

AGOSTO DE
2010

Suplemento Extraordinario

ADMINISTRATIVO

75 Aniversario

DIRECTOR: AGUSTIN GORDILLO

Héctor A. **Mairal**

Alberto B. **Bianchi**

Luis Federico **Arias**

Mabel **Daniele**

Nicolás **Diana**

Nicolás **Bonina**

Fernando R. **García Pullés**

Tomás **Hutchinson**

Nicolás **Eliashev**

Orlando D. **Pulvirenti**

Guido Santiago **Tawil**

Carlos **Botassi**

Oswaldo C. **Guglielmino**

Juan Pablo **Bohoslavsky**

Guillermo **Scheibler**

Claudia **Caputi**

Ana **Salvatelli**

Alejandro **Pérez Hualde**

Federico **Campolieti**

Miguel H. E. **Oroz**

Mario **Rejtman Farah**

Ismael **Farrando**

Susana E. **Vega**

Enrique **Mabromata**

José Esteban **Bogut Salcedo**

Estela B. **Sacristán**

Luis Armando **Carello**

Diego **Sarciat**

Enrique I. **Groisman**

Daniela **Ugolini**

Fabiana **Schafrik de Núñez**

Isaac Augusto **Damsky**

Marcelo A. **Bruno dos Santos**

María Alejandra **Villasur García**

LA LEY

75 años

personal contratado en permanente, ni justifica la aplicación del derecho laboral, ello no es óbice para reconocerle el derecho a la reparación de los perjuicios razón del obrar ilícito de la administración. Es que sumados los hechos del caso, verificamos que existió una verdadera relación de dependencia.

Como señala Ciminelli (56), con el sugestivo título de un apartado de su trabajo —Corrimiento del velo—, la Corte ha desentrañado la verdadera naturaleza de la relación, en búsqueda de la realidad, escondida bajo el ropaje de un contrato por tiempo determinado, o como lo afirmó el voto de la minoría “la naturaleza jurídica de una institución, conviene recordarlo, debe ser definida, fundamentalmente, por los elementos que la constituyen, con independencia del nombre que el legislador —o los contratantes— le atribuyan” (57).

Finalmente, resaltamos que el fallo, aunque se encarga de distinguir la situación con la causa Madorrán, aplicó las premisas sentadas en el mismo, esto es que el “principio protectorio” comprende al trabajo en sus diversas formas, lo cual engloba tanto al que se desarrolla dentro del campo de la actividad privada como de la pública y que una correcta hermenéutica debe basarse en los principios de “in dubio pro justitia socialis” y “pro homine”.

Ello es así, ya que uno de los argumentos centrales para reconocer la protección contra el despido arbitrario, fue la “legítima expectativa de permanencia laboral” que el comportamiento del Estado generó en el actor.

Esta predisposición, que existía en el derecho administrativo internacional, “tendiente a resguardar el derecho del funcionario a la razonable expectativa a la renovación del contrato o también llamado confianza legítima” (58) ya había sido resaltada con anterioridad por la más reconocida doctrina.

Respecto del derecho aplicable para determinar el importe de la reparación, se concluye que de acuerdo al modo en que se desarrolló la relación, el tipo de tareas y las figuras contractuales utilizadas, la intención de las partes no se encontraba dirigida a someter su relación al derecho privado, por lo que la solución se encontró en el derecho público,

(56) CIMINELLI, DARIO, “El fenómeno de los contratos precariamente en la Administración Pública y la voz de la Corte”, LA LEY, Sup. Adm. 2010 (mayo).

(57) Considerando 8 del voto de la minoría.

(58) GORDILLO, AGUSTIN, Tratado de derecho administrativo, t. 1, op. cit., cap. XIII, p. 31.

aplicando analógicamente el artículo 11 de la ley 25164, que reconoce derecho a indemnización para los supuestos de reestructuraciones de personal permanente, que no puedan ser reubicados.

A partir de Ramos la discusión se centrará, en mayor medida, en determinar si el personal contratado por tiempo determinado, con la desviación de poder consistente en encubrir una designación permanente, se encuentra amparado por la garantía de “estabilidad del empleado público” (59) o por la de “protección contra el despido arbitrario”.

Lo resuelto por la mayoría en el caso Sánchez (60) no logra opacar la nueva doctrina, ya que se trata de una apreciación disímil de los hechos, al considerarse que no se logró acreditar la desviación de poder; valoración que no expuso concretamente cuales eran las razones que justificaban un apartamiento de Ramos (61). A tal punto, que la minoría consideró que el caso guardaba una similitud que aconsejaba la aplicación de este precedente.

Por ello, estamos convencidos que aquí no tendremos que decir que “los muertos que vos matáis gozan de buena salud” (62).

Este fallo se enmarca en esa senda del derecho administrativo que reclama Diana y Bonina (63), toda vez que viene a hacer justicia (64) en uno de los tantos casos de excesos que comete el Estado y que nos introduce en un cambio de paradigma, aunque sea en el limitado universo del empleo público. ♦

(59) Para ello, la nueva afirmación a derribar, si se considera que estamos frente a un caso que merece la protección de la garantía de estabilidad propia, es que “quien no ha sido incorporado con los requisitos y medios de selección previstos para el ingreso a la carrera administrativa, no sólo se estaría trastocando el régimen previsto por la ley 25.164; sino que también se estaría alterando el monto autorizado por el legislador, en forma diferenciada, para financiar gastos correspondientes a personal contratado y personal permanente” (Considerando 8º).

(60) CSJN, “Sánchez, Carlos Próspero c. Auditoría General de la Nación”, 06/04/2010, LA LEY, Sup. Adm. 2010 (mayo).

(61) Seguramente basado en cuestiones de hecho y prueba no expuestas en la sentencia.

(62) Frase recordada por GORDILLO, AGUSTIN, Tratado de derecho administrativo, t. 4, El procedimiento administrativo, Buenos Aires, FDA, 2006, 9ª ed., cap. XII, p. 2.

(63) NICOLAS DIANA Y NICOLAS BONINA “La senda del derecho administrativo en la jurisprudencia de la CSJN”, publicado es este suplemento.

(64) Aún con los reparos que puedan tenerse del fallo.

LOS EMPRÉSTITOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

POR ESTELA B. SACRISTÁN

SUMARIO: I. Planteo.- II. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.- III. Conclusiones

I. Planteo

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.

Transplantando esa simple operación al mundo público, podríamos imaginar que, cuando el Estado ofrece endeudarse ante los inversores que creen en la capacidad de crédito de aquél, la aceptación por parte de éstos, 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. 4º, Const. Nac.—, reglamentados en el art. 57, inc. a, L. 24156, tendrían, en esta tesitura, la cualidad de engendrar una relación contractual entre quien ofrece endeudarse, y quien acepta prestarle sumas. Así, podríamos afirmar, sin más, esa calidad contractual, y dar la cuestión por resuelta.

Ahora, un examen de la jurisprudencia de la Corte Suprema indicaría que, en ocasiones, se ha considerado al empréstito como contrato, aplicándosele directamente todas las consecuencias derivadas del art. 1197, C.C.; pero, en otras ocasiones, esa aplicación no ha sido tan inmediata, e, incluso, habría 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 breves líneas que siguen.

II. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

De la consulta de los fallos de la Corte Suprema surgiría la naturaleza contractual de los empréstitos

que motivan estas líneas; más ello en forma menos o más marcada, según las épocas.

(i) *Prevalece el contrato*: 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 según, entre otros, contratos de la municipalidad deudora (1). Ahora, en “La Sociedad de Mandatos” (2) 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: ésta, seguida de aceptación, entrañaba un concurso de voluntades, “regla que a que debe someterse la provincia [deudora] como a la ley misma” (3). La solución en este fallo fue adoptada, años después, en “Banco Francés” (4). Similar actitud se advierte en el fallo “Delleplane”, donde se explica que “el poder ejecutivo de la provincia aparece contratando un empréstito” (5), que, a la luz de las circunstancias del caso era, meramente, un préstamo, y en “Wilfrid Baron” (6), 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 “Nútal” (7), 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

(1) “Hambro & Son, Banqueros de Londres c/Municipalidad de Rosario”, Fallos: 53: 396 (1893), esp. p. 396.

(2) “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).

(3) “La Sociedad de Mandatos y Préstamos del Río de la Plata c/Pcia. de Santa Fe”, Fallos: 78: 43 (1899), esp. p. 48.

(4) “Banco Francés del Río de la Plata c/Pcia. de Corrientes”, Fallos: 151: 51 (1920), esp. p. 58.

(5) “Delleplane, Héctor c/Pcia. de Tucumán”, Fallos: 131: 82 (1920), cons. 3º.

(6) “Wilfrid Baron c/Pcia. de Tucumán”, Fallos: 134: 253 (1921), esp. cons. 2º.

(7) “Nútal, Jorge c/Pcia. de Entre Ríos”, Fallos: 34: 149 (1888).

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" (8). 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 acreedor; en el caso, en Alemania, en marcos; en París y Basilea, en francos; en Londres, en libras esterlinas, pero la provincia deudora arguía —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 éstos, 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 éste sólo la conversión o transformación de una deuda en otra (9). Y en "Viñas", luego de reseñarse la opinión contractualista a ultranza 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" (10).

(ii) *Morigeraciones*: Esta primera mirada contractualista halla morigeraciones en otros fallos:

(8) "Asociación Bancaria Rotterdamsche Bankvereeniging c/Provincia de Buenos Aires", Fallos: 138: 37 (1923).

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

(10) "Viñas, Osvaldo c/Provincia de Santa Fe", Fallos: 152: 418 (1928), esp. p. 422.

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, de esa manera, por el emisor del título a efectos de la colocación del mismo. Así, en "Luchinetti" (11) y "Barón" (12).

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" (13). La interpretación relativa a la obligación alternativa fijada convencionalmente más allá de lo prescripto en el Código Civil se reitera más tarde en "Coelho" (14), "Benvenuto" (15), "Cuellar" (16), "Benvenuto" (17), "Freijó" (18), "De Valle" (19), "Banco Holandés" (20).

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" (21), en el cual, demandando el actor a una provincia por cobro de unos cupones de un título que

(11) "Luchinetti, Arnaldo c/Provincia de Mendoza", Fallos: 138: 402 (1923).

(12) "Barón, Wilfrid c/Provincia de Tucumán", Fallos: 139: 48 (1923).

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

(14) "Coelho, Augusto J. c/Provincia de Tucumán", Fallos: 143: 175 (1925).

(15) Ver esp. "Benvenuto y Cía. c/Provincia de Mendoza", Fallos: 143: 76 (1925), cons. 4°, 2° párr.

(16) "Cuellar, José c/Provincia de Mendoza", Fallos: 144: 77 (1925).

(17) "Benvenuto y Cía c/Provincia de Mendoza", Fallos: 144: 234 (1925).

(18) "Freijó, Elena c/Provincia de Mendoza", Fallos: 145: 149 (1925).

(19) "De Valle, José c/Provincia de Mendoza", Fallos: 146: 27 (1925).

(20) "Banco Holandés de la América del Sud c/Provincia de Tucumán", Fallos: 150: 232 (1927).

(21) "Palomeque, Rafael A. c/Provincia de Santa Fe", Fallos: 145: 78 (1925).

data 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, transcripto al dorso de cada título, cláusulas que "constituyen la ley contractual que rige dichas relaciones" (22). Ello pues el emisor debe "mantener la confianza" que su palabra ha hecho nacer en el poseedor del título (23). 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 (24). 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" (25).

La Corte Suprema invoca este fallo al resolver "Nau" (26).

(iii) *Actos propios del actor que moldean el contrato*: 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 transcripto al dorso del título, que, "debe ser respetado como ley entre las partes", en palabras de la Corte Suprema (27). En 1935 se resuelve un caso de legitimación activa con estricto apego a la letra del contrato transcripto en el título, afirmándose que "cada empréstito, lo mismo

(22) Cit. n. 21, esp. p. 84.

(23) Cit. n. 21, 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".

(24) "Asociación Bancaria..." cit., Fallos: 138: 37 (1923) y "Barón..." cit., Fallos: 139: 48 (1923).

(25) "Palomeque, Rafael A. c/Provincia de Santa Fe", Fallos: 145: 78 (1925), esp. ps. 87/88.

(26) "Nau, Pedro A. c/Provincia de San Juan", Fallos: 149: 243 (1927).

(27) "Victor M. Ruiz c/Provincia de Corrientes", Fallos: 168: 108 (1933), esp. cons. 3° in fine.

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" (28). 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 extraña (29).

La línea jurisprudencial que arranca con "Villamil" (30), 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. 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 L. 12.160 (2.2727 papel por cada peso oro), la Corte Suprema falló a favor de éste 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" (31). En suma, la voluntad manifestada a lo largo de 24 años era "la norma más segura para interpretar las cláusulas de un contrato" (32). De tal modo, tuvo que cobrar bajo ese cambio, aún cuando la relación de cambio, en el mercado, en 1935, no era ya de 2.2727 por uno, sino de cerca de 6 por uno (33).

La misma solución se expandió al caso "Banco Francés" (34), aún cuando los hechos acreditados

(28) "Pedro Roth c/Provincia de Santa Fe", Fallos: 173: 331 (1935), cons. 3°.

(29) "Michel, Juan Néstor c/Provincia de Jujuy", Fallos: 197: 601 (1943).

(30) "Villamil, Victoriano c/Nación Argentina", Fallos: 168: 303 (1940).

(31) Cit. n. 30, esp. cons. 3°.

(32) Cit. n. 30, esp. cons. 4°.

(33) Cit. n. 30, esp. cons. 4° de la disidencia de fundamentos del Dr. Repetto.

(34) "Banco Francés del Río de la Plata c/Provincia de Corrientes", Fallos: 193: 165 (1942).

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 jurídicamente "aceptada" por él (35), rechazándose la demanda. También se dio por consentido el régimen en "Paoletti" (36).

Estos fallos fundaron la solución favorable al tipo de cambio legal en "Salleras Pagés" (37), en el cual la Corte Suprema continúa invocando el art. 1197, CC (38) al fallar como lo hace.

La doctrina de los propios actos, del actor, también gobierna el rechazo de la demanda en "Baillinou (39)", pues se consideró que al "limitarse a aceptar el pago bajo protesta", el actor no había hecho "cuestión" alguna (40), y ello equivalía a aceptar el tipo de cambio ya apuntado a efectos de la amortización del empréstito.

(iv) *Prevalece el contrato, otra vez, expresa o implícitamente*: La senda respetuosa de los derechos adquiridos contractualmente por el tenedor de los títulos del empréstito reaparece en "Sarquis" (41), en plena década del '30, en el cual —con cita de "Braceras" (42) "Garmendia" (43), y "Alonso" (44)— 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" (45) se condena a la demandada —que hacía 13 años que se rehu-

(35) Cit. n. 34, esp. cons. 10.

(36) "Paoletti, José A. c/Pcia. de San Juan", Fallos: 198: 369 (1944).

(37) "Salleras Pagés, Juan c/Pcia. de San Juan", Fallos: 202: 29 (1945).

(38) Cit. n. 37, esp. p. 42.

(39) "Baillinou, Juan Bautista c/Pcia. de Buenos Aires", Fallos: 211: 1290 (1948).

(40) Cit. n. 39, esp. p. 1299.

(41) "Sarquis, Tufik c/Pcia. de Stgo. del Estero", del 23/7/1937, en LL t. 7, p. 405 (fallo N° 2905); no publicada en Fallos.

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

(43) "Garmendia, Rafael c/Pcia. de Stgo. del Estero", del 27/11/1935.

(44) "Alonso, José c/Pcia. de Stgo. del Estero", del 17/4/1936.

(45) "Morando, Aldo E. c/Pcia. de Buenos Aires", Fallos: 192: 245 (1942).

saba 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. 9°).

Dicha senda se consolida —el juego de palabras es involuntario— en el precedente "Consolidación" (46), 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 aquél debían ser respetadas por ésta, 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 (47). Y en esa relación jurídica debía conservarse el poder adquisitivo de la inversión original (48). 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 aquél 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" (49).

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.

(46) "S.A. Consolidación I. I. C. c/YPF", Fallos: 302: 1065 (1980).

(47) Cit. n. 46, esp. cons. 9°.

(48) Cit. n. 46, Fallos: 302: 1065 (1980), esp. cons. 10.

(49) Cit. n. 46, esp. cons. 8°.

(v) *La historia más reciente. 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 en durante el gobierno de Alfonsín y resuelto constitucionalmente recién a mediados del gobierno de Menem; una segunda familia de fallos relativos a las quasi-monedas 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 calidad (50).

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" (51)); 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 (52); 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 expresado en títulos que circulan en plaza" (53)); "López" ("contrato de carácter local -empréstito Cecacor" (54)); "Raboy" ("los bonos cuyo pago se pretende obtener tienen su origen en un vínculo contractual de carácter administrativo-empréstito público" (55)); "Miñano" ("se trata de un contrato administrativo de empréstito público" (56)); "Spivak" ("la emisión

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

(51) "Contipel Catamarca S.A. c/Pcia. de Salta", Fallos: 311: 2065 (1988).

(52) "Aquino, Virginia C. c/Pcia. del Chaco y otros", Fallos: 314: 810 (1991), en sumarios.

(53) L. 651. XXXI, "Laurens, Mabel M. c/Pcia. de La Rioja s/juicio ejecutivo", fallo del 23/4/1996.

(54) "López, Mario A. c/Pcia. de Corrientes y otros (EN entre otros)", Fallos: 327: 5997 (2004), esp. p. 6004.

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

(56) M. 160. XLIII, "Miñano Aimirón, Rosa A. y otros c/

de los títulos referidos constituye un empréstito público y, por ende, un contrato administrativo típico" (57)); "Pcia. de Tucumán" ("la emisión de los títulos referidos constituye un empréstito público y, por ende, un contrato administrativo típico" (58)); entre otros.

Ahora, casos paradigmáticos han sido tanto "Brunicardi" (59) como "Galli" (60).

En el primero se impugnaba la modificación unilateral, por el P.E., de un empréstito público. Si bien el dictamen hizo hincapié en la diferenciación entre "obligaciones contractuales del Estado" u obligaciones contractuales ordinarias de éste, 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 (61), 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. Aún así, afirmó que el Estado responde patrimonialmente si actúa en forma arbitraria o lesionando derechos dignos de protección, pero fijando un elevado umbral a efectos de engendrar responsabilidad (62), acallando —en forma implícita, entiendo— los ecos de "Consolidación" (63).

Fallado al promediar la década del '90, esto es, durante la vigencia del cambio fijo de 1 a 1, "Brunicardi" preparó el terreno para "Galli" (64), resuelto más de tres años después de la sanción de la ley de emergencia 25561, del 2002. En "Galli", donde

Pcia. de Misiones", dictamen de la PGN del 23/8/07, que la Corte Suprema comparte, 3/6/08.

(57) S. 1014. XLIV, "Spivak, Juan Carlos c/Pcia. de Formosa", fallo del 9/6/09.

(58) T. 388. XXXIX, "Pcia. de Tucumán c/First Trust of New York, National Association", fallo del 27/4/2010.

(59) "Brunicardi, Adriano C. c/EN-BCRA", Fallos: 319: 2886 (1996).

(60) "Galli, Hugo G. y otro c/PEN", Fallos: 328: 690 (2005).

(61) Cit. n. 59, esp. cap. VII del Dictamen de la PGN.

(62) Ver consids. 7° y 19. Lo relativo a ese umbral lo destaca AGUILAR VALDEZ, OSCAR, "Responsabilidad del Estado por su actividad financiera", en ELESPE, DOUGLAS R. (dir.), Default y reestructuración de la deuda externa, La Ley, Bs. As., 2003, ps. 48/68, esp. p. 55.

(63) Cit. n. 46.

(64) Cit. n. 60. Ampliada en GELLI, MARIA ANGELICA, "La convalidación del canje de la deuda pública regida por ley argentina en el caso 'Galli'", en ELESPE, DOUGLAS R. (dir.), El canje de la deuda, La Ley, Bs. As., 2005, ps. 64/68.

se impugnaba la pesificación de bonos —sujetos a la ley argentina— por dto. 471/02, por parte de dos actores que posteriormente no habían ingresado al canje, la Corte Suprema reiteró la tesis del citado “Brunnicardi”. Sin embargo, debe destacarse el voto de los Dres. Zaffaroni y Lorenzetti, quienes, con criterio de justicia, entendieron que se estaba ante un contrato, modificable, empero, en razón de la emergencia (65).

La doctrina de “Galli” (votos de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni, y Argibay) ha sido reiterada en “Rabolini” (66). 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 31/12/2002 o hasta que se completara la refinanciación de la misma si ésta se completare 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 dto. 471/02 pues estaban sujetos a legislación extranjera y a extraña jurisdicción, y que la sentencia era arbitraria (67). La Procuración General, con agudo criterio, propició acoger la arbitrariedad invocada por la demandada. La Corte Suprema, en cambio, rechazó la demanda del actor. A tal fin, y en lo sustancial: (i) reconoció que los bonos involucrados se regían por una normativa “distinta”; (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. 1161/94 (que invoca el art. 9° 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, entiendo), que fueran objeto de venta (dto. 1161/94, art. 3°, incs. b, c y d) bajo cláusula de sometimiento a legislación extranjera

(65) Cit. n. 60, consid. 7°, 11 y 14.

(66) R.421.XLIII “Rabolini, Germán A. c/EN - M° Economía”, del 8/6/2010.

(67) R.421.XLIII “Rabolini, Germán A. c/EN - M° Economía”, del 8/6/2010, esp. cap. II del dictamen de la PGN.

y sujetos a extraña jurisdicción (art. 4°, dto. cit.), 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 [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 contrato” (68), así como la jurisprudencia —publicada en La Ley muchos decenios atrás (69)— que, en casos similares, desplaza la aplicación del Derecho del estado soberano contratante

III. Conclusiones

Del examen de la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina surge: Primero, una postura contractualista que se evidencia en forma nítida, alrededor del art. 1197, CC, 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 “Brunnicardi”, y “Galli”.

En síntesis, con base en la reseña efectuada, percibo que la jurisprudencia de la Corte Suprema se inclina por sostener la naturaleza contractual del empréstito público. Pero —debe admitirse, en coincidencia con el realista voto de los Dres. Zaffaroni y Lorenzetti en “Galli”— se trataría de una naturaleza contractual pasible de intervenciones o modificaciones unilaterales en épocas de emergencia. De ello puedo colegir que debería resultar, a todas luces, aplicable, a dicho contrato, la sana y

(68) GORDILLO, AGUSTIN, “El contrato de crédito externo”, en su Después de la reforma del Estado, FDA, Bs. As., 1996, p. IV-35.

(69) Ver I.L. t. 14, sec. jur. ext., ps. 12/26, esp. ps. 24/26; sentencia de la Cámara de Loes en R. v. International Trustee for the Protection of Bondholders Akt, [1937] 2 All.E.R. House of Lords 164.

conocida jurisprudencia protectora de los derechos de propiedad nacidos de los contratos, aún en épocas de emergencia (70), que ha elaborado la Corte Suprema, en especial en los últimos 80 años.

(70) Me permito remitir a “Los contratos de prestación de los servicios públicos en la perspectiva constitucional”, en RAP, Bs. As., 2003, N° 301, ps. 13/39.

Corolario de todo ello es 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 los empréstitos redundaría en la alta probabilidad de llegar a volver a obtener fondos para esas dos serios destinos. ♦