The Consortia Technique,” en el libro *Foreign Aid*, editado por JAGDISH BHAGWATI y RICHARD S. ECKAUS, Londres, 1970, p. 224. Esta “sospecha,” desde luego, se aplica a todos los organismos internacionales, en mayor o menor medida. A su vez, cabe destacar que más de cuatro quintos de la ayuda internacional es otorgada por acuerdos bilaterales, con lo cual la significación de la ayuda multilateral es reducida; las naciones desarrolladas no están inclinadas

modalidades operativas que aunque no surgen de normas de derecho positivo, emergen, en cambio, de usos y costumbres o exigencias de los organismos de crédito, para enmarcar y encuadrar el crédito dentro del derecho internacional público o privado, de modo tal que aquella exigibilidad efectiva del título del crédito no se vea afectada.

La finalidad buscada por la parte que otorga el préstamo, pues, es siempre la misma, cualquiera sea el régimen jurídico dentro del cual vaya a caer el contrato, y, por lo tanto, los rasgos esenciales de éste se han tornado similares a través del tiempo, en la medida en que los Estados en vías de desarrollo han necesitado recurrir al crédito externo y han tenido que ajustarse a las cláusulas impuestas por el organismo crediticio, so pena de no recibir el crédito requerido. Esas cláusulas impuestas en las tratativas por el organismo de crédito, a su vez, se han ubicado en el marco normativo nacional a través de distintas modalidades que se verán a lo largo de este trabajo, las que en general tienden a proteger la situación jurídica del organismo crediticio, y a no otorgar privilegios al organismo nacional que recibe el préstamo. Esta modalidad operativa de los organismos de crédito extranjeros, públicos o privados, ha caracterizado el régimen de los créditos otorgados por ellos a los países en vías de desarrollo, y mientras el régimen de relaciones económicas y de poder internacional no varíe, difícilmente cambiará por sí sólo el régimen jurídico que se ha tornado aplicable a dichos préstamos. Los diversos recaudos jurídicos han sido formalmente cubiertos, cada vez más perfeccionadamente, en el otorgamiento de los créditos, satisfaciéndose así simultáneamente las normas jurídicas nacionales y las normas jurídicas internacionales, en el plano formal, sin perjuicio de la observación relativa a la conveniencia o inconveniencia política y económica de acudir al préstamo internacional en las circunstancias que exponemos.

### *7. Reflexiones de política económica y política jurídica*

Es necesario además hacer otras reflexiones: *a)* Por un lado, está el aspecto de la necesidad que los gobiernos suelen sentir o interpretar, de obtener financiamiento externo, en las condiciones económicas del mercado internacional de capitales; *b)* por otro lado, están las consideraciones políticas sobre el papel que desempeña el país en el concierto de las naciones cuando recurre al crédito externo en las condiciones en que éste es brindado. En este aspecto puede recordarse la preocupación de un autor que expresa “La oposición a los empréstitos extranjeros se funda en motivos políticos porque la experiencia histórica indica que más de una vez fueron utilizados como instrumento de dominio... Este peligro se disminuye

a canalizar toda su ayuda externa a través de una organización internacional. (*Op. loc. cit.*) Por el conjunto de las circunstancias señaladas, ROSENSTEIN-RODAN propone la idea de “ayuda bilateral dentro de un programa multilateral” (p. 225), pero ello no modifica en nada el sistema institucional del financiamiento, como estamos mostrando en el texto.

considerablemente cuando el país acreedor no es una potencia política internacional. Económicamente es indudable que los empréstitos externos desempeñan una función productiva muy importante, más aún que los empréstitos internos, por cuanto estos últimos sólo significan una traslación de poder de compra en el mercado interno pero no agregan nuevos capitales a los factores de la producción, como ocurre con los empréstitos extranjeros.”<sup>34</sup> En esa doble preocupación, de obtener el capital externo, pero hacerlo de modo tal que los intereses del país no sufran detrimento, está el *quid* económico-político de la cuestión. Cada gobierno debe determinar si necesita o no, y en qué medida, del crédito externo y negociar tan bien como pueda o quiera cuáles son las condiciones en que pedirá o recibirá la ayuda exterior, o rechazar la influencia exterior sí de eso se trata.<sup>35</sup> Cada caso debe considerarse en su tiempo y lugar, y negociarse si así corresponde: Desde el punto de vista positivo cada gobierno puede celebrar un contrato de préstamo en la Argentina, pagadero en la Argentina, sujeto a las leyes argentinas y a los tribunales argentinos... si los tomadores existen. Pero si no encuentra en el mercado internacional de capitales aquellos que estén dispuestos a venir en tales condiciones, entonces puede no pedir el crédito, no aceptarlo, o comenzar a negociar. La experiencia prueba que habitualmente se intenta negociar, y que el primer punto que interesa al inversionista es la seguridad de su inversión; seguridad que al parecer sólo considera dada cuando la ley y la jurisdicción del convenio es otra que la del deudor. Hay de por medio una cuestión de confianza al país y/o gobierno que lo dirige: A mayor confianza, mayor predisposición podrá haber de inversionistas extranjeros en tomar empréstitos sujetos a la legislación y jurisdicción local; a menor confianza, mayor exigencia de que la jurisdicción y la ley sean otras. En los últimos años se han firmado convenios de préstamos cuyo lugar de ejecución era Alemania, Canadá, Francia, Estados Unidos, Japón, etc.: En cada caso, obviamente, el lugar fue de hecho exigido por el consorcio<sup>36</sup> que efectuaba el préstamo; la variedad de países, que no se agota en la enumeración antedicha, demuestra, a su vez, que no se trata de confianza en un determinado país como sede del contrato, sino más bien de desconfianza en la jurisdicción y legislación del país deudor.

<sup>34</sup> CAPLAN BENEDICTO, *Finanzas públicas*, Buenos Aires, Oresme, 1955, pp. 339 y 340.

<sup>35</sup> Lo cual lleva al plano nacional el problema individual de la “libertad de la necesidad.” Sobre esto último véase TREVES, GIUSEPPINO, “El «Estado de bienestar» en el «Estado de Derecho»,” en *Revista de Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, 1959, tomo XVIII, p. 5; nuestro libro *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio*, Buenos Aires, Macchi, 1973. p. 233; *Introducción al derecho de la planificación*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1981, p. 22 y ss.; *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, Buenos Aires, Macchi, 1974, reimpresión, 1977, cap. III, § 18 y ss.

<sup>36</sup> Para otros aspectos de la “técnica del consorcio,” últimamente dominante, véase ROSENSTEIN-RODAN, *op. loc. cit.* Dado que la gran mayoría de los créditos que no provienen de organismos públicos internacionales (BID, etc.), son otorgados por consorcios de bancos de una amplia gama de países, incluyendo bancos oficiales de países no desarrollados, queda más desdibujado aún el país predominante en posición de acreedor.

Fruto de esa desconfianza son, precisamente, las exigencias de que haya un dictamen de los más altos organismos de asesoramiento letrado del país deudor, expresando que el contrato es válido y se han cumplido todos los requisitos legales y constitucionales: Es para seguridad del inversor y del título de crédito que se emite. Quizá por ello la intervención de tales organismos ha pasado a tener, a veces, un carácter más rutinario y en lugar de reproducir los debates de anteriores pronunciamientos se limitan a dar una fórmula genérica de aprobación. Incluso se dan situaciones en algunos países de América Latina en las cuales el organismo de asesoramiento emite el dictamen favorable para entregar el acreedor, pero por separado hace conocer al Poder Ejecutivo sus dudas sobre la validez del convenio, o recomienda su aprobación por ley. Y también a veces el propio Poder Ejecutivo es el que pide especialmente el dictamen favorable, por serle imprescindible, a su juicio, el financiamiento externo que está a punto de obtener o finiquitar.

La misma preocupación la han tenido países más desarrollados. Así, por ejemplo, GUNNAR MYRDAL recomienda determinadas reglas de política económica para la formación de fondos a corto plazo y empréstitos extraordinarios, las que sugiere deben tener “el carácter de ley, e incluso de ley fundamental.”<sup>37</sup> Otros autores opinan más desfavorablemente de las inversiones privadas extranjeras que de las inversiones extranjeras públicas,<sup>38</sup> concluyendo en que “se ha tratado de paliar estos inconvenientes de diversos modos, especialmente asociando fondos de origen privado a préstamos que adoptan la forma de préstamos públicos, puesto que son concedidos a los gobiernos por organismos internacionales.”<sup>39</sup>

Con todo, ocurre que el otorgamiento del crédito por un organismo internacional, como pueda ser el Banco Interamericano de Desarrollo, el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, el Export-Import Bank, etc., debe realizarse casi siempre de acuerdo a las pautas que fija la carta orgánica o estatuto constitutivo del organismo respectivo. En el caso del BID, por ejemplo, el convenio constitutivo fija la oficina principal en Washington (art. XIV, sección 1), con lo cual queda determinado el domicilio del que otorga el préstamo y consecuentemente su lugar de operaciones. A su vez, las decisiones del Directorio del Banco “se inspirarán únicamente en consideraciones económicas” [art. VIII, sec. 5, apart. f), *in fine*], y las condiciones de los préstamos se fijarán “tomando en cuenta el interés de

<sup>37</sup>MYRDAL, GUNNAR, *Los efectos económicos de la política fiscal*, Barcelona, Aguilar, 1962, p. 166. También hay autores que hacen un juicio más categórico, por ejemplo VAN DER BORGH, *Hacienda pública*, Barcelona, 1929, p. 165: “... se producen determinadas relaciones con las potencias capitalistas extranjeras, que, cuando se trata de Estados, pueden tener como consecuencia, en algunas circunstancias, una desventajosa dependencia del extranjero en el orden político.” “La realización de préstamos del Estado en el extranjero puede ser considerada, en un momento dado como síntoma de debilidad financiera y económica.” (*Op. cit.*, p. 165.)

<sup>38</sup>BARRERE, ALAIN, *Política financiera*, Barcelona, Editorial Luis Miracle, S. A., 1963, pp. 594-598.

<sup>39</sup>BARRERE, *op. cit.*, p. 598. Para un punto de vista diverso, véase NURKSE, RAGNAR, *Problemas de formación de capital*, México, Fondo de Cultura Económica, 1963, 3ª ed., p. 142 y ss.

los países miembros directamente relacionados con la solicitud particular de préstamo o garantía, así como el interés de los miembros en general” [art. III, sec. 8; apart. b)]. Y es evidente que las consideraciones económicas que hacen al interés de los miembros en general se vinculan principalmente a la seguridad del capital que cada uno de ellos ha invertido en la corporación internacional; de allí se desprende que el criterio de los directivos del Banco no puede ser otro que el de otorgar a sus préstamos el máximo posible de garantías de cumplimiento. Entre ellas está, indudablemente, la referida a que el juez y la ley aplicables al contrato no sean precisamente las del país que pide el préstamo, sino, preferiblemente, la de un país desinteresado de la operación del deudor, con estabilidad legislativa y jurisdiccional. El propio país deudor no siempre evitará querer modificar unilateralmente los términos de su compromiso, y ello sólo lo puede hacer si su propia legislación y jurisdicción le son aplicables; en cambio, si el contrato se rige por otra legislación y jurisdicción, no tiene otro camino que cumplir con lo pactado, renegociar la deuda o buscar alguna otra salida convencional que satisfaga a los acreedores.<sup>40</sup>

Por ello es que en el plano jurídico formal no resulta, en definitiva, existir profunda diferencia entre un contrato celebrado bajo el marco del derecho internacional público o del derecho internacional privado. Un convenio celebrado entre dos países, o entre un país y un organismo internacional, podría caer dentro del ámbito del derecho público,<sup>41</sup> pero si el propio país que otorga el préstamo, o el organismo internacional que lo hace, actúa por intermedio de un ente descentralizado (el caso del *Kredilanstalt für die Wiederaufbau* de Alemania), y otorga el crédito no al gobierno, sino a otros entes descentralizados, bajo el aval de un tercer ente descentralizado, entonces el argumento de la inmunidad soberana ya no puede esgrimirse, a menos que se recurra a una teoría similar a la del “descorrimiento del velo” en el derecho privado. Con todo, esa argumentación podrán recibirla con simpatía solamente los tribunales nacionales o al menos los tribunales de otros países también en vías de desarrollo: Los tribunales de los países desarrollados tendrán mayor interés en el respeto y cumplimiento a las obligaciones formalmente pactadas, y no se inclinarán a aceptar argumentos o teorías que impliquen negar validez a un contrato que de acuerdo a su derecho interno no adolece de vicios sustanciales que torne en nula la deuda contraída en dicho país bajo su legislación y jurisdicción.

<sup>40</sup> Lo cual, a su vez, entraña otros riesgos: Véase BURATO, ALFREDO. *Manual de finanzas públicas*, Buenos Aires, 1967, p. 255. Cuando el Estado tiene que negociar o renegociar su deuda externa, es inevitable que tenga que contestar preguntas y ofrecer soluciones para otros problemas internos que se encuentren pendientes y en los cuales estén interesados los acreedores.

<sup>41</sup> PTN, *Dictámenes*, 103: 191, 193 vuelta y 194.

### 8. *El sistema de control*

Con lo expuesto volvemos al punto de partida: Que no es por la vía de elucubraciones jurídicas, o de argumentaciones constitucionales, por las cuales se obtendrán resultados prácticos en esta materia. Veremos a lo largo de este trabajo cómo las argumentaciones normativas que puedan esgrimirse y se han esgrimido en el pasado no han sido ni serán tampoco eficaces en el futuro, casi seguramente, para modificar el funcionamiento del mecanismo internacional actual del crédito externo. Quienes, en el plano interno, consideren inadecuado al sistema o la modalidad normativa bajo la cual opera el crédito obtenido por el país, habrán entonces de preocuparse por otros mecanismos de solución. Hemos sostenido ya que la cuestión central está en elaborar un modo eficaz de controlar a la administración pública,<sup>42</sup> puesto que si los controles internos fracasan, tardíos son después los lamentos sobre el régimen jurídico de los actos que han escapado al control. El sistema de los contratos de crédito externo no es, en este aspecto, sino un ejemplo más de cómo el énfasis normativo ha probado ser inadecuado para satisfacer las aspiraciones de un moderno control de la administración pública. El problema no radica en la organización o funcionamiento de tal o cual órgano existente de control, ni en la emisión o ausencia de tal o cual norma sustantiva de derecho, sino en los métodos y órganos inexistentes de control, en las falencias del control como sistema: Qué puede hacerse en la materia, lo hemos dicho ya en otra parte.<sup>43</sup>

### II. *Régimen jurídico particular*

#### 9. *Lugar de celebración y de ejecución del contrato: Un país extranjero*

La modalidad operativa de estos contratos y las cláusulas que además se les incorporan explican su encuadre jurídico en derecho internacional. Lo usual es que el contrato se celebre en el país donde tiene su sede la o las entidades

<sup>42</sup>Nuestro libro *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, Madrid, Civitas, 1981. Para algunos aspectos y problemas parciales, véanse nuestros trabajos "Participation in State and Non State Public Administration in Latin America," presentado al seminario *Law in the Design and Administration of Strategies of Alternative Development*, Universidad de Warwick, Coventry, Inglaterra, 1980; nuestro artículo "Viejas y nuevas ideas sobre participación en América Latina," en la *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, volumen XLVII-1981, Bruselas, 1981, N° 2, pp. 126-132; nuestro trabajo y ponencia sobre "Tribunales administrativos," presentados al *XI Congreso Nacional de Derecho Procesal*, La Plata, 1981. Son éstas algunas de las muchas cosas que pueden hacerse por mejorar el control de la administración pública, que resumimos en el libro citado en primer lugar, y es por ellas por donde a nuestro juicio corresponde encaminar nuestras preocupaciones. El presente trabajo intenta demostrar, en el caso concreto, la insuficiencia a estos efectos del sistema tradicional.

<sup>43</sup>Nuestro libro *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, Madrid, Civitas, 1981.

crediticias,<sup>44</sup> por intermedio del embajador acreditado ante dicho país,<sup>45</sup> o de un representante especialmente designado al efecto. En el primer caso ello es legalmente posible, pues aunque se trata de una entidad descentralizada, ella integra la administración nacional, de la cual es jefe el Poder Ejecutivo (art. 86, inciso 1° de la Constitución), y es representada en el extranjero por los integrantes del Servicio Exterior, del cual forman parte los embajadores a tales efectos.<sup>46</sup> En consecuencia de ello se puede fijar como domicilio a los efectos del contrato la sede de la embajada argentina en el país que otorga el crédito,<sup>47</sup> los títulos se emiten en el mismo lugar, el crédito es también efectivizado allí en una cuenta abierta a nombre del Banco Central Argentino en su carácter de agente financiero del gobierno argentino; tales títulos son pagaderos en dicho lugar de celebración del contrato.

### 9.1. *Derecho civil nacional*

Como conclusión de ello, la ley de aplicación es la del lugar de ejecución y de celebración del contrato, y consecuentemente la jurisdicción aplicable es la del lugar. Así resulta de los artículos 1210, 1215 y 1216 del Código Civil, en cuanto al derecho nacional de fondo.<sup>48</sup>

### 9.2. *Derecho procesal nacional*

En materia procesal, la misma solución se funda en el hecho de tratarse de acciones de naturaleza procesal. El CPCC de la Nación declara competentes para acciones personales en primer lugar a los jueces del lugar de cumplimiento de la obligación (art. 5°, inciso 3°), por lo que también por dicha razón son competentes los jueces del lugar de cumplimiento de la obligación, inclusive aunque el deudor no tenga su domicilio allí (arg. arts. 1215 y 1216 del Código Civil) y se encuentre “aunque sea accidentalmente” en el lugar. (CPCC, art. 5°, inc. 3 *in fine*.)

<sup>44</sup> Banco o consorcio de bancos, generalmente. En estos casos, por lo general un Banco determinado asume el rol de organizador del consorcio, y será su propio domicilio el que resultará entonces elegido como lugar de celebración y ejecución del contrato.

<sup>45</sup> Así en el caso dictaminado por la PTN, *Dictámenes*, 110: 183 y 109: 311. Lo lógico, en efecto, es utilizar el servicio exterior de la Nación, y no enviar representantes especiales a un acto que es meramente formal.

<sup>46</sup> *Dictámenes*, 110: 383; ley 17.702, B. O. 18-V-68, art. 16, inc. a).

<sup>47</sup> Así en el caso de *Dictámenes*, 103: 191. La fijación de domicilio no alcanza a constituir lugar de celebración del contrato, y no se vincula por ello con el principio de la extraterritorialidad del lugar de la embajada.

<sup>48</sup> Art. 1.216: “Si el deudor tuviere su domicilio o residencia en la República, y el contrato debiese cumplirse fuera de ella, el acreedor podrá demandarlo ante los jueces de su domicilio, o ante los del lugar de cumplimiento del contrato, aunque el deudor no se hallase allí.”

### 9.3. *Derecho internacional privado. Los tratados de Montevideo*

A su vez, el derecho internacional procesal privado, por ejemplo de los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, art. 56, expresa que en materia de acciones personales son competentes los tribunales de aquel país cuyo derecho resulta aplicable a la materia controvertida. De igual modo, a la inversa, es doctrina común que la sumisión a los tribunales de un país lleva implícito el sometimiento a la ley que estos tribunales aplican, de acuerdo a la regla *Qui eligit iudicem eligit ius*.<sup>49</sup>

#### 10. *La inaplicabilidad de la regla “par in parem non habet imperium”*

Por ello, como afirma GOLDSCHMIDT,<sup>50</sup> la improrrogabilidad de la jurisdicción nacional con respecto a la extranjera supone su exclusividad, mientras que a la inversa nada obsta a que la prórroga se disponga si aquélla es concurrente, o ni siquiera existente,<sup>51</sup> tal el caso de los arts. 1215 y 1216 del Código Civil argentino, cuando el contrato de préstamo se celebra en el exterior, los títulos de crédito se emiten en el mismo lugar, el crédito se otorga y abona allí, y la obligación es también exigible allí.<sup>52</sup>

Esta sumisión a los tribunales y al derecho externo es así válida de acuerdo al derecho nacional, cuando el contrato se celebra en las condiciones expuestas, lo que, por lo demás, constituye una exigencia de las entidades que efectúan los préstamos.

Es en virtud de ello que se comprende en el derecho extranjero y nacional la validez normal —prescindiendo de valoraciones políticas o económicas— de cláusulas tales como que el avalista usualmente exigido —el Banco Nacional de Desarrollo, antes Banco Industrial de la República Argentina—... “está generalmente sujeto a la acción judicial y que ni él ni sus bienes gozan de derecho de inmunidad con respecto a juicio o procedimiento legal por razones de inmunidad basada en soberanía o por cualquier otro motivo; y, en la medida en que el garante o sus bienes gocen o en adelante puedan adquirir dicho derecho de inmunidad ya sea con respecto a la jurisdicción o formalización, el garante por la presente renuncia irrevocablemente a dicho derecho con respecto a sus obligaciones en virtud de esta garantía.”

De esta manera, haciendo avalar la operación a una entidad descentralizada del Estado, se soslaya el planteo de la soberanía del Estado, y celebrando y ejecutando el contrato en el exterior, se introduce la validez formal de las demás

<sup>49</sup> WOLFF, MARTÍN, *Private International Law*, Oxford University Press, 1945, N° 419; PTN, *Dictámenes*, 93: 158 y 238. (Vuelta.)

<sup>50</sup> GOLDSCHMIDT, WERNER, “Derecho internacional procesal en el nuevo código procesal civil y comercial,” *ED*, t. 19, p. 853.

<sup>51</sup> GOLDSCHMIDT, *op. loc. cit.*

<sup>52</sup> “Siguiendo esta opinión, si el lugar de cumplimiento del mutuo se encuentra en el extranjero, la jurisdicción argentina es sólo concurrente (art. 1216 del Código Civil) y nada se opondrá, por ende, a que las partes se sometan a jueces o árbitros del extranjero.” PTN, *Dictámenes*, 110: 167, 169.



cláusulas bancarias usuales en este tipo de operaciones: a) Aceptación expresa de la jurisdicción de los tribunales del lugar de cumplimiento de la obligación; b) dictamen en que conste que lo convenido en los pagarés es válido de acuerdo a las leyes de la República y que la renuncia a la inmunidad de jurisdicción es válida; c) aceptación de otras cláusulas punitivas para caso de incumplimiento.

De esta forma también resulta obviada la objeción que puede emerger del principio de igualdad de los Estados, tratándose de contratos regidos por el derecho internacional público, casos en los cuales, además, la aceptación del Convenio Constitutivo de la entidad crediticia, por ley nacional, elimina adicionalmente otras objeciones. (El caso del BID.) La regla *par in parem non habet imperium*, es decir, que ningún Estado puede pretender ejercer jurisdicción sobre otro, a menos que se someta voluntariamente a ella,<sup>53</sup> ha quedado así, tradicionalmente, salvada. Por lo demás, es regla que la inmunidad de los Estados no alcanza a los entes autárquicos del Estado,<sup>54</sup> a menos que se los demande conjuntamente por haber actuado el ente autárquico en nombre de la Nación,<sup>55</sup> pero en tales casos la Nación contesta la demanda oponiéndose por la vía diplomática, sin presentarse al juicio, para que no se pueda interpretar que la sola comparencia ante el tribunal implica una sumisión al mismo, aunque se la haga al solo efecto de protestar contra su jurisdicción.<sup>56</sup> Claro está, la no contestación de la demanda por parte de la Nación, y su presentación por la sola vía diplomática<sup>57</sup> puede solucionar el problema de ella como país soberano, pero no el problema presentado el ente autárquico deudor o garante de la operación. Como se ha dicho ya en oportunidades anteriores, en tales casos “mi media probabilidad razonable de que los tribunales (extranjeros) concedan al Banco Industrial de la República Argentina la inmunidad jurisdiccional.”<sup>58</sup>

<sup>53</sup> OPPENHEIM, *International Law*, Londres, Longmans, Green and Company, 1953, 7ª ed., § 115, a), p. 239 y ss.

<sup>54</sup> RIEZLER ERWIN, *Internationales Zivilprozessrecht*, Tübingen, Gruyter-Mohr, 1949, p. 404. Véase también *infra*, punto 3.

<sup>55</sup> ERWIN, *op. loc. cit.*

<sup>56</sup> Así en el derecho norteamericano. Véase *Restatement of the Law of the Conflict of Laws*, American Law Institute Publishers, St. Paul, 1934, p. 124.

<sup>57</sup> El Estado extranjero no tiene que comparecer en los estrados judiciales argentinos; es suficiente que declare al Ministerio argentino de Relaciones Exteriores... que no admite la jurisdicción argentina para que el juez argentino no dé lugar a la demanda.” (PTN, *Dictámenes*, 82: 203, 205.) Con ello se invoca el principio de reciprocidad y se pide el mismo tratamiento del otro Estado, uniendo así el principio de reciprocidad a las reglas del derecho internacional público consuetudinario acerca de la exención de jurisdicciones extranjeras.

<sup>58</sup> PTN, *Dictámenes*, 112: 409, 410. Desde luego, esto surge de que hay además normas legislativas que consagran el principio decreto-ley 20.461/73, B. O. 14 de junio de 1973, luego mantenido en el decreto-ley 22.434/81, artículo 1º del CPCC de la Nación, Tampoco puede esgrimirse la posible inconstitucionalidad de la norma legislativa, cuando el contrato ha sido celebrado y ejecutado en el exterior; distinto sería el caso, desde luego, si estuviéramos ante un contrato destinado a ser ejecutado en el país.

### 11. La “inmunidad soberana”

Otro de los problemas concretos que debe ser analizado en relación a este tipo de contratos de crédito es el relativo a la demandabilidad del Estado, ya mencionada, que podría oponerse como valla a la percepción del crédito por el acreedor en caso de incumplimiento del deudor.

Sin perjuicio de que la doctrina moderna por lo general no acepta la tesis de la “inmunidad” del Estado a juicio, considerándola un resabio de épocas monárquicas,<sup>59</sup> debe observarse que el argumento no puede de todas maneras plantearse en cualquier oportunidad procesal, sobre todo si el asunto ha de hacerse valer ante estrados extranjeros.

En el derecho interno prevalece la opinión de que debe considerarse superado este privilegio de origen monárquico, que impediría a los particulares obtener protección judicial ante los estrados nacionales contra los actos del propio gobierno. En el derecho internacional, en cambio, la regla de la inmunidad soberana es por lo general admitida, pero con el alcance de que un *Estado* no puede ser sometido contra su voluntad a los tribunales de otro Estado. Con todo, hay autores y precedentes jurisprudenciales en favor de admitir la jurisdicción de los tribunales de otro Estado, cuando se estima que el Estado extranjero ha actuado bajo un régimen de derecho privado: “El Estado puede contratar en este carácter y al hacerlo se coloca en la situación de un deudor ordinario;”<sup>60</sup> “Si él renuncia a su prerrogativa soberana al efectuar el contrato, no la puede reclamar para sustraerse a la ejecución de sus obligaciones.”<sup>61</sup>

También se han aceptado principios favorables a la jurisdicción extranjera en casos relativos a barcos, por ejemplo en la Convención diplomática de Bruselas de 1926, con la excepción de los buques de guerra, buques hospitales, de sanidad, y algunos casos más.<sup>62</sup> Lo mismo ocurre especialmente, según ya vimos, en el caso de las entidades descentralizadas del Estado, habiéndose llegado en algún caso a dictar normas expresas al efecto. En el caso del Banco de la Nación Argentina ya citado, el Decreto-ley 20461/1973 dispuso: “Facúltese al Banco de la Nación Argentina a no oponer<sup>63</sup> la exención jurisdiccional cuando actúe en países extran-

<sup>59</sup> La evolución de este principio en el derecho argentino la expusimos en *Procedimiento y recursos administrativos*, Buenos Aires, Macchi, 1971, 2ª ed., pp. 477, 481. Véase también DOMÍNGUEZ, ALBERTO, “El problema de la responsabilidad del Estado,” en *Anuario del Instituto de Derecho Público*, t. VIII, Rosario, 1948, p. 95 y ss. En Estados Unidos el problema también se ha superado, como explica WRIGHT, WILLIAM B., *The Federal Tort Claims Act*, Nueva York, 1957, pp. 7, 10; para Inglaterra y Europa continental véase STREET H., *Governmental liability*, Cambridge, Gran Bretaña, 1953, p. 182 y ss.; WADE, H. R. W., *Administrative Law*, Oxford, Inglaterra, 1977, 4ª ed., p. 862 y ss.

<sup>60</sup> RUIZ MORENO, ISIDORO, *El derecho internacional público ante la Corte Suprema*, Buenos Aires, Eudeba, 1970, p. 90.

<sup>61</sup> MERIGNAC, *Traité de droit public international*, t. I, París, 1905, p. 460 y ss; RUIZ MORENO, ISIDORO, *op. cit.*, p. 90.

<sup>62</sup> Véase RUIZ MORENO, ISIDORO, *op. cit.*, p. 92.

<sup>63</sup> Y por lo tanto a renunciar *ex ante* a oponer.

jeros, realizando actos comerciales como persona de derecho privado.”<sup>64</sup> Entre los fundamentos de la medida se señalaba, precisamente, la finalidad de actuar en el extranjero a través de representaciones y sucursales, a cuyo efecto “resulta no sólo necesario sino también ineludible que el banco declare, en cuanto actúe en la esfera del derecho privado, que no pretenderá oponer la exención de jurisdicción de los tribunales extranjeros de los países donde actúe.”<sup>65</sup> De ahí en general el sistema de que los entes descentralizados del Estado no resulten alcanzados en el derecho internacional por la regla de inmunidad de jurisdicción de los Estados.

Muchas veces se ha dudado de la constitucionalidad del sometimiento a la jurisdicción de un tribunal extranjero,<sup>66</sup> aunque la Corte Suprema argentina ha admitido que ello es admisible cuando resulta de una disposición legal expresa, en el caso de entes autárquicos,<sup>67</sup> pero la cuestión inevitablemente está destinada a plantearse en estrados judiciales extranjeros, toda vez que el contrato haya sido suscrito en el extranjero y sea para ser cumplido en el extranjero.

También se hace notar, desde otro ángulo, que “no es posible desconocer que el crédito extranjero de nuestras entidades autárquicas puede sufrir detrimento, si ellas invocan sistemáticamente la exención de la jurisdicción extranjera por la vía diplomática,”<sup>68</sup> lo cual puede tener graves consecuencias en el caso de entidades cuyo giro comercial o industrial las obliga necesariamente a operar en el exterior (Aerolíneas Argentinas, Elma, YPF, etc.), necesitando, como es lógico, del crédito local. Y si se acepta que una entidad descentralizada “X” pueda a través de una agencia en el exterior contratar créditos locales —que serán, respecto del país del cual emerge la entidad, extranjeros—, los cuales a su vez serán exigibles y se regirán por la ley y la jurisdicción del lugar de celebración y de ejecución, entonces se advierte que no existe argumento jurídico formal en virtud del cual negar que igual operación pueda llevarla a cabo la entidad descentralizada “Y.”

Los problemas jurídicos son en la práctica, en consecuencia, similares tanto si el origen del capital es de carácter público internacional, como privado extranjero. Pueden diferir las variantes políticas y económicas del crédito,<sup>69</sup> pero difícilmente variará su régimen normativo. Por una u otra argumentación, por una u otra vía,

<sup>64</sup> B. O. del 14 de junio de 1973, pp. 7 y 8.

<sup>65</sup> Decreto-ley 20461/73 considerado tercero del mensaje de elevación.

<sup>66</sup> Por ejemplo el dictamen del 25 de junio de 1973 del entonces Procurador del Tesoro de la Nación, que constituye una excepción a la jurisprudencia administrativa de dicho organismo.

<sup>67</sup> CSJN, Fallos, 254: 500, 504, caso *La República v. Banco de la Nación Argentina*, 1962, considerando 2, a contrario. Este mismo fallo es invocado por el dictamen citado en la nota anterior, pero en apoyo de la tesis de la inconstitucionalidad del sometimiento a tribunales extranjeros.

<sup>68</sup> Dictamen de la Consejería Legal del Ministerio de Relaciones Exteriores copiado en PTN, *Dictámenes*, 74: 336, 336. (Vuelta.)

<sup>69</sup> Como también se puede discutir si lo que ha de fomentarse no es el financiamiento externo, sino la inversión o el comercio externo: Véase UMBREIT, MYRON H., HUNT, ELGIN F. y KINTER, CHARLES V., *Economía. Principios y problemas*, Buenos Aires, 1959, p. 544 y ss. Sobre el papel de la inversión privada extranjera en América Latina véase también PREBISCH, RAÚL, *Hacia una dinámica del desarrollo latinoamericano*, México, FCE, 1963, pp. 64-68.

se llega siempre a las mismas conclusiones en cuanto a la posibilidad de pactar el arbitraje extranjero, al otorgamiento de exenciones impositivas, la renuncia a otro fuero o jurisdicción que el del lugar de cumplimiento de la obligación, a la fijación de la ley aplicable como la ley del lugar de ejecución del contrato, etc.

Esa es también la formulación que recoge el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, cuyo artículo 1° según la reforma del Decreto-ley 22434/1981, expresa que podrá admitirse la prórroga de jurisdicción a favor de jueces extranjeros o de árbitros que actúen fuera de la República, en asuntos exclusivamente patrimoniales.

## 12. Normas jurídicas y prácticas bancarias internacionales

Las normas jurídicas internacionales difieren en su fuente, pero no en su resultado práctico, según emerjan de créditos otorgados por instituciones públicas internacionales, o por organismos privados de crédito. En el caso del Banco Interamericano de Desarrollo, por ejemplo, es de interés recordar que financió y financia inversiones de múltiples empresas públicas latinoamericanas.

### 12.1. Prioridades

Este organismo de crédito y también el Banco Mundial consideraron para la Argentina de interés prioritario las inversiones de energía;<sup>70</sup> el Banco Mundial otorgó en 1961 y 1967 créditos a empresas del Estado argentinas, para obras de infraestructura hidroeléctrica.<sup>71</sup> En general, los créditos se otorgan de acuerdo a las prioridades fijadas por las respectivas instituciones crediticias, y no por los países miembros que solicitan el crédito.

### 12.2. Examen de la situación política

Asimismo, en el informe “El Banco Mundial, la Corporación Financiera Internacional y la Asociación Internacional de Fomento. Sus normas y operaciones,” se expresa que la práctica del Banco recomienda la realización de conversaciones exploratorias oficiosas, antes que los países presenten oficialmente una solicitud de préstamo (p. 52), y que “de la investigación inicial debe formar parte también un examen de la situación política en cuanto ésta pueda afectar la seguridad del préstamo propuesto” (p. 54), como así también un examen detallado de las propuestas del prestatario relativas a la dirección y gestión administrativa del proyecto. (P. 55.)

<sup>70</sup> *El Banco Mundial en la América Latina, Resumen de sus actividades*, julio de 1961, p. 9: “Habrá... que proveer a una ampliación y mejoramiento en las facilidades de energía y de transportes. En el estado en que se encuentran actualmente constituyen obstáculos mayores al desarrollo económico.”

<sup>71</sup> Edición de abril de 1962, biblioteca del CFI, 02411, B 11n.

### 12.3. *Aprobación del contrato*

Una vez que se ha llegado a un acuerdo sobre los términos y condiciones de la operación, se someten a los Directores Ejecutivos para su aprobación los contratos de préstamos y garantía, con toda la documentación conexas. (P. 57.) Luego de aprobados, siguen los trámites internos de cada país para la respectiva aprobación por el Poder Ejecutivo o el Congreso.

### 12.4. *Desembolsos: Oportunidad de hacerlos*

El Banco efectúa los desembolsos contra entrega de documentos en forma satisfactoria... Las pruebas que se exigen son las usuales en la práctica bancaria corriente.” (P. 58.) Se exigen además dictámenes jurídicos a satisfacción del Banco que aseguren la constitucionalidad y legalidad del contrato.

### 12.5. *Venta de los títulos a inversionistas privados*

Por su lado, el Banco a veces vende a inversionistas privados parte de los títulos de préstamo obtenidos de los prestatarios en relación a los créditos concedidos. (P. 104.) Los títulos vendidos pueden serlo con o sin garantía adicional del Banco, habiendo prevalecido en los últimos años la tendencia a venderlos sin tal garantía adicional (p. 104), razón por la cual se torna más necesario para el Banco asegurar la negociabilidad y seguridad de los títulos de crédito que obtiene por los préstamos que otorga. A menor seguridad jurídica de los títulos, lógicamente corresponderá una mayor dificultad de colocación de ellos en inversionistas privados. Quizá por esta razón es criticable la reciente práctica del Banco de no respaldar los títulos que emiten sus países miembros.

De cualquier modo, “El documento en que constan es el título que garantiza la existencia de la relación, y la posesión del mismo vale como título y crea la presunción *juris tantum* de que el poseedor es el dueño. Resulta así que los títulos son representativos de un derecho de crédito, y, a su vez, constituyen objeto de propiedad, que, por lo tanto, puede ser enajenado, dado en prenda, etc., como elemento sobre que recae la disciplina jurídica de la propiedad en cosas muebles”<sup>72</sup> o más exactamente, de títulos-valores crediticios. En este punto también encontramos una apreciable diferencia entre este tipo de contrato y el clásico empréstito público, en el cual fue típico en muchos países emitir títulos nominativos, e incluso crear un Libro de deudas del Estado (*Grand Livre de la Dette Publique*, en Francia, instituido en 1793), en el cual se registran obligatoriamente los títulos y sus traslados. Este sistema tiene ventajas en cuanto asegura contra pérdida o robo del título, pero limita la negociabilidad de los mismos.<sup>73</sup>

<sup>72</sup> FERNÁNDEZ DE VELASCO, *Los contratos administrativos*. Madrid, 1927, p 298.

<sup>73</sup> Véase y comparar VAN DER BORGHT, *Hacienda Pública*, Barcelona, 1929, p. 167 y ss.

### 12.6. *Requisitos técnicos*

Va de suyo, por supuesto, que también deben satisfacer los requisitos técnicos que cada institución crediticia internacional exige para el proyecto mismo a financiarse.<sup>74</sup> Muchos de los pedidos de crédito fracasan inicialmente por la carencia de rigor técnico a satisfacción del Banco.

### 12.7. *Recaudos bancarios comerciales*

Si bien el régimen político es interno de cada país y no concierne en cuanto tal al organismo de crédito,<sup>75</sup> sí puede importar si afecta la seguridad del crédito,<sup>76</sup> razón por la cual se enfatizan todos los recaudos jurídicos usuales en la práctica comercial bancaria; dicho de otra manera, la situación interna de un país puede llevar a que se extremen los cuidados en materia de cumplimiento de todos los recaudos bancarios de índole comercial y legal formal. Del mismo modo, lo relativo a los países que expropian sin adecuada compensación escapa “en principio” al análisis que efectúa el organismo de crédito internacional, aunque en ocasiones el Banco “puede advertir a los miembros que no adopten políticas que la comunidad internacional pudiere considerar que afectan su solvencia.”<sup>77</sup> Como se advierte, el régimen político-económico afecta en definitiva al crédito externo del país.<sup>78</sup>

### 12.8. *Privilegios del Banco*

A veces las normas emergen de la propia acta o convenio constitutivo del ente, como ocurre con el Banco Interamericano de Desarrollo, aprobada por Argentina por la ley 14.843. De acuerdo al Convenio, el Banco tiene personalidad jurídica (artículo XI, sección 4), sus archivos son inviolables (artículo XI, sección 5), su personal disfruta de inmunidades y privilegios (artículo XI, sección 8), y sus operaciones tienen exenciones tributarias. (Artículo XI, sección 9.)

### 12.9. *Dictámenes exigidos*

El Banco últimamente mencionado, por ejemplo, incluye en algunos de sus contratos la exigencia, para la efectividad del otorgamiento del crédito, de “Que el

<sup>74</sup> Por ejemplo, International Bank for Reconstruction and Development, *Present Worth Calculation of Projects*, junio 5, 1967, biblioteca del CFI, G. 3353, B 11; Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, Instituto de Desarrollo Económico, *Criterios de inversión y evaluación de proyectos*, biblioteca del CFI, L. 31 B 11: *Cien preguntas y respuestas sobre el Banco Mundial*, mayo de 1970, Biblioteca del CFI, 0241, B 11, 100, etc.

<sup>75</sup> *Cien preguntas y respuestas sobre el Banco Mundial*, op. cit., p. 15.

<sup>76</sup> *El Banco Mundial, la CFI y la AIF. Sus normas y operaciones*, op. cit., p. 54.

<sup>77</sup> *Cien preguntas y respuestas sobre el Banco Mundial*, op. cit., p. 15.

<sup>78</sup> También afecta las tasas de interés y en general las cláusulas contractuales a incluirse, cuando se trata de bancos privados o consorcios de bancos, en lugar de organismos internacionales de crédito. Y éste es otra vez un tema fundamental que ningún organismo de control de legalidad fiscaliza, lo cual nos lleva una vez más a lo dicho en el punto 8 de la primera parte de este trabajo; ver también las referencias y remisiones allí efectuadas en la nota 41.

Banco haya recibido del Procurador del Tesoro de la Nación un informe jurídico en que quede establecido a entera satisfacción del Banco la validez de dicho convenio,” “Que el Banco haya recibido del Procurador del Tesoro de la Nación un informe jurídico en que quede establecido (i) que el garante ha cumplido todos los requisitos necesarios según las leyes y reglamentos de Argentina para celebrar el Contrato de Garantía o para ratificarlo, si fuere el caso, y (ii) que las obligaciones establecidas en el Contrato de Garantía constituyan un vínculo válido para el garante cuyo cumplimiento puede serle exigido en su oportunidad.”<sup>79</sup>

### 13. *Control de divisas respecto del cumplimiento de la deuda*

En el caso de cláusulas tendientes a proteger al garante contra un eventual control de divisas, para querer evitar que tal control obstaculice el cumplimiento de las obligaciones contraídas, se ha entendido que no hay reparo alguno que observar a aquéllas, “toda vez que la Nación de ningún modo podría impedir válidamente el cumplimiento de sus obligaciones internacionales por medio de su propia legislación futura.”<sup>80</sup>

De todas maneras, la cuestión del lugar de celebración y ejecución del contrato sigue siendo determinante. En este sentido puede recordarse el procedimiento seguido por España a fines del siglo pasado y comienzos del presente, en que muchos títulos de la deuda pública se encontraban en propiedad de súbditos extranjeros, que a su vez los habían sellado (“estampillado”) en el país de residencia. En tales casos se resolvió que el título era pagadero en la moneda del país en el cual el título había sido sellado y, en consecuencia, elegido como lugar de pago.<sup>81</sup> En nuestro caso, dado que el título se emite en el exterior, la Nación deudora no puede obviamente hacer nada en el plano jurídico para alterar el sistema cambiario imperante en el país en el cual se emite el título.

### 14. *Arbitraje*

El Convenio Constitutivo del BID, artículo XIII, sección 2<sup>a</sup>, prevé el arbitraje para la resolución de controversias, y si en un contrato de préstamo se incluyera la cláusula de arbitraje, se ha sostenido que ello otorga el laudo arbitral “mérito ejecutivo.” Sin embargo, dentro del territorio de la nación el laudo no tiene fuerza ejecutoria directa, toda vez que los árbitros, si bien tienen la *cognitio* del asunto,

<sup>79</sup> Más aún, en muchos contratos de crédito externo el acreedor requiere también que el contrato sea publicado en el “Boletín Oficial de la Nación,” como garantía de publicidad de la operación. Y a veces la publicación hasta reproduce el modelo de dictamen (!) que se supone debe emitir el asesor legal del Banco Nacional de Desarrollo como garante, y de la entidad descentralizada que requiere el crédito, como es el caso del convenio de préstamo publicado en el B.O. del 9 de febrero de 1976, pp. 6 y 7.

<sup>80</sup> PTN, *Dictámenes*, 82: 282.

<sup>81</sup> FERNÁNDEZ DE VELASCO, *Los contratos administrativos*, Madrid, 1927, p. 295.

carecen, no obstante, de *impérium*.<sup>82</sup> En consecuencia, son los jueces nacionales los que tienen la potestad exclusiva de ejecutar o hacer ejecutar el laudo, y si el laudo fuere contra la nación, “en este último aspecto debe considerarse lo convenido sobre el particular como una renuncia válida al carácter meramente declarativo de las sentencias que pudieran dictarse contra el Estado (Ley 3952, art. 7°). Ahora bien, en cuanto a los bienes de la nación sitos en el extranjero, habría que suponer que la nación renuncie de antemano a hacer valer su extraterritorialidad, lo que es admisible.”<sup>83</sup>

En lo que se refiere a pactar la jurisdicción arbitral para los entes autárquicos, ya se ha establecido que las entidades descentralizadas del Estado pueden estar estatutariamente autorizadas para hacerlo, y que en caso de no estar ello previsto en los estatutos, puede suplirse por una autorización expresa para el caso concreto otorgada por el Poder Ejecutivo.<sup>84</sup> La autorización, con todo, sólo es necesaria si el arbitraje es substitutivo de jurisdicción nacional,<sup>85</sup> no así si es substitutivo de jurisdicción extranjera, siendo ésta procedente.<sup>86</sup> Por lo demás, la autorización de que se trata se otorga también simultáneamente con el decreto que autoriza el préstamo a todos los demás efectos mencionados.

### 15. *Las variantes formales de contratación. Recapitulación*

En conclusión de lo expuesto, los gobiernos tienen a su disposición en esta materia una gama de posibilidades jurídicas que van desde el contrato enteramente sujeto a la legislación y jurisdicción nacional, hasta el contrato enteramente sujeto a la legislación y jurisdicción extranjeras. La elección de uno u otro matiz de contratación dependerá como es obvio de su capacidad de negociación política y económica, de su grado de determinación en cuanto a no usar del crédito sino en determinadas condiciones y circunstancias, etc. Ningún esquema normativo ata al país para elegir una u otra forma de contratación; pero una vez elegida una —por ejemplo la más controvertida, sujeción a tribunales y a legislación extranjera— ya no cabe en los hechos volver atrás, respecto de ese contrato.<sup>87</sup> El cumplimiento de esas obligaciones será exigible tal como fue pactado, sin que pueda el país deudor modificar ni influir sobre la forma de interpretación o aplicación del contrato por el país elegido, a través de leyes, decretos o resoluciones posteriores del país deudor.

<sup>82</sup> Es ésta, desde luego, una solución clásica: ALSINA, HUGO, *Tratado teórico-práctico de derecho procesal*, t. III, Buenos Aires, 1943, p. 833.

<sup>83</sup> PTN, *Dictámenes*, 82: 283.

<sup>84</sup> PTN, *Dictámenes*, 83: 76 (1962); 82: 282; 91: 115.

<sup>85</sup> PTN, *Dictámenes*, 82: 282.

<sup>86</sup> PTN, *Dictámenes*, 83: 76.

<sup>87</sup> De ahí que sea también importante cuál es el país donde se efectúa el préstamo, pues de acuerdo a ello variará su actitud frente a la ejecución de la operación.



Desde luego, va implícito en lo dicho que las modalidades de contratación son diferentes si nos encontramos ante un empréstito público, que lo emite en su territorio el propio Estado nacional y se rige entonces por el derecho público interno, o un contrato de crédito externo, que lo celebra una entidad descentralizada del Estado en el exterior para ser allí cumplido y juzgado por las normas y los tribunales del país de que se trate.

### 16. *La autorización, legislativa*

Se ha estimado, a través de algunos dictámenes, que si bien es conveniente la autorización legislativa, ella no es imprescindible, y puede ser suplida por una autorización por Decreto del Poder Ejecutivo nacional.<sup>88</sup> Pero esto es más bien excepcional: La regla es la necesidad de la autorización legislativa.<sup>89</sup>

Esta autorización legislativa, otorgada en forma concreta<sup>90</sup> para un determinado crédito, o en forma genérica para todos los créditos que sean necesarios para equilibrar el presupuesto anual, se ha otorgado en el pasado, por ejemplo, a través de la ley 14.794, de 1959, cuyo art. 11, refiriéndose al Poder Ejecutivo, dice: "... pudiendo realizar asimismo las operaciones de financiación transitoria que resulte necesaria, inclusive con el Banco Central de la República Argentina y demás instituciones bancarias oficiales mediante la utilización por éstas de fondos que obtengan de préstamos o colocaciones provenientes del exterior;" en igual sentido la ley 16.432, de 1962, art. 48; el decreto-ley 17.579, etc.

Estas leyes son dictadas por el Congreso en ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución argentina en el art. 4° (decretar empréstitos y operaciones de crédito para urgencias de la nación o para empresas de utilidad nacional) y en el art. 67, inc. 3° (contraer empréstitos en dinero sobre el crédito de la nación) y 28. (Hacer todas las demás leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes y todos los otros concedidos por la Constitución al Gobierno de la Nación Argentina.)

#### 16.1. *Derecho latinoamericano. La autorización previa*

La Constitución de Uruguay prevé entre las atribuciones del Poder Legislativo "Autorizar, a iniciativa del Poder Ejecutivo, la Deuda Pública Nacional, consolidarla, designar sus garantías y reglamentar el crédito público." (Inc. 6° del art. 85 de la Constitución de 1951.) En Venezuela, la Constitución de 1953 establece en su art. 108 que es facultad del Poder Ejecutivo "Negociar los empréstitos que decreta el Gobierno Nacional" (inc. 14°), "Celebrar contratos con acuerdo a las

<sup>88</sup> PTN, *Dictámenes*, 103: 191, 197; 113: 488, y otros.

<sup>89</sup> BIELSA, *op. cit.*, p. 439; FERNÁNDEZ DE VELASCO, RECAREDO, *Los contratos administrativos*, Madrid, 1927, p. 290; Díez, MANUAL MARIA, *Derecho administrativo*, t. III, Buenos Aires, 1967, p. 179; VILLAGRA MAFFIODO, SALVADOR, *Principios de derecho administrativo*, Asunción, 1981, p. 220.

<sup>90</sup> Lo ideal en términos políticos y constitucionales es que el Poder Legislativo otorgue la autorización para cada caso particular pero usualmente lo que se concede es una autorización genérica.

leyes (inc. 15°), de lo cual se desprende también la necesidad de la autorización legislativa previa, particular o general.

La Constitución de Honduras prevé como atribución del Congreso, en el art. 188, inc. 31: “Decretar empréstitos,” y “Reglamentar el pago de la deuda nacional, a iniciativa del Poder Ejecutivo.” (Inc. 34.) La Constitución paraguaya dispone en su art. 76, inc. 3°, que es atribución de la Cámara de Representantes “Autorizar la contratación de empréstitos.”<sup>91</sup>

### 16.2. *Aprobación posterior*

Algunos países contemplan la intervención legislativa no como un acto previo de autorización del contrato de crédito externo o empréstito público, sino como un acto posterior de aprobación del contrato celebrado por el Poder Ejecutivo. Así, por ejemplo, la Constitución de la República Dominicana de 1947 establece en su art. 33, inc. 21, que es facultad del Congreso “Aprobar o no los contratos que le someta el Presidente de la República en conformidad con el inciso lo del artículo 49;” el mencionado art. 49, a su vez, faculta al Poder Ejecutivo a “Celebrar contratos, sometiénolos a la aprobación del Congreso Nacional cuando contengan disposiciones relativas a la afectación de las rentas nacionales..., o al levantamiento de empréstitos.” También en Bolivia se requiere la aprobación legislativa.<sup>92</sup>

La Constitución mejicana, por su parte, admite tanto un régimen de autorización o de aprobación legislativa, cuando en su art. 73, inc. VIII, faculta al Congreso “Para dar las bases sobre las cuales el Ejecutivo pueda celebrar empréstitos sobre el crédito de la nación, para aprobar esos mismos empréstitos.” El mismo inc. faculta en su parte final al Poder Ejecutivo a contratar empréstitos, en las condiciones de “emergencia” que declare el Poder Ejecutivo de acuerdo al art. 29 de la misma constitución.

### 16.3. *Conclusión*

En definitiva, la conclusión generalizada para América Latina es la necesidad de intervención legislativa, anterior o posterior según los casos, y en la primera hipótesis por vía de normas generales o de autorizaciones especiales.

## 17. *La aprobación del Poder Ejecutivo y el Tribunal de Cuentas*

Satisfecho el requerimiento de la autorización legislativa, aunque sea en forma genérica —cuya constitucionalidad no ha sido hasta ahora cuestionada exitosamente—, el siguiente requisito es la validez del Decreto del Poder Ejecutivo,<sup>93</sup> que además de satisfacer los requisitos constitucionales normales para la emisión de

<sup>91</sup> Véase VILLAGRA MAFFIODO, *op. loc. cit.*

<sup>92</sup> D'AVIS S., JULIO ALBERTO, *Curso de derecho administrativo*, La Paz, 1960, pp. 383 y 384.

<sup>93</sup> Quien concurre al formar el acto contractual (BIELSA, *op. cit.*, p. 441) o a aprobar el contrato celebrado *ad referendum* suyo. Sobre el régimen de los actos *ad referendum* ver nuestro *Tratado*

voluntad de los órganos presidencial y ministerial, debe también ser sometido al Tribunal de Cuentas de la Nación (Decreto-ley 23354/1956, art. 81), y *a*) resultar expresamente aprobado por dicho organismo de contratos, *b*) ser tácitamente aprobado, por el transcurso del plazo de sesenta días, que la Ley de Contabilidad establece, o *c*) en caso de formularse observación legal del Tribunal de Cuentas, haberse hecho insistencia por nuevo Decreto del Poder Ejecutivo Nacional, debidamente comunicado al Congreso por el Tribunal de Cuentas. De cualquier modo, no tenemos noticia de observaciones que hubiera efectuado el Tribunal de Cuentas de la Nación a la validez de estos actos.

### 18. *Dictámenes sobre la validez del contrato*

Los organismos de asesoramiento jurídico nacionales han tenido un rol bastante fundamental en el otorgamiento de los créditos, pues uno de los requisitos usualmente exigidos por el acreedor es que el préstamo, tal como se ha pactado, cuente con el aval jurídico, a satisfacción del acreedor, de organismos de asesoramiento letrado de las entidades intervinientes y del Poder Ejecutivo. La razón de ser de esta exigencia del organismo de crédito tiene su origen en las posibles objeciones jurídicas que el país pueda más adelante oponer a la exigibilidad de los títulos emitidos en garantía del préstamo: Si ya sus organismos de asesoramiento letrado se expidieron en su oportunidad acerca de la validez y legitimidad del contrato de crédito, es obvio que son pocas las posibilidades que la entidad tiene que alegar luego exitosamente ante algún tribunal extranjero la posible invalidez del contrato. Por este motivo dicho dictamen es requisito habitualmente exigido por los bancos o consorcios de bancos, u organismos internacionales de crédito que otorgan créditos a los países en desarrollo.

### 19. *Exenciones impositivas. Su fundamento legislativo*

Cuando el crédito implica exenciones impositivas nacionales, lo cual es la norma en la materia, ellas, se rigen por el ordenamiento tributario vigente al momento del otorgamiento, el cual usualmente establece que la exención es procedente previa autorización o disposición del Poder Ejecutivo nacional.<sup>94</sup> Dictado el decreto que califica, por ejemplo, “de interés nacional” determinada inversión o crédito, éste se encuadra dentro de la exención impositiva pertinente. Esta calificación suele hacerse simultáneamente con la autorización para la firma del convenio, o con la ratificación o aprobación del mismo.

Si bien alguna doctrina ha entendido en el pasado que el otorgamiento de exenciones impositivas al contrato de crédito se entiende bajo la cláusula *rebus sic stántibus*, aunque nada se diga al respecto y aunque la exención se confiera

*de derecho administrativo, op. cit.*, t. 3, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1979, 3ª ed., cap. IX, punto 5.4 *in fine*.

<sup>94</sup> Por ejemplo, ley 15.273, art. 11.

por ley, con la consiguiente afirmación de que el propio Estado a través del Poder Legislativo puede luego dejar sin efecto la exención impositiva,<sup>95</sup> pensamos que se trata de una afirmación no ajustada al sistema constitucional, en lo que hace a la garantía de los derechos adquiridos. Por lo demás, es obvio que si el contrato se celebra y ejecuta en el extranjero, no puede el Estado deudor extranjero, a su vez, en el lugar del contrato, pretender ejercer un poder tributario inexistente por faltarle la primera condición de territorialidad en la cual ejercer su potestad.

### 20. *Requisitos estatutarios de los entes nacionales intervinientes*

En otros aspectos, se requiere satisfacer asimismo los recaudos estatutarios de los diversos entes que participan en la operación. Además de los requisitos del ente descentralizado que recibe el préstamo, hay que contemplar los de los estatutos de otros entes que participen como avalistas de la operación —como es el caso del Banco Nacional de Desarrollo,<sup>96</sup> y el Banco de la Nación Argentina—<sup>97</sup> o como agentes financieros del Estado nacional y a los efectos cambiarios, o sea, el Banco Central, en la República Argentina. En cada caso habrá que considerar si la operación está prevista en los estatutos, y si la resolución ha sido tomada por los órganos competentes y de acuerdo a los procedimientos establecidos. Por fin, el Banco Central de la República Argentina, como órgano máximo en materia cambiaria, puede también estatutariamente asumir compromisos de pago y transferencia en moneda extranjera, por decisión de su directorio, de acuerdo a la carta orgánica de la institución.

Con lo antes expuesto, sumando al dictamen favorable de los organismos de asesoramiento letrado, el Decreto del Poder Ejecutivo nacional y el visto bueno del Tribunal de Cuentas de la Nación, se cumplen todos los recaudos jurídicos formales previstos y establecidos para el otorgamiento de préstamos en el exterior a entidades descentralizadas nacionales.

<sup>95</sup> FERNÁNDEZ DE VELASCO, *Los contratos administrativos*, Madrid, 1927, pp. 293 y 294.

<sup>96</sup> En lo que hace el Banco Nacional de Desarrollo o ex Banco Industrial de la República Argentina, puede asumir estatutariamente obligaciones como avalista o compromisos de garantía de pago y transferencia, según su carta orgánica. Así lo establecían ya sus normas anteriores, Decreto-ley 13.130, B. O. 29-X-57, ADLA XVII-A, p. 868 y ss., Decreto-ley 13.126, B. O. 29-X-57 y ADLA XVII-A, p. 845 y sus modificaciones. El Decreto-ley 19.063/71 también faculta al Banco para concertar “créditos de instituciones bancarias y financieras, locales o del exterior.” [Art. 5º, inc. e) de la carta orgánica.]

<sup>97</sup> También el Banco de la Nación Argentina suele participar a veces como avalista de la operación de crédito, habiéndose interpretado que su carta orgánica, Decreto-ley 13.129/57, art. 18, inc. a), que prohíbe a la entidad otorgar créditos a la Nación, Provincias y Municipalidades, no impide prestar avales a entes autárquicos nacionales o provinciales, o entidades descentralizadas de otra índole pues se trata de simples servicios bancarios contemplados dentro del objeto de la institución.