

DERECHO ADMINISTRATIVO y REGULACIÓN ECONÓMICA

Liber Amicorum
Gaspar Ariño Ortiz

Coordinadores:

Juan Miguel de la Cuétara Martínez

José Luis Martínez López-Muñiz

Francisco J. Villar Rojas

FUNDACION
ACS


"la Caixa"

FUNDACION
Socyr Voltchermosa

ARIÑO Y ASOCIADOS
Abogados

gasNatural 
fenosa


fundación endesa

 LA LEY
grupo Wolters Kluwer

2011

nistrativo de la UE en materia de contratación pública ha traído la idea de que en esta materia, al manejarse fondos públicos, que son de todos y cada uno de los ciudadanos que viven en un mercado interior, ha de buscarse en cada caso, sea del país y nacionalidad que sea la empresa que esté en mejores condiciones de hacer la obra, prestar el servicio o el suministro en cada caso.

VI. BIBLIOGRAFÍA

BALLBÉ, M., «El futuro del Derecho administrativo en la globalización», *Revista de Administración Pública*, 174, 2007.

CASSESE, S., *La globalización jurídica*, Madrid, 2006.

ESTY, D. C., «Good governance at the supranational scale: globalizing Administrative Law», *The Yale Law Journal*, 117, 2006.

GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Tratado de Derecho Administrativo*, 1, Pamplona, 1993.

GORDILLO, A., *Hacia la unidad del orden jurídico mundial*, Exposición del autor en la Universidad de Buenos Aires, en el Centro de Estudiantes, el 17 de marzo de 2009.

KINGSBURY, B., KISCH, N. y STEWART, R. B., «The emergence of Global Administrative Law», 68 *Law and Contemporary Problems*, 15, 2005. En castellano, «El surgimiento del Derecho administrativo global», en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, núm. 3, 2007.

MORENO MOLINA, J. A., *La contratación pública*, Madrid, 2009.

SCHMIDT-ASSMANN, E., *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, Madrid, 2003.

¿ES POSIBLE CONCEBIR A LOS EMPRÉSTITOS PÚBLICOS COMO CONTRATOS?

Estela B. SACRISTÁN

Profesora adjunta de Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires

SUMARIO:

- I. PLANTEO
- II. RECURSOS DEL ESTADO. PLANO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL
 1. En la Constitución
 2. En la ley formal
 3. Implicancias
- III. INTERROGANTES. PLAN DE EXPOSICIÓN
- IV. EL EMPRÉSTITO PÚBLICO ES UN CONTRATO
 1. Fundamentos normativos
 2. Fundamentos doctrinarios jurídicos
 3. Fundamentos doctrinarios éticos
 4. Fundamentos jurisprudenciales de Derecho comparado
 5. Fundamentos jurisprudenciales de Derecho comparado
- V. CONCLUSIONES

I. PLANTEO

En el año 2007, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires publicó una disertación⁽¹⁾ pronunciada por el Profesor Gaspar ARIÑO ORTIZ que, bajo cierta perspectiva, pareció clausurar una de las polémicas más ricas en matices que produjo el iusadministrativismo argentino en la segunda mitad del siglo veinte. Así como, más de un decenio atrás, desde las páginas de *El Derecho* se indagaba en la peligrosidad de una teoría del contrato administrativo —y, alternativamente, en la inutilidad de una teoría así⁽²⁾—, desde las páginas de *Anales* el citado catedrático daba las puntadas finales a la construcción de las claves que permitían comprender de qué se hablaba cuando se hablaba de contrato administrativo; así como desde una postura se destacaban las imprecisiones ínsitas en los contratos administrativos tal que se calificaba como tal a un contrato —el de empréstito público— que en realidad se halla legislado en el art. 743 del Código de Comercio⁽³⁾, desde la mirada ibérica se aislaba y analizaba la elasticidad interna de aquellos, y su naturaleza esencialmente mutable⁽⁴⁾.

La mención del empréstito público no es baladí. Más allá de su calidad de contrato específicamente administrativo —y de las imprecisiones o precisiones o elasticidades o rigideces a él asociables— lo cierto es que acarrea relaciones de muy larga duración en que una de las partes es, además, la que fija las reglas⁽⁵⁾, y en punto al cual ciertos sectores de la doctrina, y alguna jurisprudencia, han manifestado una preferencia por la cualidad no

- (1) ARIÑO ORTIZ, Gaspar, «La problemática del contrato administrativo», en *Anales*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, año LI, Segunda Época, Nro. 44, Anticipo, La Ley, Buenos Aires, 2007, págs. 5/28. Se trata de la disertación pronunciada por el Académico Correspondiente, en oportunidad de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 27/11/2006.
- (2) MAIRAL, Héctor A., «De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo», en *ED*, t. 179 (año 1998), págs. 655/700.
- (3) MAIRAL, Héctor A., «De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo», en *ED*, t. 179 (año 1998), págs. 655/700.
- (4) ARIÑO ORTIZ, *La problemática del contrato administrativo...* cit., esp. págs. 22-23.
- (5) El rol del Estado como creador del ordenamiento jurídico, en el cual está inmerso el contrato, ha sido aislado por MERTEHIKIAN, Eduardo, *Estudios de Derecho administrativo*, RAP, Buenos Aires, 2007, pág. 196, con cita de GALLEGOS FEDRIANI, Pablo O., «Los contratos privados de la Administración»; en *RAP - Régimen de Contrataciones y Compre Nacional*, número especial, Buenos Aires, febrero 2002, págs. 29-46, esp. pág. 30. Destaca aquel

contractual del mismo, reduciéndoselo a la mera unilateralidad, sometién-doselo a la toma de decisión exclusivamente oficial.

Al debatirse no ya si el empréstito público es un contrato administrativo o no, sino si es o no es un contrato, afloran, en el horizonte del debate, la posibilidad de aplicarle, sin más, las sanas reglas de los contratos civiles o comerciales (por ej., la regla del *pacta sunt servanda* o sus modernas morigeraciones⁽⁶⁾), así como esas otras reglas que, desde el exterior del sin-lagma contractual, lo hieren en forma intervencionista (por ej., un decreto que modifica la cláusula de moneda de pago), o las que fijan los derechos y obligaciones de las partes (por ej., el régimen del caso fortuito), o las que limitan la intervención estatal en las relaciones contractuales (por ej., el principio de razonabilidad, de linaje constitucional).

La Corte Suprema norteamericana, en su momento, sentó opinión sobre: (i) el carácter contractual del empréstito público, y, específicamente, (ii) su carácter de *government contract*, colocando en un *quietus* ambas cuestiones de una vez y para siempre. Así lo hizo en 1935 al resolver los cuatro casos de la denominada «desororización» en los cuales se impugnaba la constitucionalidad de la legislación, sancionada, junto con otras medidas, en los primeros cien días del gobierno de F. D. Roosevelt, sobre abrogación de la cláusula oro contenida en contratos privados y en contratos del Gobierno. En los dos primeros⁽⁷⁾ se demandaba el pago del interés de títulos a largo plazo, emitidos por empresas privadas ferroviarias, en oro pues así lo establecía el respectivo contrato, muy anterior a la normativa impugnada. En el tercero⁽⁸⁾ y en el cuarto⁽⁹⁾ se hallaba involucrada «deuda pública» desororizada a la fecha del vencimiento. A efectos de las dos afirmaciones enunciadas interesa destacar que en este último fallo se sostuvo la mentada naturaleza contractual en estos términos:

autor, empero, la incidencia de los arts. 17 y 19, Const. Nac., en punto a las consecuencias patrimoniales emergentes.

- (6) Así, las teorías del abuso del derecho, de la imprevisión, de la lesión; sobre estas morigeraciones —revisoras del derecho absoluto al cumplimiento del contrato en los términos convenidos— es ilustrativa la propuesta de CIANCARDO, Juan, *El principio de razonabilidad*, 2da. ed. act. y ampl., Ábaco, Buenos Aires, 2009, págs. 158/160.
- (7) «Norman v. Baltimore & Ohio Railroad Company - US et al. v. Bankers» Trust Co. et al. (two cases), 294 U.S. 240 (1935). El segundo de estos dos casos fue un *per saltum*.
- (8) «Nortz v. US», 294 U.S. 317 (1935).
- (9) «Perry v. US», 294 U.S. 330 (1935).

«Cuando Estados Unidos contrata, dentro de sus competencias constitucionales, tiene derechos e incurre en responsabilidades similares a los de los particulares que son parte en tales instrumentos (...). El cuidadoso cumplimiento de las obligaciones contractuales es esencial al mantenimiento del crédito tanto de deudores públicos como privados (...). Abrogar los contratos, en un intento de reducir el gasto público, sería no una medida de economía sino un acto de repudio»⁽¹⁰⁾.

Así, bendijo a la relación en juego como contrato, le dio carácter de contrato del gobierno o gubernamental —nosotros diríamos: contrato administrativo bajo el criterio subjetivo—, sometiéndola a las reglas de los contratos entre particulares.

Este trabajo intenta construir conclusiones fundadas acerca de la naturaleza contractual del empréstito público (independientemente de su eventual caracterización como contrato administrativo), a cuyo fin se repasa su inserción constitucional y normativa infraconstitucional en Argentina, al mero de fin de delimitar el objeto de análisis (sección II), y se enuncian los interrogantes (sección III) que hacen a los diversos fundamentos (sección IV) que sostienen esa naturaleza, a saber, fundamentos de índole normativa [sección IV, ap. a)], fundamentos doctrinarios jurídicos [sección IV, ap. b)], y éticos [sección IV, ap. c)], y antecedentes jurisprudenciales estadounidenses [sección IV, ap. d)] y argentinos [sección IV, ap. e)], para arribar a las conclusiones pertinentes (sección V).

II. RECURSOS DEL ESTADO. PLANO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL:

Dentro de un concepto amplio de recursos públicos, la doctrina clásica incluye los que el Estado obtiene como titular del dominio o *dominus*, esto es, recursos patrimoniales; los que recauda como titular del poder de imperio o *imperium*, v.gr., los tributos o recursos tributarios; y los que consigue en el marco del crédito público: empréstitos y demás operaciones de crédito⁽¹¹⁾.

(10) «Perry v. US», 294 U.S. 330 (1935).

(11) GALLI, Guillermo P., «Recursos públicos», en AA.VV., *Manual de finanzas públicas*, AZ, Buenos Aires, 1986, págs. 166/247, esp. págs. 165 y pág. 189.

1. En la Constitución

Los empréstitos suelen ser visualizados en el marco de una sucesión temporal en el cual desde antaño se diferencian tres estadios, diferentes, pero interrelacionados⁽¹²⁾: crédito público (como aptitud del Estado para obtener dinero o bienes en préstamo sobre una base de confianza); empréstito que se emite (materialización de esa aptitud); y deuda pública resultante (total de obligaciones por los distintos empréstitos no amortizados).

Esas tres instancias se hallan reflejadas con cierta nitidez en la Constitución: arts. 4° (operaciones de *crédito*), 75.4 (*empréstitos* sobre el crédito de la Nación), 75.7 (arreglar el pago de la *deuda*).

Cabe recordar que los ingresos por empréstitos, por manda constitucional contenida en el art. 4°, Const. Nac., deberían enjugar, exclusivamente, gastos originados en urgencias de la nación o para empresas de utilidad nacional, y así lo enfatizan, en tiempos actuales, tanto GELLI⁽¹³⁾ como DALLA VÍA⁽¹⁴⁾.

2. En la ley formal

En el acápite precedente se vio lo establecido en la Constitución. En el nivel infraconstitucional, de una lectura del art. 57, L. 24156, surge que no toda la deuda pública se origina en empréstitos pues, en rigor, hay seis modos —previstos en la ley formal— para que el Estado se endeude⁽¹⁵⁾. Interesa detenerse en dos de esas vías de endeudamiento: los empréstitos, y los préstamos, enumerados ambos en los incisos del art. 5 cit. En rigor, a partir de una rápida lectura del art. 57, incs. (a) y (c), L. 24156, se podría argüir que, como los títulos constitutivos de empréstitos previstos en ese inciso (a) se *emiten* y se *colocan*, al tiempo que los préstamos de ese inciso (c) se *contratan*, los primeros ostentarían naturaleza no contractual, al tiempo

(12) Conf. ORÍA, Salvador, *Finanzas*, Guillermo Kraft Ltda., Buenos Aires, 1948, t. III, pág. 108.

(13) GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación argentina. Comentada y concordada*, 4ta. ed. ampl. y act., La Ley, Buenos Aires, 2008, t. I, págs. 52-53.

(14) DALLA VÍA, Alberto R., *Derecho constitucional económico*, 2da. ed., Lexis Nexis - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006, pág. 650.

(15) Ampliar en CORTI, Horacio G., *Derecho constitucional presupuestario*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, págs. 623/624.

que los segundos sí gozarían de ella. Una original doctrina parecería haber avizorado esta posibilidad al optar por no calificar al contrato de crédito externo como empréstito, y mucho menos como empréstito público⁽¹⁶⁾.

3. Implicancias

Lo dicho hasta aquí reviste trascendencia pues, según se considere que un empréstito de los del art. 57, inc. a), L. 24156, es un contrato, o no⁽¹⁷⁾ —y en armonía con lo que se adelantara en la sección I de este trabajo— resulta que se le asignarán diferentes consecuencias jurídicas; entre ellas, la generación de obligaciones contractuales o *ex legue*; la aplicabilidad del principio de que el contrato es ley entre las partes o el sometimiento a la plena unilateralidad reglamentarista estatal; la limitación al *ius variandi* o la plena disponibilidad de la relación jurídica por quien dicta las reglas aplicables; por mencionar algunas posibilidades.

III. INTERROGANTES. PLAN DE EXPOSICIÓN

Lo expuesto nos coloca delante de, al menos, dos interrogantes: (i) ¿cuál es el concepto de empréstito, y de empréstito público? y, (ii) ¿es un empréstito público un contrato?

Con la mirada en el primer par de interrogantes, recordaremos que, en la Constitución, el empréstito aparece como una operación de crédito a tenor del art. 75.4, ya mencionado. Como el crédito involucrado es nacional o de la Nación, estaríamos ante un empréstito no privado sino público. Pero nada se dice en la Constitución argentina acerca de si el empréstito público es un contrato, por lo que las obligaciones emergentes del mismo podrían imaginarse como de fuente contractual o de fuente *ex legue*. Incluso al tiempo que la Constitución norteamericana se refiere en dos oportuni-

des, derechamente, al «pago» de las deudas de Estados Unidos⁽¹⁸⁾, la nuestra apenas menciona el «arreglo del pago» de la deuda⁽¹⁹⁾. Por ende, del texto de la Constitución no parecería sencillo inferir que el constituyente haya querido dar naturaleza de contrato al empréstito público o que, al menos, haya tenido en mente, con la misma intensidad que su par norteamericano, el pago como medio de cumplimiento de la obligación para liberarse de la deuda emergente de aquél.

En el Código Civil, «empréstito» es un término que aparece utilizado como sinónimo de «préstamo», se trate del préstamo de uso o comodato⁽²⁰⁾, o del préstamo de consumo o mutuo⁽²¹⁾. En ambos casos se está ante un contrato⁽²²⁾. Esta sinonimia no se advierte en el Código de Comercio, el cual, en cambio, equipara «préstamo» con «mutuo»⁽²³⁾, reglando a ambos como contratos de comercio, y normando tanto a esas dos figuras, como a la emisión de títulos de renta pública, en el libro segundo, relativo a los contratos de comercio. La Ley de Sociedades prescribe en materia de ciertos empréstitos que las sociedades pueden contraer⁽²⁴⁾, y la L. 23576 hace lo propio⁽²⁵⁾. Se trata, en todos estos casos, de empréstitos reglados por el Derecho común emergente —como sabemos— de los códigos de fondo.

(16) GORDILLO, Agustín, «El contrato de crédito externo», en su *Después de la reforma del Estado*, FDA, Buenos Aires, 1996, p. IV-6.

(17) Cabe reconocer que diversas son las doctrinas sobre la naturaleza del empréstito público, no limitándose las mismas al renglón contractual o no contractual. Ampliar, con provecho, en GILJANI FONROUGE, Carlos M. (NAVARRINE, Susana C. - ASOREY, Rubén O., act.), *Derecho financiero*, 7ma. ed., De Palma, Buenos Aires, 2001, I, II, pág. 1212, esp. el cuadro allí inserto.

(18) Arts. 1.8, primer párrafo, donde se regla la recaudación para «pagar las deudas», permitiéndose tomar sumas en préstamo en el segundo párrafo, como si el recurso precediera a la respectiva competencia; Enmienda XIV, 4, donde se proclama la validez de la «deuda pública» de los Estados Unidos, incluyendo las contraídas para «pagar pensiones y recompensas (...)».

(19) Sobre esta cuestión, ampliar en DALLA VÍA, Alberto, «Reestructuración y "arreglo" de la deuda externa en el marco de la Const. Nac.», en ALTERINI, Atilio (coord.), *Deuda externa*, La Ley, Buenos Aires, 2004, págs. 36-52, esp. págs. 42-43.

(20) Ver CC, art. 2255 [«Habrà comodato o préstamo de uso (...)»] y art. 2256 [«La promesa de hacer un empréstito de uso (...)»].

(21) Ver CC, art. 2240 [«Habrà mutuo o empréstito de consumo (...)»], art. 2244 [«empréstito gratuito», «empréstito oneroso»], art. 2246 [«si el empréstito pasa del valor de (...)»].

(22) Por hallarse incluidos en la sección titulada «obligaciones que nacen de los contratos». Ver CC, arts. 558, 562, 563, 564.

(24) L. 19550, art. 325 («Las sociedades anónimas incluidas las de la sección VI, y en comandita por acciones podrán, si sus estatutos lo autorizan, contraer empréstitos en forma pública o privada, mediante la emisión de debentures»). Ver, asimismo, en la misma ley, arts. 338.4, 339.3, 340, 354.

(25) L. 23576, art. 1º: [«Las sociedades (...) pueden contraer empréstitos mediante la emisión de obligaciones negociables (...)»].

Finalmente, en la L. 24156, ya citada, el empréstito del art. 57, inc. a), aparece caracterizado como una «operación de crédito público», con lo que se infiere que se trata de un empréstito público. Esa caracterización es efectuada sin otorgarle a aquel, en forma unívoca, una naturaleza contractual, y ello se corrobora por la literalidad de la norma. Es más, ya vimos que el mismo artículo dice que un empréstito se «emite» y se «coloca», pero un préstamo se «contrata»⁽²⁶⁾, con lo que —se podría argüir—, a diversos verbos, distintas naturalezas.

Empero, entiendo que existen razones sustanciales en contra de la derecha exclusión, del empréstito del art. 57, inc. a), L. 24156, del género «contratos», esto es, razones que sustentan sólidamente el carácter contractual del empréstito público.

De esa específica clase de empréstitos, y de esas razones, tratan los párrafos que siguen.

IV. EL EMPRÉSTITO PÚBLICO ES UN CONTRATO

Si bien existen opiniones contrarias⁽²⁷⁾, diversos órdenes de argumentos pueden resultar de utilidad para avalar la tesis de que la operación de crédito público denominada empréstito en el inc. a) del art. 57 de la L. 24156 tiene naturaleza jurídica de contrato. Así, puedo invocar fundamentos normativos, doctrinarios y jurisprudenciales.

1. Fundamentos normativos

Volviendo sobre lo expuesto en la sección precedente, puedo reparar, liminarmente, en que: (i) si los Códigos Civil y de Comercio y demás legislación ya citada, en pluralidad de disposiciones, consideran al empréstito como integrante del género «contratos», no se advierte cómo el legislador,

(26) Este sería el tenor de la redacción del art. 61, que menciona al ente del sector público «emisor o contratante», o el del art. 69.f, que alude a «emitir empréstitos o contratar préstamos».

(27) La sistematización efectuada por ZILLI DE MIRANDA, Marta, «El empréstito público. ¿Contrato administrativo?», en AAVV, *Cuestiones de contratos administrativos. En homenaje a Julio Rodolfo Comadira*, jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Rap, Buenos Aires, 2007, págs. 785/800, las recepta.

en la L. 24156, puede implicar algo diferente. Consecuentemente, si en esos cuerpos normativos el mutuo es un préstamo de consumo, y si préstamo es empréstito, no advierto las razones para que el legislador de 1992 ubique en un inciso a los empréstitos, y, en otro inciso, a los préstamos, tal como se hace en los incisos (a) y (c) del art. 57 de la citada ley. A todo evento, se han considerado a los contratos de empréstito, y a los papeles o títulos al portador emitidos por el Estado, como equivalentes⁽²⁸⁾.

(ii) El lenguaje empleado en dichos incisos (a) y (c) (emisión y colocación de empréstitos; contratación de préstamos) no guardaría coherencia con el lenguaje emergente de otros cuerpos normativos, tales como la L. 11672, Complementaria Permanente de Presupuesto⁽²⁹⁾, que regla sobre *negociación* de empréstitos, colocándolos en la vereda de la contractualidad pues es imposible negociar algo con uno mismo o sin que medie mutuo juego de voluntades.

Asimismo, (iii) el art. 66⁽³⁰⁾, L. 24156, menciona las «obligaciones» que se derivan de todas las operaciones de crédito público (obligaciones que, en rigor, podrían ser de fuente contractual o *ex lege* o de otra clase), pero alude a cualquier otra «entidad contratante», razón por la cual parecería colocarse, a las obligaciones emergentes de operaciones de crédito público, entendidas estas en forma genérica —v.gr., en la acepción empleada en los arts. 56, 57, 59, 60, 118.e, ley cit.— próximas al terreno contractual.

(28) Ver MAIRAL, *De la peligrosidad o inutilidad...* cit., esp. pág. 662, con cita de «La Minerva S.A. c/ Pcia. de Buenos Aires», Fallos: 178: 418 (1937), esp. cons. 1º: «No es el presente un caso contencioso-administrativo», fallo en el que se aplica el art. 743 cit., que establece: «Los títulos de renta pública emitidos por la Nación, por las Provincias o Municipalidades, estarán sometidos a las leyes de su creación, en cuanto a sus efectos orgánicos, y a las disposiciones de este título, en cuanto no estatuyan las leyes especiales mencionadas». En similar línea, «Valentine, George H. y otro c/ Pcia. de Santa Fe», Fallos: 204: 90 (1946), donde se aplica, a títulos de un empréstito de la Pcia. de Santa Fe, diversas disposiciones del Código de Comercio.

(29) Ver L. 11672, Complementaria Permanente de Presupuesto, cuyo art. 39, en lo pertinente, establece: «Para la atención de los gastos que, por disposición legal, deben cubrirse con el producido de la negociación de empréstitos (...)».

(30) L. 24156, art. 66: «Las operaciones de crédito público realizadas en contravención a las normas dispuestas en la presente ley son nulas y sin efecto, sin perjuicio de la responsabilidad personal de quienes las realicen. Las obligaciones que se derivan de las mismas no serán oponibles ni a la administración central ni a cualquier otra entidad contratante del sector público nacional».

a la tasa, en el plazo, y en la moneda acordadas»⁽³⁷⁾. Reitera esta postura en otras obras suyas⁽³⁸⁾.

Años más tarde, DE LAUBADÈRE también comparte la tesis de la naturaleza contractual del empréstito público⁽³⁹⁾. DEBBASCHI pone de resalto la naturaleza contractual de aquel por determinación de la ley⁽⁴⁰⁾.

(ii) *Estados Unidos*: En la escena norteamericana, ya desde inicios del proceso constitucional se advirtió que debía considerarse al empréstito público como contrato; en tal sentido, es ese formidable arquitecto de la República del norte, HAMILTON, quien, en su informe hallándose al frente de la cartera de Economía de su joven nación, se refiere, reiteradamente, a las características contractuales de los compromisos públicos enderezados a proveer fondos a las cuentas públicas⁽⁴¹⁾. Esta preferencia es recordada por el maestro ARIÑO ORTIZ⁽⁴²⁾ al referirse a los contratos del gobierno.

Más de un siglo más tarde, en Estados Unidos, BORCHARD se pronuncia abiertamente a favor de su naturaleza contractual al referirse, sin rodeos,

(37) JEZE, Gastón, voz «Public Debt», en *Encyclopaedia of the Social Sciences*, Macmillan, New York, 1933/1934, t. XII (Par-Pun), pág. 601.

(38) JEZE, Gastón, *Cours de science des finances et de législation financière française. La technique du crédit public*, 6e. éd., Marcel Giard, Paris, 1925, t. 2, pág. 202; del mismo autor, «Les principes juridiques dominants en matière de garantie des emprunts publics d'État», en *La garantie des emprunts publics d'État. Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, the Netherlands, 1925, vol. VII, págs. 174-176.

(39) LAUBADÈRE, André de, VLNEZIA, Jean Claude, GAUDEMET, Yves, *Traité de droit administratif*, 14e éd., LGDJ, Paris, 1996, t. I, págs. 730/731: «Le contrat d'emprunt public est un contrat par lequel un particulier prête une somme d'argent à l'État (...) ou à une autre collectivité publique (...)».

(40) DEBBASCHI, Charles, *Institutions et droit administratifs*, 4e éd. ref., PUF, Paris, 1998, t. 2, pág. 294: «Sont ainsi administratifs par détermination de la loi (...) les contrats d'emprunt public (lois du 17 jul. 1790 et du 26 sept. 1793)».

(41) HAMILTON, Alexander, «Report on Public Credit», de 9 de enero de 1790, en su *Writings*, The Library of America, 2nd printing, 2001, pág. 537 («los precisos términos de los contratos»); íd., pág. 538 («incumplimiento contractual»); «acuerdo e intención originarios del Estado»; íd., pág. 539 («incumplimiento contractual»; «obligación contractual»); pág. 551 («no se debería intentar ningún cambio en los derechos de los acreedores sin su consentimiento voluntario; y este consentimiento debería ser voluntario en los hechos, así como en su denominación»).

(42) ARIÑO ORTIZ, *La problemática del contrato administrativo...* cit., esp. pág. 11.

a la «naturaleza jurídica del contrato de empréstito»⁽⁴³⁾, procediendo a describir las teorías que, desde el punto de vista del deudor, enfatizan el carácter soberano de quien toma el préstamo, resultando la deuda una mera cuestión de honor; las teorías que, desde el punto de vista del acreedor, desplazan el carácter soberano para instalar ese contrato en el campo iusprivatista; y las teorías que lo visualizan como un contrato de Derecho público, en el que confluirían el mentado carácter soberano, así como la vinculatoriedad legal de las obligaciones emergentes⁽⁴⁴⁾.

(iii) *Argentina*: En Argentina, nuestro arquitecto constitucional, ALBERDI, reflexionaba, en su *Sistema económico y rentístico...*: «[E]l préstamo es un acto de comercio, prestar es comerciar: obtener libertad de comercio y verse limitado en la libertad de prestar, es un contrasentido que solo se explica por una república ejercida según el derecho orgánico realista y despótico (...). El préstamo al gobierno, es decir, el crédito público, uno de los recursos de estos países de pobreza presente y riqueza futura»⁽⁴⁵⁾. Este pasaje, inserto en una sección titulada «Reformas económicas que la Constitución exige en el Derecho civil relativo a los contratos de mutuo, prenda, fianza, sociedad, locación, venta, mandato, etc., etc.», evidencia que, para ALBERDI, el empréstito público era un contrato, una oferta seguida de aceptación.

La doctrina argentina posterior nos abruma con su adhesión a la tesis contractualista. SCHOO sostiene la naturaleza contractual de los empréstitos del Estado, así como el sometimiento de dichos contratos a las reglas del Derecho privado: «Desde el punto de vista estrictamente jurídico, nos hallamos ante un contrato de mutuo al que le son aplicables los mismos principios del Derecho privado, como si se tratara de una convención entre particulares»⁽⁴⁶⁾. Desde la vereda iuspublicista, BIELSA coincide en la faz contractual: «Claro está que (...) el empréstito es un contrato y no un acto de

(43) BORCHARD, Edwin, *State Insolvency and Foreign Bondholders. General Principles*, Yale University Press, New Haven, CT, 1951, t. I, pág. 3.

(44) BORCHARD, *State Insolvency...* cit., págs. 4, 8 y 15, respectivamente.

(45) ALBERDI, Juan Bautista, *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*, Escuela de Educación Económica y Filosofía de la Libertad, Buenos Aires, 1979, pág. 99.

(46) SCHOO, Alberto D., *La cláusula oro. Las obligaciones a oro ante la ley, la doctrina y la jurisprudencia*, La Facultad, Bernabé y Cía, Buenos Aires, 1937, pág. 79.

poder fiscal ni de soberanía, como erróneamente algunos lo consideran»⁽⁴⁷⁾. MARIENHOFF también se pronuncia a favor de su naturaleza contractual, incluyendo al empréstito público en el tomo de su *Tratado...* dedicado a los contratos administrativos, pero excluyendo, por cierto, a los empréstitos forzosos por poseer naturaleza de tributo⁽⁴⁸⁾. ESCOIA⁽⁴⁹⁾ y GRANONI⁽⁵⁰⁾ también se adhieren a la tesis contractual administrativa, excluyendo, por cierto, al empréstito forzoso. BERÇAITZ se detiene en el contrato administrativo de empréstito⁽⁵¹⁾. MAIRAL, como ya se vio, considera al empréstito público contrato⁽⁵²⁾. Con posterioridad a la L. 25561, BOTASSI funda, sólidamente, la tesis contractual⁽⁵³⁾. BARRA comparte la postura contractual⁽⁵⁴⁾.

Desde la disciplina financiero-tributaria, JARACH hace lo propio, calificándolo específicamente como contrato de adhesión con condiciones fijadas por el Estado en la oferta al público con base en una ley sancionada por el Parlamento⁽⁵⁵⁾ en la medida en que no sea un empréstito forzoso⁽⁵⁶⁾. VILLEGAS, por su parte, concuerda en que el empréstito es un contrato, que vincula al Estado deudor, con la misma fuerza obligatoria que cualquier contrato que el ente estatal celebre, y que su caracterización concreta depende del examen del Derecho positivo de cada país, a fin de apreciar «si

hay particularidades que atribuyan fisonomía especial al empréstito, derogatorias del régimen general de los contratos», excluyendo del género, por cierto, al ahorro forzoso⁽⁵⁷⁾. GIULIANI FONROUGE insiste en negar la naturaleza contractual, pero sostiene la obligación, del Estado, de responder, cuando, al modificar unilateralmente las condiciones, lesiona un derecho individual digno de protección⁽⁵⁸⁾. CORTI califica al empréstito como mero «método de endeudamiento», pero llega a calificar de «compromiso» al asumido por el Estado al endeudarse⁽⁵⁹⁾, y un compromiso presupone —entiendo— una promesa hacia otro. La alusión a ese compromiso me recuerda la opinión otrora expresada por KLEIN en punto a la «promesa» ínsita en los empréstitos en pesos oro⁽⁶⁰⁾.

Párrafo aparte amerita la opinión doctrinaria de GORDILLO, quien menciona la postura contractual respecto del empréstito público, al que considera contrato de Derecho público⁽⁶¹⁾, con exclusión del empréstito forzoso por ser manifestación del poder tributario⁽⁶²⁾, enfatizando, por un lado, el sometimiento de cierta clase de empréstitos, como contratos, a la intensa influencia del Derecho público argentino, al tiempo que otros contratos (contrato de crédito externo) se hallarían fuera de esa marcada influencia, al amparo de la jurisdicción y derecho aplicable extranjeros⁽⁶³⁾.

Considero que la doctrina citada sustenta, suficientemente, la tesis del carácter contractual del empréstito público entendido como préstamo o mutuo al Gobierno. Y debo aclarar que, en este punto, frente a la valiosa doctrina repasada, no considero necesario, a efectos de este trabajo, la definición acerca de si se trata de un contrato o de un contrato administra-

(47) BIELSA, Rafael, *Derecho constitucional*, 3ª ed. aum., Depalma, Buenos Aires, 1959, pág. 559.

(48) MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho administrativo*, 3ª ed. act., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983, t. III-B, págs. 665-681, esp. pág. 674. En igual sentido, MOSSLI ITURRASPE, Jorge, LORENZETTI, Ricardo L., *Derecho monetario*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1989, pág. 323.

(49) ESCOIA, Héctor J., *Tratado integral de los contratos administrativos*, Depalma, Buenos Aires, 1979, t. II, pág. 570.

(50) GRANONI, Raúl A., voz «Empréstito», en *Enciclopedia jurídica Omeba*, Driskill, Buenos Aires, 1989, t. X, págs. 127/136, esp. pág. 133.

(51) BERÇAITZ, Miguel Ángel, *Teoría general de los contratos administrativos*, 2da. ed., corr. y act. con la Ley 19549, Depalma, Buenos Aires, 1980, pág. 311, *passim*.

(52) MAIRAL, *De la peligrosidad o inutilidad...* cit., esp. págs. 662, *passim*, 671, *passim*.

(53) BOTASSI, Carlos, «Contratos públicos y emergencia estatal», en GORDILLO, Agustín (Dir.), *El contrato administrativo en la actualidad*, La Ley, Buenos Aires, 2004, págs. 39-53, esp. págs. 42-48.

(54) BARRA, Rodolfo C., «El nuevo régimen de contrataciones y la sustantividad del contrato administrativo», en *RAP - Régimen de Contrataciones y Compre Nacional*, número especial, Buenos Aires, febrero 2002, págs. 13-19, esp. pág. 14.

(55) JARACH, Dino, *Finanzas públicas y derecho tributario*, 3ra. ed., reimpr., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, pág. 878.

(56) JARACH, *Finanzas...* cit., pág. 891.

(57) VILLEGAS, Héctor B., *Manual de finanzas públicas*, Depalma, Buenos Aires, 2000, págs. 349/350 y págs. 353/357.

(58) GIULIANI FONROUGE, *Derecho financiero...* cit., t. II, págs. 1219 y 1248.

(59) CORTI, *Derecho constitucional presupuestario...* cit., págs. 621 y 623.

(60) KLEIN, Guillermo W., «La cláusula oro y la legislación argentina desde la ley de conversión», en *JA*, 1942-IV, págs. 66-84, esp. pág. 77.

(61) GORDILLO, «El contrato de crédito externo» cit., p. IV-2: «Con todo, prevalece la idea de que se trata de un contrato, y, preferentemente, un contrato de derecho público, al cual se denomina "empréstito público"».

(62) GORDILLO, *El contrato de crédito externo*, cit., p. IV-4.

(63) GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho administrativo*, 10ma. ed., FDA, Buenos Aires, 2009, t. 1, págs. XI-16 («contratos en que aparece un *crescendo* de potestades y privilegios estatales») y XI-38/39.

tivo⁽⁶⁴⁾. Ello, en tanto no indago en la presencia de las particularidades de este último para sustentar la pertenencia a la especie, sino que indago en la mera pertenencia al género; busco elementos que demuestren la presencia de oferta seguida de aceptación, voluntades anudadas en la fuente de obligaciones por excelencia: el contrato. Por decirlo en términos simples, no indago en qué clase de contrato es, sino que busco indicios acerca de si, al menos, lo es.

3. Fundamentos doctrinarios éticos

Los fundamentos éticos que privilegian el *bien* confianza sustentarían la concepción contractual del empréstito. En otras palabras, si se le presta a quien ofrece endeudarse, se lo hace sobre la base de la creencia⁽⁶⁵⁾ o imagen mental de que quien se endeuda o deudor, cumplirá con el acreedor: es acreedor quien cree que el endeudado le reembolsará. Es que, como enseña POLO, cumplir la palabra integra el orden de virtudes que atañen a la acción de gobierno, así como la lealtad y la veracidad⁽⁶⁶⁾.

(i) *La costumbre de cumplir*: Diversos autores han anudado, al empréstito público, a la moral como perfección o virtud. Así, HAMILTON, al invocar a la buena fe y al exacto cumplimiento de los contratos como generadores de crédito público, y al apuntar que cada ruptura de los compromisos públicos, voluntaria o por razones de necesidad, lo daña, concluyendo en que una violación del principio de buena fe, base de aquel, resultaba repugnante a la virtud y felicidad públicas⁽⁶⁷⁾.

(64) Acerca de ello se recordará el debate: MAIRAL, «De la peligrosidad o inutilidad...» cit.; del mismo autor, «El aporte de la crítica a la evolución del derecho administrativo», en *ED*, t. 180, pág. 850 y ss.; del mismo autor, «La teoría del contrato administrativo y el Derecho norteamericano», en *EDA*, 2000/2001, pág. 525 y ss.; CASSAGNI, Juan Carlos, «Un intento doctrinario infructuoso. El rechazo de la figura del contrato administrativo» en *ED*, t. 180, págs. 773 y ss.; del mismo autor, «La delimitación de la categoría del contrato administrativo (Réplica a un ensayo crítico)», en *ED*, t. 181, págs. 942 y ss.; del mismo autor, «De nuevo sobre la categoría del contrato administrativo en el Derecho argentino», en *EDA*, 2001/2002, págs. 493 y ss.

(65) De la raíz *cred*, que arriba al Latín desde esa lengua ideal que es el Proto-Indoeuropeo, provienen los términos *credibilis*, *credibile*, *creditoris*, *credo*, *credere* (confiar), etc.

(66) POLO, Leonardo, *Ética. Hacia una versión moderna de los temas clásicos*, 2da. ed., Unión, Madrid, 1997, págs. 197/198.

(67) HAMILTON, «Report on Public Credit...» cit., págs. 532/533.

En nuestro país, ALBERDI destaca las virtudes ínsitas en las operaciones de crédito público:

«[E]l gobierno necesita, como cualquier deudor privado, tener (...) cuando menos, la costumbre de pagar [los intereses] (...). El gobierno argentino (...) posee igualmente el respeto a sus deberes, es sensible al honor de pagador puntual, y puede sostener el noble hábito de amortizar sus deudas»⁽⁶⁸⁾.

Medio siglo más tarde, la clásica definición de crédito público, acuñada por ORÍA, se apoyaba en la moral entendida como hábito de justicia⁽⁶⁹⁾, inspirando a RODRÍGUEZ ROSSI, a afirmar que la deuda pública implicaba «una obligación moral y política», a la cual el Estado debía «hacer honor, a cualquier costo»⁽⁷⁰⁾. En similar senda puede ubicarse a ZINN⁽⁷¹⁾.

Creo que es un precedente jurisprudencial el que mejor transmite el sentido moral que anida en los empréstitos públicos y, en general, en las operaciones de crédito público, sirviéndoles de orientación cuando de su interpretación se trata; así, en el célebre «Perry», de la Corte Suprema norteamericana, ya mencionado. En este fallo, que posee la particularidad de erigirse en una suerte de repliegue introspectivo, en mezcla de soliloquio y de lección moral, si se quiere, no dirigida a la parte litigante, sino con apariencia de estar dirigida al tribunal mismo, a sus futuras integraciones, y a las generaciones futuras, se expresó:

«El carácter vinculante de la promesa que hace Estados Unidos es consustancial al crédito así comprometido (...). El hecho de que Estados Unidos no pueda ser demandado sin previa venia es una cuestión procesal que en nada afecta la naturaleza legal y vinculante de sus contratos (...). La obligación contractual perdura y, no obstante las flaquezas del proceso, continúa siendo vinculante para la conciencia del soberano»⁽⁷²⁾.

(68) ALBERDI, *Sistema...* cit., pág. 296.

(69) «La aptitud política, económica, jurídica y moral de un Estado para obtener dinero o bienes en préstamo, basada en la confianza de que goza por su patrimonio, los recursos de que puede disponer y su conducta», conf. ORÍA, *Finanzas...* cit., t. III, pág. 107.

(70) RODRÍGUEZ ROSSI, Víctor E., *El crédito público. Efectos y empleo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1981, págs. 69-70.

(71) ZINN, Ricardo, «La deuda externa argentina», en *Acción y reflexión*, Fundación Carlos Pellegrini, Año II, Nro. 7, Buenos Aires, 1990, págs. 1-6, esp. pág. 4.

(72) «Perry v. US», 294 U.S. 330 (1935), págs. 353 y 354.

(ii) *El problema intergeneracional*: Por último, y a modo de inevitable digresión, cabe preguntarse si puede tener fundamentos éticos un contrato como el aquí estudiado, que integra una operatoria —el endeudamiento público— que se ha tenido por contraria a la moral; en este sentido apunta FENOCHIETTO, al enumerar diversas doctrinas económicas en la materia, que aquel endeudamiento sería inmoral, y que el problema del déficit resultante no sería de índole económica sino, precisamente, de índole moral⁽⁷³⁾. Economistas clásicos han incluso expresado que es inicuo que una generación pueda agobiar a generaciones futuras con el peso de sus locuras o necesidades⁽⁷⁴⁾. La cuestión posee marcada relevancia si se comparte la tesis de que es la Justicia la que debe inspirar la actividad estatal toda⁽⁷⁵⁾.

(iii) *Mi opinión*: Al respecto puedo advertir que: (i) uno de los principales interrogantes de las finanzas públicas es si el Estado debe financiarse con recursos tributarios o con endeudamiento⁽⁷⁶⁾, y dado que ambas posibilidades fueron opciones fijadas y regladas por el Constituyente, mal puede tenerse a una ellas por dotada de una finalidad contraria a la moral; (ii) dado que las operaciones de crédito miran naturalmente hacia el futuro, si se emplean los empréstitos para financiar los dos objetivos fijados constitucionalmente (sobrellevar urgencias de la Nación; llevar adelante empresas de utilidad nacional), tampoco se engendra tacha alguna de tinte intergeneracional; (iii) desde el punto de vista de la justicia intergeneracional, si bien las generaciones futuras pagarán impuestos para que el Estado pueda rendir honor al pago de la deuda contraída⁽⁷⁷⁾, también gozarán —con aquellos

dos objetivos a la vista— de la normalidad que sigue a las urgencias de la Nación, o de las empresas de utilidad nacional concretadas con los fondos que otrora ingresarán a las arcas estatales; además, en el plano social, (iv) el acuerdo sobre el objetivo constitucional —empréstitos para sobrellevar urgencias de la Nación, o para financiar empresas de utilidad nacional—, moralmente válido por apuntar a la obtención del bien común querido al formarse la república, orienta la finalidad moral del empréstito en particular que se contrate (emisión y colocación del título tal o cual dentro del reparto de competencias constitucionales), y la doctrina ha destacado los consiguientes amplios efectos positivos de tal clase de operación en la economía social toda⁽⁷⁸⁾. Finalmente, (v) se ha endilgado a los empréstitos públicos una especie de gravamen a la justicia intrageneracional futura pues la posición de acreedor se localizaría en estratos de altos ingresos generándose una redistribución regresiva del ingreso, al tiempo que los impuestos requeridos para atender la deuda serían distribuidos entre los distintos estratos⁽⁷⁹⁾, mas tal tacha, desde el punto de vista de la justicia como equidad, no prosperaría a poco que se repara en que el producto de la deuda que se contrajera —superación de la urgencia de la Nación o empresa de utilidad nacional perfeccionada— beneficia potencialmente, en ese momento futuro, a todos esos diversos estratos.

4. Fundamentos jurisprudenciales de Derecho comparado

(i) *Estados Unidos*: Según la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, y a la luz de la transcripción efectuada al inicio de este trabajo, cuando el gobierno toma sumas en préstamo contra el «crédito de los Estados Unidos», hay contrato; el Congreso crea una obligación jurídica, vinculante, de pagar de acuerdo a lo estipulado, y no puede, por tanto, modificar los términos del contrato. Es por ello que una resolución desororizadora, como la de 1933, que abrogara una cláusula de pago en moneda oro, contenida en un bono, resultaría contraria a dicha cláusula. Sin embargo, puede ser que al acreedor se le deniegue indemnización por

(73) FENOCHIETTO, Ricardo, *Economía del sector público. Análisis de las finanzas públicas y sus efectos*, La Ley, Buenos Aires, 2006, págs. 906-908.

(74) GIDE, Charles, *Curso de economía política*, 5ta. ed. (Carlos Docteur, trad.), El Ateneo, Buenos Aires, 1969, pág. 291.

(75) Tomo la expresión de SCHAFRIK, Fabiana H., «Breves reflexiones acerca de la actividad financiera del Estado. Esbozo de algunos principios y garantías aplicables a la misma desde una perspectiva constitucional», en *ED*, t. 180 (año 1999), págs. 1570/1577, esp. pág. 1576.

(76) «El Estado debe pagar sus programas. Los fondos provienen principalmente de los impuestos y lo que falta se obtiene pidiéndoselo prestado a los ciudadanos», *conf.* SAMUELSON, Paul A., NORDHAUS, William D., *Economía*, 16ª. ed., (Esther RABASCO y Luis TOTIARIA, trads.), McGraw Hill, Buenos Aires, 1999, pág. 296.

Sosteniendo la improcedencia de utilizar endeudamiento para financiar gasto público de consumo, BUCHANAN, James M., *Choice, Contract and Constitution*, vol. 16 de su *Collected Works*, Liberty Fund, Indianapolis, 2001, esp. págs. 422-423.

(77) Por todos, CORTI, *Derecho constitucional presupuestario...* cit., págs. 619 y ss.

(78) MESSNER, Johannes, *Social Ethics. Natural Law in the Western World*, rev. ed., (J. J. Doherty, trad.), Herder Book Co., St. Louis & London, 14965, págs. 925/926.

(79) Ver BOLÍVAR, Miguel Ángel, *Manual de finanzas públicas*, Educa, Buenos Aires, 2001, pág. 161.

no haberse acreditado, en autos, el daño, y ello es, precisamente, lo que ocurrió con los bonos del caso «Perry»⁽⁸⁰⁾.

Esta concepción contractualista, pero apegada a las probanzas del caso bien puede ser confrontada con la del *Justice Stone* en el mismo fallo, quien, en su voto concurrente, sugirió las debilidades que la proclamación de aquella postura tenía a la luz del resultado del juicio: «No lo beneficiará al actor el asegurarle que tiene un derecho inviolable al cumplimiento de la cláusula oro, denegándole lo petitionado»⁽⁸¹⁾.

De todos modos, la postura contractual apuntada no fue una creación de la década del '30. A fines del siglo XIX, en «Murray»⁽⁸²⁾, caso en el que estaba en juego un bono municipal, ese tribunal había afirmado:

«La verdad es que, cuando los estados y ciudades toman fondos prestados, y contratan su repago con intereses, no están actuando como soberanos. Descienden al nivel de personas comunes. Sus contratos tienen el mismo significado que el que tienen contratos similares entre personas privadas. De allí que, en lugar de que haya, en el compromiso de pagar, del estado o ciudad, una reserva de un derecho soberano a no pagar, el contrato debería ser considerado como una seguridad de que tal reserva no será ejercida. Una promesa de pagar, con reserva del derecho de denegar o modificar los efectos de la promesa, constituye un absurdo».

Después de los casos de 1935 ya mencionados⁽⁸³⁾, la postura contractualista fue confirmada, por ej., en «Smyth»⁽⁸⁴⁾. Y, a todo evento, dicha postura contractualista, en plena crisis del '30, fue preanunciada en «Lynch»⁽⁸⁵⁾, relativo a pólizas de seguro, en el que se sentenció:

«Los contratos válidos constituyen propiedad, sea el deudor una persona privada, una municipalidad, un estado o Estados Unidos. Los derechos oponibles a Estados Unidos, emergentes de un contrato concluido con él, están protegidos por la Enmienda V (...). Cuando Estados Unidos contrae relacio-

nes contractuales, sus derechos y obligaciones son gobernados por ende por la ley aplicable a los contratos entre personas privadas».

(ii) *Reino Unido*: «Perry» cruzó, oportunamente, el Atlántico: «*The King v. International Trustee*»⁽⁸⁶⁾, fallado por la Cámara de Lores de Reino Unido, versaba acerca de unos bonistas que habían adquirido bonos, emitidos por el gobierno británico en 1917, con cláusula oro, con lugar de pago en New York o Londres a opción del tenedor. Una vez resuelta por ese tribunal la cuestión de la legislación aplicable al contrato a favor del «Derecho que prevalece en New York» —desechándose la tesis de que la ley aplicable era la del soberano contratante—, se entendió que la cláusula oro contenida en el título estaba alcanzada por la interpretación ya reseñada en el primer párrafo de este acápite.

(iii) *Suiza*: Empero, hubo casos resueltos de forma contraria; tal el precedente suizo relativo a un título emitido a principios de 1930, en el que se hizo lugar a la demanda, ordenándose pagar con total prescindencia de la legislación desororizadora norteamericana⁽⁸⁷⁾.

5. Fundamentos jurisprudenciales. Corte Suprema de Justicia de la Nación

De la consulta de los fallos de la Corte Suprema surge la naturaleza contractual de los empréstitos públicos. Sin embargo, tal interpretación no es constante, razón por la cual puede repasarse la jurisprudencia del Alto Tribunal con base en las diversas etapas resultantes. Veamos:

(i) *Primera etapa (contractualista)*: Una aproximación a la cuestión de la naturaleza aparece sugerida en el caso «Hambro» en el cual se aludió, en la reseña del caso, al «contrato de 1889», conocido como Empréstito Macadam y se afirmó que los cupones eran instrumentos públicos otorgados

(80) «Perry v. US», 294 U.S. 330 (1935), esp. pág. 351.

(81) «Perry v. US», 294 U.S. 330 (1935), esp. pág. 360.

(82) «Murray v. Charleston», 96 U.S. 432 (1887).

(83) Citados en n. 8 y en n. 9, *supra*.

(84) «Smyth v. US», 302 U.S. 329 (1937).

(85) «Lynch v. U.S.», 292 U.S. 571 (1934).

(86) «R. v. International Trustee for the Protection of Bondholders Akt», [1937] 2 All E.R. House of Lords 164. Idem: «The King v. International Trustee for the Protection of Bondholders Aktiengesellschaft», [1937] A.C. 300. Ver *H.L.* 14, sec. jur. exl., págs. 12-26, esp. págs. 24-26, donde se hallan publicados extensos pasajes de la Sentencia de la Cámara de Lores.

(87) Tribunal Superior del Cantón de Zúrich, 21 febr., 1941, en *L.L.* t. 27, págs. 930-932, y citas en pág. 932.

según, entre otros, contratos de la municipalidad deudora⁽⁸⁸⁾. Ahora, en «La Sociedad de Mandatos»⁽⁸⁹⁾ se invocó, derechamente, el art. 1197 CC 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, entrañaba un concurso de voluntades, «regla que a que debe someterse la provincia [deudora] como a la ley misma»⁽⁹⁰⁾. La solución en este fallo fue adoptada, años después, en «Banco Francés»⁽⁹¹⁾. Similar actitud se advierte en el fallo «Dellepiane», donde se explica que «el poder ejecutivo de la provincia aparece contratando un empréstito»⁽⁹²⁾, que, a la luz de las circunstancias del caso era, meramente, un préstamo, y en «Wilfrid Baron»⁽⁹³⁾, 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»⁽⁹⁴⁾, 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 turno, la Corte Suprema hizo lugar a la demanda.

La solución del caso se sustenta también en lo convenido o acordado por las partes en «Asociación Bancaria»⁽⁹⁵⁾. En este caso se analizaba la

(88) «Hambro & Son, Banqueros de Londres c/ Municipalidad de Rosario», Fallos: 53: 396 (1893), esp. pág. 396.

(89) «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 (1899).

(90) «La Sociedad de Mandatos y Préstamos del Río de la Plata c/ Pcia. de Santa Fe», Fallos: 78: 43 (1899), esp. pág. 48.

(91) «Banco Francés del Río de la Plata c/ Pcia. de Corrientes», Fallos: 151: 51 (1928), esp. pág. 58.

(92) «Dellepiane, Héctor c/ Pcia. de Tucumán», Fallos: 131: 82 (1920), cons. 3°.

(93) «Wilfrid Baron c/ Pcia. de Tucumán», Fallos: 134: 253 (1921), esp. cons. 2°.

(94) «Nutall, Jorge c/ Pcia. de Entre Ríos», Fallos: 34: 149 (1888).

(95) «Asociación Bancaria Rotterdamsche Bankvereniging c/ Pcia. de Buenos Aires», Fallos: 138: 37 (1923).

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 acreedor; en el caso, en Alemania, en marcos; en París y Basilea, en francos; en Londres, en libras esterlinas, pero la provincia deudora argüía —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, a estos, 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; ello, con fundamentos en la confianza del público y por aplicación del art. 1197, CC.

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, permitiendo este solo la conversión o transformación de una deuda en otra⁽⁹⁶⁾. Y en «Viñas», luego de reseñarse la opinión de JEZE, se afirma:

«[L]os títulos de empréstito, sea el Estado o sean instituciones particulares que los emitan, 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, Código de Comercio)».

De tal modo, se inaplica el decreto que dejaba al arbitrio del Poder Ejecutivo la facultad de efectuar o no el rescate, pues «el Estado que tomó en préstamo está obligado a consentir ventajas a sus acreedores»⁽⁹⁷⁾.

(ii) *Segunda etapa (eclectica)*: Esta primera etapa 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 del mismo, como acreedor, de elegir lugar y moneda de pago; ello, con sustento en el art. 1197, CC, en la no afectación del orden público, y en las facilidades obtenidas,

(96) «Pcia. de San Juan c/ Banco Francés del Río de la Plata y Mayer Hnos. y Cía.», Fallos: 149: 226 (1927), esp. cons. 9°.

(97) «Viñas, Osvaldo c/ Pcia. de Santa Fe», Fallos: 152: 418 (1928), esp. pág. 422.

de esa manera, por el emisor del título a efectos de la colocación del mismo. Así, en «Luchinetti»⁽⁹⁸⁾ y «Barón»⁽⁹⁹⁾.

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 L. 3871 de 1899, esto es, 0.44 oro por cada peso papel, lo que era igual a \$2.2727 por cada peso oro; así, por ej., en «Benvenuto»⁽¹⁰⁰⁾. La interpretación relativa a la obligación alternativa fijada convencionalmente más allá de lo prescripto en el Código Civil se reitera más tarde en «Coelho»⁽¹⁰¹⁾, «Benvenuto»⁽¹⁰²⁾, «Cuellar»⁽¹⁰³⁾, «Benvenuto»⁽¹⁰⁴⁾, «Freijó»⁽¹⁰⁵⁾, «De Valle»⁽¹⁰⁶⁾, «Banco Holandés»⁽¹⁰⁷⁾.

Ese tipo de cambio, vigente no ya en forma mandatoria sino opcional para el acreedor que lo aceptase bajo la L. 9478, art. 2°, de 1914, en coexistencia con la concepción contractual sobre el empréstito público, se plasma nítidamente en «Palomeque»⁽¹⁰⁸⁾, en el cual, demandando 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 dorso de cada título, cláusulas que «constituyen la ley contractual que rige dichas relaciones»⁽¹⁰⁹⁾. Ello pues el emisor debe «mantener la con-

(98) «Luchinetti, Arnaldo c/ Pcia. de Mendoza», Fallos: 138: 402 (1923).

(99) «Baron, Wilfrid c/ Pcia. de Tucumán», Fallos: 139: 48 (1923).

(100) «Benvenuto y Cía. c/ Pcia. de Corrientes», Fallos: 151: 59 (1928), esp. cons. 10, 2° párr. En igual sentido, «Palomeque, Rafael Alberto c/ Pcia. de Corrientes», Fallos: 151: 65 (1928).

(101) «Coelho, Augusto J. c/ Pcia. de Tucumán», Fallos: 143: 175 (1925).

(102) Ver esp. «Benvenuto y Cía. c/ Pcia. de Mendoza», Fallos: 143: 76 (1925), cons. 4°, 2° párr.

(103) «Cuellar, José c/ Pcia. de Mendoza», Fallos: 144: 77 (1925).

(104) «Benvenuto y Cía c/ Pcia. de Mendoza», Fallos: 144: 234 (1925).

(105) «Freijó, Elena c/ Pcia. de Mendoza», Fallos: 145: 149 (1925).

(106) «De Valle, José c/ Pcia. de Mendoza», Fallos: 146: 27 (1925).

(107) «Banco Holandés de la América del Sud c/ Pcia. de Tucumán», Fallos: 150: 232 (1927).

(108) «Palomeque, Rafael A. c/ Pcia. de Santa Fe», Fallos: 145: 78 (1925).

(109) «Palomeque, Rafael A. c/ Pcia. de Santa Fe», Fallos: 145: 78 (1925), esp. pág. 84.

fianza» que su palabra ha hecho nacer en el poseedor del título⁽¹¹⁰⁾. En el caso el Alto Tribunal se fundó en los actos previos de la demandada, durante 15 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 CC, y de dos precedentes ya reseñados⁽¹¹¹⁾. 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»⁽¹¹²⁾.

La Corte Suprema invoca este fallo al resolver «Nau»⁽¹¹³⁾.

(iii) *Incidencia de los actos propios del actor*: El silencio de la jurisprudencia en materia de empréstitos posterior a 1928 dura hasta 1933, en que se aplica, a un título al portador, la prescripción trienal comercial en lugar de la prescripción civil, no obstante a ello el contrato transcrito al dorso del título, que, «debe ser respetado como ley entre las partes», en palabras de la Corte Suprema⁽¹¹⁴⁾. En 1935 se resuelve un caso de legitimación activa con estricto apego a la letra del contrato transcrito en el título, afirmándose 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, expresando el alcance de sus acuerdos, que es la ley de las partes»⁽¹¹⁵⁾. Tam-

(110) «Palomeque, Rafael A. c/ Pcia. de Santa Fe», Fallos: 145: 78 (1925), donde agrega 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».

(111) «Asociación Bancaria Rotterdamsche Bankvereeniging c/ Pcia. de Buenos Aires», Fallos: 138: 37 (1923) y «Baron, Wilfrid c/ Pcia. de Tucumán», Fallos: 139: 48 (1923).

(112) «Palomeque, Rafael A. c/ Pcia. de Santa Fe», Fallos: 145: 78 (1925), esp. págs. 87-88.

(113) «Nau, Pedro A. c/ Pcia. de San Juan», Fallos: 149: 243 (1927).

(114) «Víctor M. Ruiz c/ Pcia. de Corrientes», Fallos: 168: 108 (1933), esp. cons. 3° *in fine*.

(115) «Pedro Roth c/ Pcia. de Santa Fe», Fallos: 173: 331 (1935), cons. 3°.

bien se falla con apego a la letra (válida) del contrato un caso en el que se había insertado anónimamente, en el título, una cláusula extraña⁽¹¹⁶⁾.

La línea jurisprudencial que arranca con «Villamil»⁽¹¹⁷⁾, y que perdura casi por un decenio conformaría la columna vertebral de la jurisprudencia en materia de empréstitos públicos mediando cláusula oro, en la emergencia, que, según los casos, podía significar que al tipo de cambio fijo de la L. 3871 de 1899, se sumara la opción para el acreedor de aceptar o no el tipo de cambio fijo de la L. 3871 bajo la L. 9478, de 1914, así como la prolongación del tipo de cambio fijo de la L. 3871 por acción de la L. 12160, art. 4º *in fine*, ley de 1935. 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 L. 12160 (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»⁽¹¹⁸⁾. En suma, la voluntad manifestada a lo largo de 24 años era «la norma más segura para interpretar las cláusulas de un contrato»⁽¹¹⁹⁾. 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, sino de cerca de 6⁽¹²⁰⁾.

La misma solución se expandió al caso «Banco Francés»⁽¹²¹⁾, 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 habido 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

(116) «Michel, Juan Néstor c/ Pcia. de Jujuy», Fallos: 197: 601 (1943).

(117) «Villamil, Victoriano c/ Nación Argentina», Fallos: 188: 303 (1940).

(118) «Villamil, Victoriano c/ Nación Argentina», Fallos: 188: 303 (1940), esp. cons. 3º.

(119) «Villamil, Victoriano c/ Nación Argentina», Fallos: 188: 303 (1940), esp. cons. 4º.

(120) «Villamil, Victoriano c/ Nación Argentina», Fallos: 188: 303 (1940), esp. cons. 4º de la disidencia de fundamentos del Dr. Repetto.

(121) «Banco Francés del Río de la Plata c/ Pcia. de Corrientes», Fallos: 193: 165 (1942).

jurídicamente «aceptada» por él⁽¹²²⁾, rechazándose la demanda. También se dio por consentido el régimen en «Paoletti»⁽¹²³⁾.

Estos fallos fundaron la solución favorable al tipo de cambio legal en «Salleras Pagés»⁽¹²⁴⁾. En este fallo la Corte Suprema continúa invocando el art. 1197, CC⁽¹²⁵⁾ al fallar como lo hace.

La doctrina de los propios actos, del actor, también gobierna el rechazo de la demanda en «Baillinou»⁽¹²⁶⁾, pues se consideró que al «limitarse a aceptar el pago bajo protesta», el actor no había hecho «cuestión» alguna⁽¹²⁷⁾, y ello equivalía a aceptar el tipo de cambio ya apuntado a efectos de la amortización del empréstito.

(iv) *Regreso al contractualismo*: La senda respetuosa de los derechos adquiridos contractualmente por el tenedor de los títulos del empréstito reaparece en «Sarquis»⁽¹²⁸⁾, en plena década del '30, en el cual —con cita de «Braceras»⁽¹²⁹⁾, «Garmendia»⁽¹³⁰⁾, y «Alonso»⁽¹³¹⁾— se impide que la Provincia deudora pueda pagar, bajo una ley de canje, de una forma diversa a la pactada en lo que hace a los intereses. Posteriormente, en «Morando»⁽¹³²⁾ se condena a la demandada —que hacía 13 años que se rehusaba a canjear los títulos suspendiendo 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» (cons. 9º).

(122) «Banco Francés del Río de la Plata c/ Pcia. de Corrientes», Fallos: 193: 165 (1942), esp. cons. 10.

(123) «Paoletti, José A. c/ Pcia. de San Juan», Fallos: 198: 369 (1944).

(124) «Salleras Pagés, Juan c/ Pcia. de San Juan», Fallos: 202: 29 (1945).

(125) «Salleras Pagés, Juan c/ Pcia. de San Juan», Fallos: 202: 29 (1945), esp. pág. 42.

(126) «Baillinou, Juan Bautista c/ Pcia. de Buenos Aires», Fallos: 211: 1290 (1948).

(127) «Baillinou, Juan Bautista c/ Pcia. de Buenos Aires», Fallos: 211: 1290 (1948), esp. pág. 1299.

(128) «Sarquis, Tufik c/ Pcia. de Stgo. del Estero», del 23/7/1937, en LL t. 7, pág. 405 (fallo núm. 2905); no publicada en Fallos.

(129) «S.A. Ángel Braceras c/ Pcia. de Stgo. del Estero», Fallos: 145: 341 (1925).

(130) «Garmendia, Rafael c/ Pcia. de Stgo. del Estero», del 27/11/1935.

(131) «Alonso, José c/ Pcia. de Stgo. del Estero», del 17/4/1936.

(132) «Morando, Aldo E. c/ Pcia. de Buenos Aires», Fallos: 192: 245 (1942).

Dicha senda se consolida —el juego de palabras es involuntario— en el precedente «Consolidación»⁽¹³³⁾, en el cual se hizo lugar a la apelación y se revocó la sentencia de la CNACAF. 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 esta, y eso resultaba de las exigencias representadas 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 Estado⁽¹³⁴⁾. Y en esa relación jurídica debía conservarse el poder adquisitivo de la inversión original⁽¹³⁵⁾. 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»⁽¹³⁶⁾.

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.

(v) *La historia más reciente*: La historia posterior del empréstito público es más fresca en la memoria, y abarcaría la línea de fallos relativos al

ahorro forzoso dispuesto en durante el gobierno del Dr. Alfonsín y resuelto constitucionalmente recién a mediados del gobierno del Dr. Menem, así como los relativos a los empréstitos ante la emergencia reinante a fines de la década del '80; una segunda familia de fallos relativos a las cuasi-monedas provinciales, bonos de empréstitos locales que fueran depuradas recién con la gestión del Dr. Duhalde; y los casos de empréstitos que presentarían características muy particulares.

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 calidad⁽¹³⁷⁾. En «Amui Azize»⁽¹³⁸⁾, caso en el que se impugnaba un decreto provincial que prorrogaba unilateralmente el plazo de la obligación de pago de la deuda emergente de un título de la deuda pública provincial, se sostuvo la constitucionalidad de aquel por aplicación de la doctrina que sustenta medidas de emergencia razonables que afectan a los contratos. Similar temperamento se advierte en «Laugle»⁽¹³⁹⁾. Por ende, en ambos casos se reafirmó la naturaleza contractual de la relación crediticia involucrada.

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: los empréstitos públicos son contratos administrativos típicos. Así, en «Contipel» («trátase de un empréstito público, el cual, pese a hallarse en títulos que circulan en plaza, constituye un contrato administrativo típico»⁽¹⁴⁰⁾); en «Aquino» se calificó al empréstito público como contrato administrativo típico, si bien no surgirían de la publicación de dicho precedente las específicas características del mismo⁽¹⁴¹⁾; 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 —empréstito público— pese a encontrarse

(133) «S.A. Consolidación I. I. C. c/ YPF», Fallos: 302: 1065 (1980).

(134) «S.A. Consolidación I. I. C. c/ YPF», Fallos: 302: 1065 (1980), esp. cons. 9°.

(135) «S.A. Consolidación I. I. C. c/ YPF», Fallos: 302: 1065 (1980), Fallos: 302: 1065 (1980), esp. cons. 10.

(136) «S.A. Consolidación I. I. C. c/ YPF», Fallos: 302: 1065 (1980), esp. cons. 8°.

(137) «Horvath, Pablo c/ Fisco Nacional - DGI», Fallos: 318: 676 (1995); «Indo S.A. c/ Fisco Nacional DGI», Fallos: 318: 785 (1995).

(138) «Amui Azize, Jorge César c/ Pcia. de Salta», Fallos: 315: 2300 (1992).

(139) «Laugle, Daniel C. c/ Pcia. de Salta», Fallos: 315: 2328 (1992).

(140) «Contipel Catamarca S.A. c/ Pcia. de Salta», Fallos: 311: 2065 (1988).

(141) «Aquino, Virginia C. c/ Pcia. del Chaco y otros», Fallos: 314: 810 (1991), publicado en tomo únicamente bajo forma de sumarios.

expresado en títulos que circulan en plaza»⁽¹⁴²⁾; «López» («contrato de carácter local —empréstito Cecacor»⁽¹⁴³⁾); «Raboy» («los bonos cuyo pago se pretende obtener tienen su origen en un vínculo contractual de carácter administrativo —empréstito público—»⁽¹⁴⁴⁾); «Miñano» («se trata de un contrato administrativo de empréstito público»⁽¹⁴⁵⁾); «Spivak» («la emisión de los títulos referidos constituye un empréstito público y, por ende, un contrato administrativo típico (doctrina de Fallos: 311:489; 314:810)»⁽¹⁴⁶⁾); «Pcia. de Tucumán» («la emisión de los títulos referidos constituye un empréstito público y, por ende, un contrato administrativo típico»⁽¹⁴⁷⁾); entre otros.

Casos paradigmáticos han sido tanto «Brunicardi»⁽¹⁴⁸⁾ como «Galli»⁽¹⁴⁹⁾. En el primero se impugnaba la modificación unilateral, por el Poder Ejecutivo, de un empréstito público, y si bien el dictamen de la Procuración General 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⁽¹⁵⁰⁾, el fallo de la Corte Suprema se apoyó en la tesis del acto de soberanía del Estado; el empréstito es emanación del Estado soberano; el régimen aplicable es de Derecho público (cons. 7º); el Estado responde patrimonialmente si actúa en forma arbitraria o lesionando derechos dignos de protección (cons. 19). Sin duda, la unilateralidad

(142) L. 651. XXXI, «Laurens, Mabel M. c/ Pcia. de La Rioja s/ juicio ejecutivo», fallo del 23/4/1996, no publicado en *Fallos*.

(143) «López, Mario A. c/ Pcia. de Corrientes y otros (EN entre otros) s/ acción de amparo», Fallos: 327: 5997 (2004), esp. p. 6002.

(144) R. 625. XLII, «Raboy, José Luis c/ Pcia. de Catamarca s/ ordinario», dictamen de la Procuración General de la Nación del 31/10/06, que la Corte Suprema comparte, 6/3/07.

(145) M. 160. XLIII, «Miñano Almirón, Rosa A. y otros c/ Pcia. de Misiones s/ cobro de sumas de dinero e inconstitucionalidad», dictamen de la Procuración General del 23/8/07, que la Corte Suprema comparte, 3/6/08.

(146) S. 1014. XLIV, «Spivak, Juan Carlos c/ Pcia. de Formosa s/ acción de inconstitucionalidad», fallo del 9/6/09.

(147) T. 388. XXXIX, «Pcia. de Tucumán c/ First Trust of New York, National Association y otros s/ medida cautelar», fallo del 27/4/2010.

(148) «Brunicardi, Adriano C. c/ EN - BCRA», Fallos: 319: 2886 (1996).

(149) «Galli, Hugo G. y otro c/ PEN —ley 25.561— dtos. 1570/01 y 214/02 s/ amparo sobre ley 25.561», Fallos: 328: 690 (2005).

(150) «Brunicardi, Adriano C. c/ EN - BCRA», Fallos: 319: 2886 (1996), esp. cap. VII del Dictamen de la Procuración General de la Nación.

vino a sumarse a un umbral muy elevado a efectos de engendrar responsabilidad⁽¹⁵¹⁾, con lo que resultan demasiado débiles los ecos de la opinión ya expuesta, de GIULIANI FONROUGE, en punto a ese deber de responder⁽¹⁵²⁾ así como la jurisprudencia que la reflejara⁽¹⁵³⁾.

Fallado a mediados de la década del '90, esto es, durante la vigencia del cambio fijo de 1 a 1, «Brunicardi» preparó el terreno para «Galli»⁽¹⁵⁴⁾, resuelto cuando ya se había abandonado la convertibilidad de los noventa, y el tipo de cambio había pasado de 1 a 1 a, prácticamente, lo que hoy experimentamos, es decir, 4 pesos para adquirir 1 dólar. En «Galli», donde se impugnaba la pesificación de bonos —cuya ley aplicable fuera solamente la Ley argentina— por dto. 471/02, por parte de dos actores que posteriormente no habían ingresado al canje, la Corte Suprema adoptó la tesis favorable a la modificación unilateral. Interesa destacar que el voto de los Dres. ZAFFARONI y LORENZETTI⁽¹⁵⁵⁾ sostuvo, con adecuado criterio, que se estaba ante un contrato:

«[E]l principio básico que regula la emisión de bonos de la deuda pública es el deber de cumplimiento de las obligaciones pactadas, que el Estado debe honrar, no solo en beneficio de quienes contratan con él, sino en su propio interés, ya que de tal modo produce confianza en los inversores a los que recurre. El respeto de la seguridad jurídica es sustancial para la captación del ahorro público así como para el desarrollo de la Nación. (...) [L]a calificación que cabe dar a este tipo de empréstito no es la de una mera promesa unilateral del Estado que este puede modificar en cualquier tiempo, ya que, una vez aceptada, se transforma en una obligación jurídica causada por un contrato (...). [L]a fuente primordial del contenido regulatorio es el Derecho público (...) aunque no caben dudas de que existe una regulación

(151) Así lo señaló AGUIAR VALDÉZ, Óscar, «Responsabilidad del Estado por su actividad financiera», en ELESPE, Douglas R. (Dir.), *Default y reestructuración de la deuda externa*, La Ley, Buenos Aires, 2003, págs. 48-68, esp. pág. 55.

(152) Ver texto correspondiente a n. 58, *supra*.

(153) Ver fallo cit. en n. 133 y ss., *supra*.

(154) «Galli, Hugo G. y otro c/ PEN —Ley 25.561— dtos. 1570/01 y 214/02 s/ amparo sobre ley 25.561», Fallos: 328: 690 (2005). Ampliar en GIL, María Angélica, «La convalidación del canje de la deuda pública regida por ley argentina en el caso "Galli"», en ELESPE, Douglas (Dir.), *El canje de la deuda*, La Ley, Buenos Aires, 2005, págs. 64-68.

(155) «Galli, Hugo G. y otro c/ PEN —Ley 25.561— dtos. 1570/01 y 214/02 s/ amparo sobre Ley 25.561», Fallos: 328: 690 (2005), voto de los Dres. Zaffaroni y Lorenzetti, cons. 7º, *passim*, y cons. 11.

mixta con componentes iusprivatistas. Este último aspecto resulta relevante para la aplicación de principios referidos a la conducta del deudor, el límite del cumplimiento exigible, las eximentes aplicables y su calificación como un contrato en el que se asume un riesgo de inversión, que no puede ser ignorado (...). [D]ada esta calificación, solo situaciones excepcionalísimas habilitarían al emisor a alterar unilateralmente ciertas condiciones de emisión»⁽¹⁵⁶⁾.

Agregaron que ese contrato era modificable en una situación de emergencia⁽¹⁵⁷⁾.

La doctrina de «Galli» ha sido reiterada, en bloque, en «Rabolini», un caso diferente en el cual el Alto Tribunal resolvió que se rechazara la demanda del actor aun cuando la Procuración General había detectado una sentencia arbitraria y aun cuando el propio Estado demandado había alegado, en su recurso, que, a diferencia del caso «Galli», los bonos en cuestión no estaban alcanzados por el dto. 471/02 y que eran bonos sujetos a legislación extranjera y a extraña jurisdicción⁽¹⁵⁸⁾. En el 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 31/12/2002 o hasta que se completara la refinanciación de la misma si esta se completare antes de esa fecha. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo Federal la declaró inconstitucional. En la instancia extraordinaria, el Estado alegaba —entre otros argumentos— que los bonos involucrados no estaban alcanzados por el dto. 471/02 pues estaban sujetos a legislación extranjera y a extraña jurisdicción⁽¹⁵⁹⁾. La Procuración General, con agudo criterio, dictaminó a favor de acoger la arbitrariedad invocada por la demandada. La Corte Suprema, en cambio, rechazó la demanda. A tal fin, y en lo sustancial: (i) reconoció

(156) «Galli, Hugo G. y otro c/ PEN —Ley 25.561— dtos. 1570/01 y 214/02 s/ amparo sobre Ley 25.561», Fallos: 328: 690 (2005), voto de los Dres. Zaffaroni y Lorenzetti, cons. 11; el destacado *no* es del original.

(157) «Galli, Hugo G. y otro c/ PEN —Ley 25.561— dtos. 1570/01 y 214/02 s/ amparo sobre Ley 25.561», Fallos: 328: 690 (2005), voto de los Dres. Zaffaroni y Lorenzetti, cons. 14.

(158) R.421.XLIII «Rabolini, Germán A. c/ EN - M.º Economía», del 8/6/2010, esp. cap. II del dictamen de la PGN.

(159) R.421.XLIII «Rabolini, Germán A. c/ EN - M.º Economía», del 8/6/2010, esp. cap. II del dictamen de la Procuración General de la Nación.

que los bonos involucrados se regían por una normativa «distinta»; pero (ii) 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 bajo el dto. 1161/1994 (que invoca el art. 9º de la L. 24307 de presupuesto, que remite, a su vez, al art. 60 de la L. 24156, que regla sobre operaciones de crédito público enumeradas en el art. 57, L. 24156, operaciones que cuando involucran la emisión de títulos deparan la existencia de un empréstito, art. 57, inc. a, L. 24156), que fueran objeto de venta (dto. 1161/1994, art. 3º, incs. b, c y d) bajo cláusula de sometimiento a legislación extranjera y sujetos a extraña jurisdicción (art. 4º, dto. cit.), fueron alcanzados por la solución de «Galli», relativa a bonos regidos por la legislación argentina.

En síntesis, en el precitado «Rabolini» parecería haberse desoído la antigua jurisprudencia que desplaza la aplicación del Derecho del Estado soberano contratante⁽¹⁶⁰⁾. Debo destacar el valioso dictamen producido por la Procuración General, respetuoso de los términos contractuales originales.

V. CONCLUSIONES

Si bien nadie dudaría de la calidad de contratos de una concesión de servicios públicos o de un suministro, la respuesta no parecería ser —en Argentina, a diferencia de lo que se verifica en el orden federal en los Estados Unidos— tan derechamente extrañable cuando se trata de empréstitos públicos. Parecería que, como enseña el profesor ARIÑO ORTIZ, «en ordenamientos jurídicos maduros se ha alcanzado ya un cierto grado de precisión»⁽¹⁶¹⁾. Ahora, la cuestión de la naturaleza del empréstito público reviste trascendencia pues, en última instancia, esa calidad de contrato implica la determinación del régimen jurídico aplicable (sección I).

(160) Ver LL t. 14, sec. jur. ext., págs. 12-26, esp. págs. 24-26, donde se hallan publicados pasajes de la 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.

(161) ARIÑO ORTIZ, *La problemática del contrato administrativo...* cit., esp. pág. 28.

Los empréstitos, de marcado linaje constitucional (arts. 4º, 75.4 y 75.7, Const. Nac.) se emiten y se colocan (art. 57.a, L. 24156), y los préstamos se contratan (art. 57.c, L. 24156), por lo que se podría argüir una naturaleza no contractual en aquellos (secciones II y III).

Si bien existen opiniones contrarias, puedo reseñar razones normativas (sección IV. a), así como razones doctrinarias jurídicas (francesas, estadounidenses y argentinas; de tenor constitucionalista, administrativista y tributarista) y éticas (estadounidenses y argentinas), que avalan la tesis de la naturaleza contractual del empréstito público (secciones IV.b y IV.c).

También puedo identificar jurisprudencia extranjera —estadounidense, británica y suiza— que echa luz sobre la cuestión de esa naturaleza (sección IV.d).

En cuanto a la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina, del examen respectivo puedo inferir: Primero, una postura contractualista, apoyada en el art. 1197 CC, que se evidencia, en forma nítida, en especial en la jurisprudencia anterior a 1928 [sección IV.e.(i)]. 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 inversores que en el mérito constitucional de la medida interventora: se sopesa el consentir el régimen, el no oponerse, el no oponerse lo suficiente [sección IV.e.(ii); sección IV.e.(iii)]. Luego recobra bríos 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 [sección IV.e.(iv)]. 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», «Galli», «Rabolini» [sección IV.e.(v)]. A la luz de la reseña jurisprudencial efectuada, percibo que la Corte Suprema se inclina por sostener la naturaleza contractual del empréstito público. Empero, se trataría de una naturaleza contractual pasible de intervenciones o modificaciones unilaterales en razón de emergencias, razón por la cual —entendiendo— le resultaría aplicable, a ese contrato, la conocida jurisprudencia, elaborada en más de 80 años, que, en ocasiones, ha protegido

a los derechos de propiedad nacidos de los contratos, aún en épocas de emergencia⁽¹⁶²⁾.

Como reflexión final, me permito señalar que, si hay un mercado donde son colocados los empréstitos, y los fondos originados en los mismos 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 aquellos acarrea, como beneficio, la alta probabilidad de llegar a volver a obtener fondos para esas dos serios destinos. Y, *a contrario sensu*, resultará mucho más difícil volver a obtener fondos para cumplir esas dos finalidades si no se rinde honor a los términos contractuales acordados.

Es que cuando la presión por alterar esos términos amenaza con llevar al empréstito a la inestable arena de la unilateralidad, aquella dificultad —que, en sus efectos, involucra a generaciones contribuyentes presentes y futuras pues hace a poder volver a obtener fondos— debería tenerse muy presente. Si «el movimiento de las sociedades progresivas ha sido, hasta ahora, un movimiento del *status* al contrato»⁽¹⁶³⁾, honrar las obligaciones asumidas en los contratos de empréstito en curso de ejecución es la mejor vía para insuflar vida en futuros empréstitos constitucionalmente encauzados.

(162) Son ineludibles, en este punto, las enseñanzas que emergen, incluso para todos los contratos, de CASSAGNE, Juan Carlos, «La estabilidad de los derechos patrimoniales emergentes de los contratos de concesión y/o licencia de servicios públicos», en CASSAGNE, Juan Carlos, ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Servicios públicos, regulación y renegociación*, Abeledo Perrot, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, págs. 173/210.

(163) «*The movement of progressive societies has hitherto been a movement from Status to Contract*», conocido aforismo de Sir HENRY, S. MAINE, *Ancient Law*, London, 1861, pág. 151, comentado en HAYEK, Friedrich A., *The Constitution of Liberty*, The University of Chicago Press, Chicago, 1960, pág. 154.