

JUAN CARLOS CARDONA

Director

Derecho administrativo, Estado y república

2

Autores

ALIANAK • BARRA • BATALLA MORENO • COMADIRA • COVIELLO
DANÓS ORDÓÑEZ • FELPERÍN • GESTA LEAL • GONZÁLEZ PORRAS • GRANATO
HALPERÍN • LAMOGLIA • LUQUI • MASSIMINO • MERTEHIKIAN
MONTI • SACRISTÁN • SÁNCHEZ • SARMIENTO GARCÍA



ASTREA

JUAN CARLOS CARDONA

Director

Derecho administrativo, Estado y república

2

Autores

ALIANAK • BARRA • BATALLA MORENO • COMADIRA • COVIELLO
DANÓS ORDÓÑEZ • FELPERÍN • GESTA LEAL • GONZÁLEZ PORRAS • GRANATO
HALPERÍN • LAMOGLIA • LUQUI • MASSIMINO • MERTEHIKIAN
MONTI • SACRISTÁN • SÁNCHEZ • SARMIENTO GARCÍA



BUENOS AIRES - BOGOTÁ - PORTO ALEGRE

2019

operativos en condiciones de seguridad, mantener óptima la infraestructura existente y tener un sobrante de recursos para expandir y modernizar la tecnología de última generación, la infraestructura básica. Como las necesidades son muy grandes, es necesario contar además con acceso al mercado de ahorros y capitales nacional e internacional de largo plazo para poder afrontar las grandes obras de infraestructura.

Como estos bienes públicos son de primera necesidad y un factor crítico de equidad social, es necesaria una fuerte y muy inteligente política de tarifas y subsidios, para que todos los habitantes, incluso quienes no alcanzan niveles salariales suficientes, puedan acceder a ellos en condiciones normales. Pero si se hace populismo discrecional, se termina favoreciendo con precios bajos a las clases media y alta y castigando a los más pobres con servicios malos y –para esa franja– costosos.

En no pocos países se ha aplicado una política masiva de precios baratos que no respondían al básico criterio de racionalidad económica y social. Se utilizó para mantener, artificialmente exiguo, el precio de los servicios públicos con el objetivo de promover el consumo y expandir artificialmente la economía, con lo que se generó una sensación de falso bienestar. El efecto que siempre sucede en este tipo de políticas de precios baratos –agravado generalmente por la inflación– es que las empresas empiezan a descapitalizarse; pero esto no se percibe de inmediato. Durante años, las empresas invierten cada vez menos, no modernizan su infraestructura y cada vez hacen menos mantenimiento de sus redes. En apariencia, siguen funcionando normalmente pero en la realidad, la enfermedad silenciosa de la falta de mantenimiento e inversión empieza a deteriorarlas.

Lleva muchos años resolver estos problemas. El principal es conseguir el dinero para hacer lo que se debe, como consecuencia de años de política equivocada, de demagogia, cuando no, de especulación, que permite el paso de manos lucrativo de algunas empresas, pero un servicio cada día peor para los usuarios.

I) EL EMPRÉSTITO PÚBLICO, AYER Y HOY, EN LA JURISPRUDENCIA

§ 314. **PLANTEO.** – Como recordaremos, suele enseñarse que una oferta seguida de aceptación es un contrato, y que cuando ofrecemos endeudarnos ante quien cree en nuestra capacidad de crédito, la aceptación de ese ofrecimiento u oferta ata las voluntades en pos de la eventual devolución o reembolso.

Aplicando esa simple operación al mundo público, podríamos imaginar que, cuando el Estado ofrece endeudarse ante los inversores que creen en su

capacidad de crédito de aquel, la aceptación por parte de estos, de ese ofrecimiento u oferta, en pos del eventual reembolso, configuraría la conclusión de un contrato.

Específicamente, la emisión y colocación de títulos constitutivos de empréstitos por los cuales el Estado se hace de fondos –para hacer frente a “urgencias de la Nación” o “empresas de utilidad nacional” (art. 4, Const. nacional), reglamentados en el art. 57, inc. a, de la ley 24.156, tendrían la cualidad de engendrar una relación contractual entre quien ofrece endeudarse, y quien acepta prestarle sumas. Así, podríamos afirmar, sin más, esa cualidad contractual y dar la cuestión por resuelta.

Sin embargo, un examen de la jurisprudencia de la Corte Suprema indicaría que, en ocasiones, se ha considerado al empréstito como contrato, y se han aplicado todas las consecuencias derivadas del art. 1197 del Cód. Civil; pero, en otras ocasiones, esa aplicación no ha sido tan inmediata, e, incluso, habrían habido casos en los que la faz contractual parecería haber sido obliterada hasta casi desaparecer ante la intervención unilateral de quien, otrora, ofreciera endeudarse ante el acreedor.

De esa jurisprudencia tratan las rápidas reflexiones que siguen.

§ 315. **JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.** – De la consulta de los fallos de la Corte Suprema, surge la naturaleza contractual de los empréstitos que motivan estas líneas; según las épocas, en forma menos o más clara.

a) **NATURALEZA CONTRACTUAL.** Una aproximación a la cuestión de la naturaleza aparece sugerida en el caso “Hambro”, en cuya reseña se aludió al “contrato de 1889”, conocido como “Empréstito Macadam” y se afirmó que los cupones eran instrumentos públicos otorgados según –entre otros– los contratos de la municipalidad deudora³⁰⁹. Luego, en “La Sociedad de Mandatos”³¹⁰, se invocó el art. 1197 del Cód. Civil, a fin de aventar la posibilidad de que la provincia demandada desautorizara sus propios actos y, en especial, lo fijado en la oferta: esta, seguida de aceptación, entraña un concurso de voluntades, “regla a que debe someterse la provincia [deudora] como a la ley misma”³¹¹. La solución de este fallo fue adoptada, años después, en “Banco Francés”³¹². Similar actitud se advierte en el fallo “Dellepiane”, donde se explica que “el poder ejecutivo de la provincia apare-

³⁰⁹ CSJN, “Hambro & Son, Banqueros de Londres c/Municipalidad de Rosario”, *Fallos*, 81:396.

³¹⁰ CSJN, “La Sociedad de Mandatos y Préstamos del Río de la Plata c/Pcia. de Santa Fe por cobro ejecutivo de servicios atrasados de un empréstito”, *Fallos*, 78:43.

³¹¹ CSJN, “La Sociedad de Mandatos y Préstamos del Río de la Plata c/Pcia. de Santa Fe”, *Fallos*, 78:43 y 48.

³¹² CSJN, “Banco Francés del Río de la Plata c/Pcia. de Corrientes”, *Fallos*, 151:51 y 58.

ce contratando un empréstito"³¹³, que, a la luz de las circunstancias del caso es, meramente, un préstamo, y en "Wilfrid Baron"³¹⁴, donde se invocan las "cláusulas" consignadas en el respectivo título.

La postura contractualista ni siquiera se modifica con el abandono de la primera convertibilidad de 1867/1876; en el caso "Nutall"³¹⁵, el actor había adquirido títulos emitidos en 1872, e incoó una demanda contra dicha provincia por la diferencia del valor de los respectivos cupones. Dicha diferencia, aparentemente, emergía del hecho de que la provincia pretendía hacer el servicio de la deuda por el valor nominal en razón de las dificultades económicas que estaba atravesando. El procurador general opinó que "la adquisición de fondos públicos [...] creó por sí sola una obligación común entre el gobierno de la provincia y el tenedor actual". A su vez, la Corte Suprema hizo lugar a la demanda.

La solución del caso se sustentó también en lo convenido por las partes en "Asociación Bancaria"³¹⁶. En este caso, se analizaba la cuestión de la moneda de pago de un título público provincial emitido bajo una ley de 1910; según el título, la moneda y lugar de pago eran a opción del actor; en el caso, en Alemania, en marcos; en París y Basilea, en francos; en Londres, en libras esterlinas. Sin embargo, la provincia deudora argumentó—por razones coyunturales, entiendo— que su verdadera intención había sido realizar un empréstito alemán más allá de lo acordado. La Corte Suprema resolvió que debía hacerse lugar a la demanda de los actores y pagarse el importe de los cupones materia de la litis en francos suizos, en la ciudad de Basilea, o su equivalente en moneda nacional al cambio del día, con fundamentos en la confianza del público y por aplicación del art. 1197 del Cód. de Comercio.

En materia de amortización, la jurisprudencia es respetuosa del compromiso pactado. En "Provincia de San Juan", se veda la amortización total por no haber sido prevista en el contrato, y se permite solo la conversión o transformación de una deuda en otra³¹⁷. En "Viñas", luego de rechazarse la opinión contractualista a ultranza de Jeze, se afirma: "los títulos de empréstito, sea el Estado o sean instituciones particulares que los emiten implican, entre el emisor y el tomador, una vinculación contractual cuyas condiciones están fijadas por los estatutos legales o reglamentarios que autorizan la emisión (art. 744, Cód. de Comercio)". De tal modo, se invalida el decreto que dejaba al arbitrio del Poder Ejecutivo la facultad de

³¹³ CSJN, "Delleplane, Héctor c/Pcia. de Tucumán", *Fallos*, 131:82, consid. 3°.

³¹⁴ CSJN, "Wilfrid Baron c/Pcia. de Tucumán", *Fallos*, 134:253, consid. 3°.

³¹⁵ CSJN, "Nutall, Jorge c/Pcia. de Entre Ríos", *Fallos*, 34:149.

³¹⁶ CSJN, "Asociación Bancaria Rotterdamsche Bankvereeniging c/Pcia. de Buenos Aires", *Fallos*, 138:37.

³¹⁷ CSJN, "Pcia. de San Juan c/Banco Francés del Río de la Plata y Mayer Huis y Cia", *Fallos*, 149:226, consid. 9°.

o no el rescate, pues "el Estado que tomó en préstamo está obligado a consentir ventajas a sus acreedores"³¹⁸.

b) *MORIGERACIONES*. Esta primera mirada contractualista halla morigeraciones en otros fallos: Una primera familia de fallos reconoce el valor de la voluntad de los contratantes al ver, en la obligación alternativa acordada en el título, la posibilidad, del tenedor como acreedor, de elegir lugar y moneda de pago; ello, con sustento en el art. 1197 de Cód. Civil, en la no afectación del orden público, y en las facilidades obtenidas, de esa manera, por el emisor del título a efectos de su colocación (en "Luchinetti"³¹⁹ y "Barón"³²⁰).

Empero, debe destacarse que esta interpretación se conjuga, en su momento, con la manda legal de que el deudor de una obligación a oro —en los casos citados, una provincia deudora—, debía pagar en pesos oro o su equivalente en moneda de curso legal a un tipo de cambio no libre sino fijado en el art. 1° de la ley 3871 de 1899, esto es, 0.44/oro por cada peso papel, lo que equivalía a \$ 2,2727 por cada peso oro; así, por ejemplo, en "Benvenuto"³²¹. La interpretación relativa a la obligación alternativa fijada convencionalmente más allá de lo prescripto en el Código Civil se reitera más tarde en "Coelho"³²², "Benvenuto"³²³, "Cuellar"³²⁴, "Benvenuto"³²⁵, "Freijó"³²⁶, "De Valle"³²⁷ y "Banco Holandés"³²⁸.

Ese tipo de cambio, vigente no ya en forma obligatoria, sino opcional para el acreedor que lo aceptase bajo la ley 9478, art. 2, de 1914, en coexistencia con la concepción contractual sobre el empréstito público, se plasma típicamente en "Palomeque"³²⁹, en el cual, al demandar el actor a una provincia por cobro de unos cupones de un título que databa de 1910, la Corte Suprema fijó su análisis de las relaciones entre las partes (adquirentes de títulos al portador y emisor) en las cláusulas del bono general, transcrito al verso de cada título, cláusulas que "constituyen la ley contractual que rige dichas relaciones"³³⁰, pues el emisor debe "mantener la confianza" que su

³¹⁸ CSJN, "Viñas, Osvaldo c/Pcia. de Santa Fe", *Fallos*, 152:418 y 422.

³¹⁹ CSJN, "Luchinetti, Arnaldo c/Pcia. de Mendoza", *Fallos*, 138:402.

³²⁰ CSJN, "Baron, Wilfrid c/Pcia. de Tucumán", *Fallos*, 139:48.

³²¹ CSJN, "Benvenuto y Cía. c/Pcia. de Corrientes", *Fallos*, 151:59, consid. 10. En igual sentido, *id.*, "Palomeque, Rafael Alberto c/Pcia. de Corrientes", *Fallos*, 151:65.

³²² CSJN, "Coelho, Augusto J. c/Pcia. de Tucumán", *Fallos*, 143:175.

³²³ CSJN, "Benvenuto y Cía. c/Pcia. de Mendoza", *Fallos*, 143:76, consid. 4°.

³²⁴ CSJN, "Cuellar, José c/Pcia. de Mendoza", *Fallos*, 144:77.

³²⁵ CSJN, "Benvenuto y Cía c/Pcia. de Mendoza", *Fallos*, 144:234.

³²⁶ CSJN, "Freijó, Elena c/Pcia. de Mendoza", *Fallos*, 145:149.

³²⁷ CSJN, "De Valle, José c/Pcia. de Mendoza", *Fallos*, 146:27.

³²⁸ CSJN, "Banco Holandés de la América del Sud c/Pcia. de Tucumán", *Fallos*, 150: 232.

³²⁹ CSJN, "Palomeque, Rafael A. c/Pcia. de Santa Fe", *Fallos*, 145:78.

³³⁰ CSJN, "Paoletti, José A. c/Pcia. de San Juan", *Fallos*, 198:369, especialmente p. 384.

palabra ha hecho nacer en el poseedor del título³³¹. En el caso, el Alto Tribunal se fundó en los actos previos de la demandada, durante quince años, pagando los cupones en pesos oro, e hizo lugar a la demanda para que se le pagase al actor en pesos oro o su equivalente calculado no bajo el valor del mercado libre sino bajo las leyes 3871 y 9478, con cita del art. 1197, Cód. Comercio, y de dos precedentes ya reseñados³³². Debe destacarse, empero, que, con la mirada centrada en la atracción de capitales y en el largo plazo, la Corte Suprema dijo: “[L]os gobiernos emisores, que necesitan el concurso de los capitalistas, no se hallan en situación de imponer condiciones restrictivas al ejercicio de los derechos del subscriptor, ni de ampliar sus propias facultades buscando ventajas o comodidades en lo relativo a los pagos. [S]u empeño en atraer los capitales y en despertar el interés de diversas plazas o mercados para el mejor éxito de la emisión, los lleva a ofrecer las mayores facilidades, tanto para la adquisición de los títulos como para el cobro de los intereses”³³³. La Corte Suprema invoca este fallo al resolver “Nau”³³⁴.

c) *ACTOS PROPIOS QUE MOLDEAN EL CONTRATO*. El silencio de la jurisprudencia en materia de empréstitos, posterior a 1928, dura hasta 1933, cuando se aplica, a un título al portador, la prescripción trienal comercial en lugar de la prescripción civil; no obsta a ello el contrato transcripto al dorso del título, que “debe ser respetado como ley entre las partes”, en palabras de la Corte Suprema³³⁵. En 1935, se resuelve un caso de legitimación activa con estricto apego a la letra del contrato transcripto en el título, y se afirma que “cada empréstito, lo mismo que cualquier contrato público o privado, tiene dentro de las normas generales que corresponden a su naturaleza, las características especiales que sus contratantes han querido imprimirles, y expresan el alcance de sus acuerdos, que es la ley de las partes”³³⁶. También se falla con apego a la letra (válida) del contrato un caso en el que se había insertado anónimamente, en el título, una cláusula extraña³³⁷.

La línea jurisprudencial que arranca con “Villamil”³³⁸, y que perdura casi un decenio, conformaría la columna vertebral de la jurisprudencia en materia de empréstitos públicos mediante cláusula oro, en la emergencia

³³¹ CSJN, “Paoletti, José A. c/Pcia. de San Juan”, *Fallos*, 198:369, donde agrava la Corte Suprema que “para los tenedores de [los títulos del empréstito] rigen sin limitación alguna las condiciones, ventajas o privilegios que resultan del contexto de los documentos adquiridos”.

³³² CSJN, “Asociación Bancaria Rotterdamsche Bankvereeniging c/Pcia. de Buenos Aires”, *Fallos*, 138:37; íd., “Baron Wilfrid c/Pcia. de Tucumán”, *Fallos*, 139:48.

³³³ CSJN, “Palomeque, Rafael A. c/Pcia. de Santa Fe”, *Fallos*, 145:78, 87 y 88.

³³⁴ CSJN, “Nau, Pedro A. c/Pcia. de San Juan”, *Fallos*, 149:243.

³³⁵ CSJN, “Victor M. Ruiz c/Pcia. de Corrientes”, *Fallos*, 168:108, consid. 3° *in fine*.

³³⁶ CSJN, “Pedro Roth c/Pcia. de Santa Fe”, *Fallos*, 173:331, consid. 3°.

³³⁷ CSJN, “Michel, Juan N. c/Pcia. de Jujuy”, *Fallos*, 197:601.

³³⁸ CSJN, “Villamil, Victoriano c/Nación Argentina”, *Fallos*, 188:303.

que, según los casos, podía significar que, al tipo de cambio fijo de la ley 3871 de 1899, se sumara la opción para el acreedor de aceptar o no el tipo de cambio fijo de la ley 3871 según la ley 9478, de 1914, así como la prolongación del tipo de cambio fijo de la ley 3871 por acción de la ley 12.160, art. 4 *in fine*, ley de 1935.

Victoriano Villamil, tenedor de bonos de un empréstito de 1911, con cláusula de pago en pesos oro sellado en Buenos Aires, francos en París y Bruselas, etc., demandó por diferencia de cambio entre la moneda contratada y el tipo de cambio fijo de la ley 12.160 (\$ 2,2727 papel por cada peso oro), la Corte Suprema falló a favor de este último por aplicación de la doctrina de los actos propios del actor: si había aceptado pagos, entre 1914 y 1927, y entre 1929 y 1935, al cambio de \$ 2,2727 moneda papel por cada peso oro, significaba que “los contrayentes no entendieron pactar una cláusula de oro efectivo como moneda específica [...]” a los fines de la “ejecución del contrato”³³⁹. En suma, la voluntad manifestada a lo largo de veinticuatro años era “la norma más segura para interpretar las cláusulas de un contrato”³⁴⁰. De tal modo, tuvo que cobrar bajo ese cambio, aun cuando la relación de cambio, en el mercado, en 1935, no era ya de \$ 2,2727 por uno, sino de cerca de 6³⁴¹ por uno.

La misma solución se expandió al caso “Banco Francés”³⁴², aun cuando los hechos acreditados en la causa no eran los mismos. Esta vez, entendió el Tribunal que de nada servían las dos oposiciones del actor a la liquidación bajo el tipo de cambio fijo legal, pues había una tercera e insuficiente oposición del actor quien, al no plantear la cuestión “concretamente”, había motivado la aprobación de la liquidación, la que se tuvo por jurídicamente “aceptada” por él³⁴³, y se rechazó la demanda. También se dio por consentido el régimen en “Paoletti”³⁴⁴.

Estos fallos fundaron la solución favorable al tipo de cambio legal en “Salleras Pagés”³⁴⁵, en el cual la Corte Suprema continúa invocando el art. 1197, Cód. Comercio³⁴⁶ al fallar como lo hace.

³³⁹ CSJN, “Morando, Aldo E. c/Pcia. de Buenos Aires”, *Fallos*, 192:245, especialmente consid. 3°.

³⁴⁰ CSJN, “Morando, Aldo E. c/Pcia. de Buenos Aires”, *Fallos*, 192:245, especialmente consid. 4°.

³⁴¹ CSJN, “Morando, Aldo E. c/Pcia. de Buenos Aires”, *Fallos*, 192:245, especialmente consid. 4° de la disidencia de fundamentos del doctor Repetto.

³⁴² CSJN, “Banco Francés del Río de la Plata c/Pcia. de Corrientes”, *Fallos*, 193:165.

³⁴³ CSJN, “Horvath, Pablo c/Fisco nacional - DGI”, *Fallos*, 318:676; íd., “Indo SA c/Fisco nacional DGI”, *Fallos*, 318:785, especialmente consid. 10.

³⁴⁴ CSJN, “Paoletti, José A. c/Pcia. de San Juan”, *Fallos*, 198:369.

³⁴⁵ CSJN, “Salleras Pagés, Juan c/Pcia. de San Juan”, *Fallos*, 202:29.

³⁴⁶ L.651.XXXI, “Laurens, Mabel M. c/Pcia. de La Rioja s/juicio ejecutivo”, 23/4/96, especialmente p. 42.

La doctrina de los propios actos del actor también gobierna el rechazo de la demanda en "Baillinou"³⁴⁷, pues se consideró que al "limitarse a aceptar el pago bajo protesta", el actor no había hecho "cuestión" alguna³⁴⁸, y ello equivalía a aceptar el tipo de cambio ya apuntado a efectos de la amortización del empréstito.

d) *EL TRIUNFO DEL CONTRATO, EXPRESA O IMPLÍCITAMENTE.* La senda perpetua de los derechos adquiridos contractualmente por el tenedor de los títulos del empréstito reaparece en "Sarquis"³⁴⁹, en plena década de los treinta, en el cual —con cita de "Braceras"³⁵⁰, "Garmendia"³⁵¹ y "Alonso"³⁵²— se impide que la provincia deudora pueda pagar, conforme una ley de canje de una forma diversa a la pactada en lo que hace a los intereses.

Posteriormente, en "Morando"³⁵³, se condena a la demandada —que desde hacía trece años se rehusaba a canjear los títulos y había suspendido el pago de los servicios— a hacer el canje de los títulos objeto del juicio y a pagar los servicios vencidos pues "el Estado [como entidad emisora] está sujeto y se rige por las mismas reglas del derecho comercial, como cualquier persona jurídica, y no puede discrecionalmente suspender los servicios de los títulos que emite" (consid. 9°).

Dicha senda se consolida —el juego de palabras es involuntario— en el precedente "Consolidación"³⁵⁴, en el cual se hizo lugar a la apelación y se revocó la sentencia del superior tribunal de la causa. En el caso se debatía la naturaleza del prospecto y su ubicación en la jerarquía de normas con relación al decreto ley que había autorizado a la demandada a emitir los bonos. La Corte Suprema falló a favor de la confianza de los inversores: el prospecto no podía ser modificado unilateralmente en cualquier momento por la entidad emisora en aspectos sustanciales; las fechas establecidas en aquel debían ser respetadas por la entidad, y eso resultaba de las exigencias presentadas por el derecho de los suscriptores, la responsabilidad con que han de actuar necesariamente las entidades del carácter de la accionada, y la confianza que deben inspirar a los ciudadanos las garantías ofrecidas por el Estado³⁵⁵, y en esa relación jurídica debía conservarse el poder adquisi-

³⁴⁷ CSJN, "Baillinou, Juan Bautista c/Pcia. de Buenos Aires", *Fallos*, 211:1290.

³⁴⁸ CSJN, "Raboy, José Luis c/Pcia. de Catamarca", R.625.XLII, dictamen de la Comisión General de la Nación (en adelante, PGN) del 31/10/06, que la Corte Suprema confirmó el 6/3/07, especialmente p. 1299.

³⁴⁹ CSJN, 23/7/37, "Sarquis, Tufik c/Pcia. de Stgo. del Estero", *LL*, 7-405 (fallo 3008).

³⁵⁰ CSJN, "SA Ángel Braceras c/Pcia. de Santiago del Estero", *Fallos*, 145: 341.

³⁵¹ CSJN, 27/11/35, "Garmendia, Rafael c/Pcia. de Santiago del Estero".

³⁵² CSJN, 17/4/36, "Alonso, José c/Pcia. de Santiago del Estero".

³⁵³ CSJN, "Morando, Aldo E. c/Pcia. de Buenos Aires", *Fallos*, 192:245.

³⁵⁴ CSJN, "SA Consolidación I. I. C. c/YPF", *Fallos*, 302:1065.

³⁵⁵ Consid. 9°. Aguilar Valdez, "Responsabilidad del Estado por su actividad financiera", en *Elespe (dir.), Default y reestructuración de la deuda externa*, p. 48 a 68.

tivo de la inversión original³⁵⁶. Con lo que percibo como ecos de "Palomeque", ya citado, señala la Corte Suprema: "Tratándose de un empréstito de carácter público y voluntario al que los interesados concurren libremente atraídos por las condiciones que en aquel se ofrecen y confiados en la seriedad y responsabilidad de la entidad emisora y del Estado que garantiza su fiel cumplimiento, no solamente debe reconocerse el valor jurídico a las especificaciones llevadas al conocimiento público invitando a la suscripción sino que, en la interpretación de ellas, ha de prevalecer, dentro de los límites de lo razonable, por cierto, un criterio amplio que evite la exclusión de ventajas o beneficios que, fundadamente, tuvieron en cuenta los suscriptores de acuerdo a las condiciones ofrecidas y que emita hacer jugar cláusulas exorbitantes que no surjan en forma clara y expresa de tales condiciones"³⁵⁷.

Se puede inferir, a partir del lenguaje del fallo —en especial, la alusión a cláusulas exorbitantes— que se consideró que se estaba ante un contrato, administrativo.

e) *LA HISTORIA JURISPRUDENCIAL POSTERIOR.* El problema del derecho aplicable. La historia posterior del empréstito público es más fresca en la memoria, y abarcaría la línea de fallos relativos al ahorro forzoso dispuesto durante el gobierno de Alfonsín y resuelto constitucionalmente recién a mediados del gobierno de Menem; una segunda familia de fallos relativos a las cuasimonedas provinciales, bonos de empréstitos locales que fueran depuradas recién con la gestión de Duhalde; y los casos de empréstitos que presentarían características únicas.

En "Horvath" y en "Indo", se zanjó la cuestión de la naturaleza jurídica (tributaria) del empréstito forzoso, y se lo convalidó constitucionalmente más en esa calidad³⁵⁸.

En cuanto a los empréstitos contraídos por los gobiernos provinciales para colocar en circulación los respectivos títulos de la deuda pública provincial a modo de moneda, se los visualiza como contratos: así, en "Contipel" ("trátase de un empréstito público, el cual, pese a hallarse en títulos que circulan en plaza, constituye un contrato administrativo típico"³⁵⁹); en "Aquino" se calificó al empréstito público de contrato administrativo típico, si bien no surgirían de la publicación de dicho precedente sus caracte-

³⁵⁶ Aguilar Valdez, "Responsabilidad del Estado por su actividad financiera", en *Elespe (dir.), Default y reestructuración de la deuda externa*, p. 48 a 68, especialmente p. 55, *Fallos*, 302:1065, consid. 10.

³⁵⁷ Aguilar Valdez, "Responsabilidad del Estado por su actividad financiera", en *Elespe (dir.), Default y reestructuración de la deuda externa*, p. 48 a 68, especialmente p. 55, especialmente consid. 8°.

³⁵⁸ CSJN, "Horvath, Pablo c/Fisco Nacional - DGI", *Fallos*, 318: 676; id., "Indo SA c/Fisco Nacional DGI", *Fallos*, 318: 785.

³⁵⁹ CSJN, "Contipel Catamarca SA c/Pcia. de Salta", *Fallos*, 311: 2065.

terísticas³⁶⁰; en “Laurens” (“un análisis de los bonos que se pretenden ejecutar en esta demanda da cuenta de que [...] se trata de un contrato administrativo típico –empréstimo público– pese a encontrarse expresado en títulos que circulan en plaza”³⁶¹); “López” (“contrato de carácter local –empréstimo Cecacor”³⁶²–); “Raboy” (“los bonos cuyo pago se pretende obtener tienen su origen en un vínculo contractual de carácter administrativo –empréstimo público”³⁶³–); “Miñano” (“se trata de un contrato administrativo de empréstimo público”³⁶⁴); “Spivak” (“la emisión de los títulos referidos constituye un empréstimo público y, por ende, un contrato administrativo típico”³⁶⁵); “Pcia. de Tucumán” (“la emisión de los títulos referidos constituye un empréstimo público y, por ende, un contrato administrativo típico”³⁶⁶); entre otros. Casos paradigmáticos han sido tanto “Brunicardi”³⁶⁷ como “Galli”³⁶⁸.

En el primero se impugnaba la modificación unilateral, por el PE, de un empréstimo público. Si bien el dictamen hizo hincapié en la diferenciación entre “obligaciones contractuales del Estado” u obligaciones contractuales ordinarias de este, y “los empréstitos públicos contraídos mediante la emisión de bonos o títulos al portador que las personas privadas adquieren libremente en el mercado financiero o bursátil” o deuda pública, la Corte Suprema se apoyó en la tesis del acto de soberanía del Estado: el empréstimo es emanación del Estado soberano; el régimen aplicable es de derecho público. Aun así, afirmó que el Estado respondía patrimonialmente si actuaba en forma arbitraria o lesionando derechos dignos de protección, pero fijando un elevado umbral a efectos de engendrar responsabilidad³⁶⁹, acallando en forma implícita, entiendo– los ecos de “Consolidación”³⁷⁰.

Fallado al promediar la década del noventa, esto es, durante la vigencia del cambio fijo de \$ 1 a USD 1, “Brunicardi” preparó el terreno para

³⁶⁰ CSJN, “Aquino, Virginia C. c/Pcia. del Chaco y otros”, *Fallos*, 314:810.

³⁶¹ CSJN, 23/4/96, “Laurens, Mabel M. c/Pcia. de La Rioja s/juicio ejecutivo”, L.661.8881.

³⁶² CSJN, “López, Mario A. c/Pcia. de Corrientes y otros (EN, entre otros)”, *Fallos*, 397:5997, 6004.

³⁶³ CSJN, “Raboy, José Luis c/Pcia. de Catamarca”, R.625.XLII, dictamen de la Procuración General de la Nación (en adelante, PGN) del 31/10/06, que la Corte Suprema comparte 6/3/07.

³⁶⁴ CSJN, “Miñano Almirón, Rosa A. y otros c/Pcia. de Misiones”, M.160.XLIII, dictamen de la PGN del 23/8/07, que la Corte Suprema comparte, 3/6/08.

³⁶⁵ CSJN, 9/6/09, “Spivak, Juan Carlos c/Pcia. de Formosa”, S.1014.XLIV.

³⁶⁶ CSJN, 27/4/10, “Pcia. de Tucumán c/First Trust of New York, National Association”, T.388.XXXIX.

³⁶⁷ CSJN, “Brunicardi, Adriano C. c/EN – BCRA”, *Fallos*, 319: 2886.

³⁶⁸ CSJN, “Galli, Hugo G. y otro c/PEN”, *Fallos*, 328: 690.

³⁶⁹ Consids. 7º y 19. Aguilar Valdez, “Responsabilidad del Estado por su actividad financiera”, en Elespe (dir.), *Default y reestructuración de la deuda externa*, p. 48 a 68, especialmente p. 55.

³⁷⁰ Ver nota anterior.

“Galli”³⁷¹, resuelto más de tres años después de la sanción de la ley de emergencia 25.561, del 2002. En “Galli”, donde se impugnaba la pesificación de bonos –sujetos a la ley argentina– por decr. 471/02, por parte de dos actores que posteriormente no habían ingresado al canje, la Corte Suprema reiteró la tesis del citado “Brunicardi”. Sin embargo, debe destacarse el voto de los doctores Zaffaroni y Lorenzetti, quienes, con criterio de justicia, entendieron que se estaba ante un contrato, modificable, empero, en razón de la emergencia.

La doctrina de “Galli” (votos de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni, y Argibay) ha sido reiterada en “Rabolini”. Empero, puede puntualizarse que, en este caso, se perseguía la declaración de inconstitucionalidad de una resolución que había dispuesto el diferimiento, en la medida necesaria al funcionamiento del Estado nacional, de los pagos de los servicios de la deuda pública del Gobierno nacional hasta el 31/12/02 o hasta que se completara su refinanciación si esto ocurría antes de esa fecha, declaración de inconstitucionalidad que pronunció la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo Federal. En la instancia extraordinaria, el propio Estado demandado alegaba –entre otros argumentos– que los bonos involucrados no estaban alcanzados por el decr. 471/02, pues estaban sujetos a legislación extranjera y a una extraña jurisdicción, y que la sentencia era arbitraria³⁷². La Procuración General, con criterio, propició acoger la arbitrariedad invocada por la demandada. La Corte Suprema, en cambio, rechazó la demanda del actor. A tal fin, en lo sustancial: 1) reconoció que los bonos involucrados se regían por una normativa “distinta”; 2) afirmó que “en épocas de graves crisis económicas, [es posible que el Estado] limite, suspenda o reestructure los pagos de la deuda para adecuar sus servicios a las reales posibilidades de las finanzas públicas, a la prestación de los servicios esenciales y al cumplimiento de las funciones estatales básicas que no pueden ser desatendidas”.

De tal modo, títulos de la deuda pública emitidos según el decr. 1161/94 (que invoca el art. 9 de la ley 24.307 de presupuesto, que remite, a su vez, al art. 60 de la ley 24.156, que regla sobre operaciones de crédito público enumeradas en el art. 57, ley 24.156, operaciones que cuando involucran la emisión de títulos deparan la existencia de un empréstimo, art. 57, inc. a, ley 24.156, entiendo), que fueron objeto de venta (art. 3, incs. b, c y d, decr. 1161/94), bajo cláusula de sometimiento a legislación extranjera y sujetos a extraña jurisdicción (art. 4), fueron alcanzados por la solución de “Galli”, relativa a bonos regidos por la legislación argentina.

En el precitado “Rabolini”, y a la luz de la letra de la sentencia, parecería haberse desoído a Gordillo, quien enseña que “una vez elegida una

³⁷¹ Ampliar en Gelli, “La convalidación del canje de la deuda pública regida por ley argentina en el caso Galli”, en Elespe (dir.), *El canje de la deuda*, p. 64 a 68.

³⁷² CSJN, 8/6/10, “Rabolini, Germán A. c/EN, Mº Economía”, R.421.XLIII, especialmente cap. II del dictamen de la PGN.

[forma de contratación] –por ejemplo, la más controvertida, sujeción a tribunales y a legislación extranjera– ya no cabe en los hechos volver atrás, respecto de ese contrato³⁷³, así como la jurisprudencia –publicada muchos decenios atrás³⁷⁴– que, en casos similares, desplaza la aplicación del derecho del Estado soberano contratante.

f) *LAS EMISIONES RECIENTES.* El endeudamiento externo argentino total, según el World Bank³⁷⁵, era de \$ 120.791.279.000 para 1990-1994; suma que tiene que ser comparada con otra mayor, de \$ 136.271.863.000 para 2010-2014.

La jurisprudencia hasta aquí reseñada podrá ser puesta a prueba con las emisiones posteriores a las directrices interpretativas individualizadas. El Estado siguió emitiendo bonos en dólares (decr. 2516/14), incluso en tiempos recientes. Ello parecería colocar el debate en el terreno de la doctrina de los actos propios o, por decirlo en términos docentes, en la esfera del aprendizaje: se trata de aprehender el modo de compatibilizar la necesidad de fondos –con fines constitucional y taxativamente fijados– con la superación de medidas y planteos que han ocasionado serios reclamos de bonistas en jurisdicciones extranjeras.

§ 316. *REFLEXIONES FINALES.* – Del examen de la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina surge una postura contractualista que se evidencia en forma nítida, alrededor del art. 1197, Cód. Civil, en especial en la jurisprudencia anterior a 1928. Esa postura halla morigeraciones de fuerte sustento normativo pero, con posterioridad a la emergencia de 1930, las soluciones que avalan la intervención estatal en el contrato hallan sostén más en los actos propios de los actores que en el mérito constitucional de la medida interventora: se sopesa el consentir el régimen, el no oponerse, el no oponerse lo suficiente. Posteriormente se reitera la jurisprudencia respetuosa de los términos del contrato de empréstito público, o de las cláusulas del mismo, fallándose a favor de la confianza de los inversores. La historia más reciente clarifica la naturaleza tributaria del empréstito forzoso, encauza los casi tradicionales empréstitos contraídos por los gobiernos provinciales para colocar en circulación los respectivos títulos de la deuda pública provincial a modo de moneda, y nos brinda los paradigmáticos precedentes “Brunicardi”, y “Galli”.

En síntesis, con base en la reseña efectuada, percibo que la jurisprudencia de la Corte Suprema se inclina por sostener la naturaleza contrac-

³⁷³ Gordillo, “El contrato de crédito externo”, en *Después de la reforma del Estado*, p. IV-35.

³⁷⁴ *LL*, 14-12 a 26, sec. jur. ext., especialmente p. 24 a 26; sentencia de la Cámara de Lores en “R. v. International Trustee for the Protection of Bondholders Akt”, [1937] 2 All E.R. House of Lords 164.

³⁷⁵ Cfr. http://datos.bancomundial.org/indicador/DT.DOD.DECT.CD?order=wbapi_data_value_2013+wbapi_data_value+wbapi_data_value-last&sort=desc [Acceso: 28/2/14].

tual del empréstito público. Sin embargo –debe admitirse, en coincidencia con el voto realista de los doctores Zaffaroni y Lorenzetti en “Galli”– se trataría de una naturaleza contractual pasible de intervenciones o modificaciones unilaterales en épocas de emergencia, sujetas a un pálido control de razonabilidad. De ello puedo colegir que debería resultar, a todas luces, aplicable, a dicho contrato, la sana y conocida jurisprudencia protectora de los derechos de propiedad nacidos de los contratos, aún en épocas de emergencia³⁷⁶, que ha elaborado la Corte Suprema, en especial en los últimos ochenta años.

Corolario de todo ello es que, si hay un mercado donde se colocan los empréstitos, y los fondos originados se destinan –como manda la Constitución argentina– a empresas de utilidad nacional o a solventar urgencias de la Nación, parecería evidente que honrar las obligaciones emergentes de los empréstitos redundaría en la alta probabilidad de llegar a volver a obtener fondos para esas dos serios destinos.

J) EL AVANCE DE LOS CONCEPTOS O CRITERIOS DEL DERECHO LABORAL SOBRE EL EMPLEO PÚBLICO. JURISPRUDENCIA*

§ 317. *INTRODUCCIÓN.* – El propio título nos revela la actual tendencia jurisprudencial de la aplicación de los principios del derecho del trabajo al empleo público utilizando la palabra “avance”, vocablo que nos remite a una idea de conquista o, al menos, de la existencia de una contienda entre dos figuras distintas. Es entonces que, desde el comienzo, nos sentimos compelidos a realizar algunas aclaraciones previas.

Estas aclaraciones nos obligan en forma casi ineludible a tratar un tema ciertamente poco amistoso en un texto dedicado al derecho administrativo. Remite aquel a las posiciones existentes entre los doctrinarios laboristas y los doctrinarios administrativistas, en cuanto a que revisten diferencias sustanciales en torno de los temas que desarrollaremos, y ubican el debate en formulaciones o explicitaciones teóricas disímiles.

No obstante, debe reconocerse que estas distintas posturas han comenzado a superarse a través de recientes fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sobre todo, luego de la reforma constitucional del año 1994³⁷⁷,

³⁷⁶ Sacristán, *Los contratos de prestación de los servicios públicos en la perspectiva constitucional*, *RAP*, n° 301, p. 13 a 39.

* Por Marta Felperín.

³⁷⁷ “La reforma constitucional, de la que se cumplen veinticinco años, fue un alumbramiento democrático cuyo producto más potente resultó la incorporación al derecho interno, operativamente, de la Carta de derechos humanos de Naciones Unidas y de las normas funda-