

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR SU ACTIVIDAD FINANCIERA

ALGUNOS ASPECTOS JURÍDICOS DE LAS CONSECUENCIAS DEL ENDEUDAMIENTO PÚBLICO

Oscar Aguilar Valdéz

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN: RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y FINANZAS PÚBLICAS. UNA PECULIAR RELACIÓN**
- II. UN INTENTO DE ESBOZO SOBRE LAS POSIBLES CAUSAS DE LOS IMPRECISOS CONTORNOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR SUS OPERACIONES DE CRÉDITO PÚBLICO**
- III. LA IRRESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR SUS OPERACIONES DE CRÉDITO PÚBLICO. LA PRETENDIDA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DRAGO. LA INMUNIDAD SOBERANA Y LAS OPERACIONES DE CRÉDITO PÚBLICO**
- IV. ¿RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL O EXTRACONTRACTUAL, DE DERECHO PÚBLICO O DE DERECHO PRIVADO?**
- V. EL ARTÍCULO 66 DE LA LEY 24.156 Y LA IRRESPONSABILIDAD DEL ESTADO NACIONAL POR OPERACIONES DE CRÉDITO PÚBLICO ILEGÍTIMAS**
- VI. COROLARIO**

I. INTRODUCCIÓN: RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y FINANZAS PÚBLICAS. UNA PECULIAR RELACIÓN

Toda la temática de la responsabilidad del Estado ha estado siempre ligada, de forma muy cercana, a la competencia que tiene el Estado, en concreto, el Poder Legislativo, para reglamentar el pago de las deudas estatales¹. Así, la noción jurídica de *responsabilidad* aparece íntimamente vinculada con el fenómeno *financiero* o *hacendal*, vinculación ésta que —como veremos— no ha sido irrelevante en el desarrollo de esa verdadera garantía constitucional que representa la *responsabilidad del Estado*².

En este sentido, basta remitirnos a dos antecedentes de la historia jurídica nacional para advertir la existencia e incidencia de esta peculiar relación.

En primer lugar, es dable señalar que es en la Ley N° 12, aprobatoria del Estatuto de Hacienda y Crédito de la Nación, dictada por el Congreso Nacional Constituyente de Santa Fe el 9 de diciembre de 1853, donde por primera vez se reconoce normativamente la responsabilidad del Estado. En efecto, en sus artículos 4°, 5° y 6° el Estatuto de Hacienda y Crédito habilitaba a todo individuo que se creyera acreedor de las provincias o del Gobierno Nacional, a que presentara sus títulos ante el Poder Ejecutivo a los efectos que los mismos fueran cancelados una vez efectuada su verificación.

En segundo lugar, y ya desde el punto de vista jurisprudencial, cabe recordar que en el famoso caso “*Vicente Seste y Antonio Seguich*”³ —el

¹ Constitución Nacional, artículo 75, inciso 7.

² Tal como ya lo esbozara Rodolfo BULLRICH en 1920, en la Introducción a su clásica obra *La Responsabilidad del Estado*, Jesús Menéndez Editor, Bs.As., 1920, pag. 7. En igual sentido, ALTAMIRA GIGENA, Julio Isidro, *Responsabilidad del Estado*, Ed. Astrea, Bs.As., 1973, p. 89.

³ Fallos 1 : 317 Se trató, en rigor de verdad, del segundo reclamo pecuniario contra el Estado Nacional que se ventilaba ante los estrados del Alto Tribunal. El primero, había sido el caso “*Bates Stokes y Cia.*”, Fallos 1 : 259, donde la Corte Suprema admitió la posibilidad que el Estado Nacional fuese sometido a juicio en una causa donde se perseguía su responsabilidad por las averías sufridas en algunos efectos depositados en almacenes de Aduana que se habían inundado en un temporal ocurrido el 20 de Agosto de 1860.

fallo fundante en lo que se ha llamado la inmunidad soberana en materia de juicio del Estado nacional ⁴— la Corte Suprema consideró que la incompetencia del Poder Judicial, para entender en un juicio pecuniario contra la Nación, derivaba del hecho que el Estado, estaba sujeto a *reglas especiales*. Como podrá observarse, la Corte Suprema no negó la existencia de responsabilidad por parte del Estado —lo que de suyo importó reconocer que la inmunidad del Estado lo era sólo de juicio (inmunidad restringida) mas no respecto a la posibilidad de predicarse su carácter de deudor, lo que constituía para el año 1864 una situación de avanzada respecto al derecho comparado⁵—, pero sí reconoció que dicha responsabilidad estaba sujeta a reglas *especiales*, diferentes de las del derecho común, en concreto —y esto es a lo que remite el precedente— a la competencia del Congreso para el arreglo de la deuda pública⁶.

Emergencias económicas y consolidaciones de deudas públicas mediante, esta íntima vinculación entre la noción jurídica de responsabilidad estatal y el fenómeno extrajurídico de la hacienda y finanzas públicas, se ha perpetuado en nuestro sistema de derecho público, tal como lo prueba el peculiar régimen de ejecución de sentencias contra el Estado Nacional contemplado en los artículos 66 a 68 de la Ley 11.672 que, en nuestra

⁴ En el considerando n° 2), sostuvo el Alto Tribunal que: “...es uno de los atributos de la soberanía, reconocido universalmente, que la inviste, no pueda ser arrastrado ante tribunales de otro fuero sin su expreso consentimiento, por particulares, a responder de sus actos, y ser apremiado al cumplimiento de las obligaciones que de ellos puedan resultarle, cuyo cumplimiento está sujeto a reglas especiales y tiene por garantía su buena fe”

⁵ Sobre la cuestión de los orígenes vernáculos de la responsabilidad del Estado, véase el interesante trabajo de SALOMONI, Jorge Luis, “Originalidad del fundamento de la responsabilidad del Estado en la Argentina (Alcances y régimen jurídico con especial referencia a la extracontractual)”, E.D. Suplemento de Jurisprudencia y Doctrina de Derecho Administrativo del 29/3/2000, pp. 7 y ss.

⁶ Al respecto, sostuvo la Corte Suprema en el considerando n° 4): “...la facultad de los tribunales para hacer comparecer ante sí al Poder Ejecutivo, siempre que fuese demandado, a dar cuenta de sus actos, imponerle restricciones y condenarlo a pagos y reparaciones civiles, daría al Poder Judicial una superioridad inconciliable con la supremacía que el artículo constitucional citado acuerda al Jefe de la Nación, y el derecho de arreglar el pago de deudas públicas exclusivamente cometido al Congreso por el artículo 67 en su inciso 6°”. Esta idea fue, posteriormente, precisada por el Tribunal en la causa que registra Fallos 2 : 36, donde en el considerando n° 3), la Corte sostuvo que “...no significa que los acreedores de la Nación no tengan medios de hacer valer sus derechos, por que pueden ocurrir al Congreso, quien por el inciso 6°, artículo 67 de la Constitución Nacional, está facultado para arreglar el pago de la deuda pública...”

opinión, no hacen más que reconocer que la efectividad de la responsabilidad del Estado descansa, en definitiva, en la actividad financiera a cargo del Poder Legislativo.

De esta forma, el carácter coyuntural y esencialmente mutable del fenómeno financiero público, ha terminado condicionando el desarrollo de la institución jurídica de la responsabilidad del Estado, ya sea privándola de sus rasgos garantísticos –y hasta de su propia lógica jurídica– por medio de la introducción, en su construcción técnica, de consideraciones y motivaciones de índole política, económica y financiera, o bien, aún sin trastocar su construcción jurídica, reduciéndola –en el plano de la realidad– a una mera categoría dogmática de escasa efectividad práctica⁷.

Como podrá observarse a continuación, esta peculiar relación entre lo jurídico (responsabilidad del Estado) y lo financiero, si bien ha signado toda la temática de la responsabilidad del Estado, ha tenido una especial relevancia en torno a la responsabilidad del Estado por sus operaciones de crédito público.

II. UN INTENTO DE ESBOZO SOBRE LAS POSIBLES CAUSAS DE LOS IMPRECISOS CONTORNOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR SUS OPERACIONES DE CRÉDITO PÚBLICO

Se trata ésta de una temática en la que –como veremos– confluyen criterios de responsabilidad contractual, otros de responsabilidad extracontractual y algunos verdaderamente lindantes con la irresponsabilidad del Estado.

Mas no se trata, en rigor de verdad, de una cuestión exclusivamente vernácula, sino que ya en 1926 Gastón JÉZE sostenía respecto a las

⁷ Como bien ha señalado BIANCHI, de nada sirve que por más de dos siglos la doctrina y jurisprudencia hubiesen construido con esfuerzo una institución como la responsabilidad del Estado si al momento de poner en práctica la efectividad de una sentencia de condena contra el Estado, la misma depende de los avatares presupuestarios del deudor, cfr. BIANCHI, Alberto, Responsabilidad del Estado por su Actividad Legislativa, ed. Abaco de Rodolfo Depalma, Bs. As., 1999, pp. 17 y ss.

operaciones de crédito público, que se trataba de un área donde había ocurrido la “*intrusión misteriosa de la soberanía estatal*” que había signado el desarrollo de la institución⁸.

En cierta forma, la idea que nos planteaba JÉZE hace ya casi ochenta años, es que, en toda la actividad financiera del Estado –y el crédito público es la posibilidad que tiene el Estado para atraer recursos⁹– campea una suerte de *capea et diminutio* de lo que es la responsabilidad del Estado; tornándola de contornos verdaderamente imprecisos.

Y ¿por qué ello es así?

Nos permitimos ensayar una suerte de explicación fundada en tres motivos de índole histórico-política antes que jurídica.

El *primer* motivo radicaría, en nuestro entender, en que las operaciones de crédito público –y, en concreto, las operaciones de empréstito–, son consideradas, por nuestro texto constitucional como un recurso del Tesoro Nacional¹⁰, que encontraría su fundamento en el poder de *imperium*, en la soberanía estatal. Paralelamente, la cancelación o la devolución de esos créditos se realiza, también, con fondos públicos, ya sea que éstos provengan de las arcas públicas o de la realización de nuevas operaciones de crédito público. De esta forma, la temática del crédito público aparecería –primordialmente– como una cuestión que hace a la obtención de recursos públicos por parte del Poder Soberano.

El *segundo* motivo que es posible ensayar radicaría en la circunstancia –en nuestra opinión–, derivada del motivo anteriormente señalado-consistente en que el desarrollo de toda la teoría de crédito público no ha sido fruto de ocupación por parte del Derecho Administrativo, sino que ha quedado en manos del Derecho Financiero o, en su caso, de la llamada Ciencia de las Finanzas Públicas. En este sentido, cabe mencionar, como,

⁸ Tal como nos lo hacía saber DANA MONTAÑO, Salvador, “Empréstitos Públicos Provinciales y Municipales”, en Revista de la Facultad de Ciencias Económicas, Comerciales y Políticas de Rosario, 1936, p. 165.

⁹ Tal es el concepto normativo de crédito público que contiene nuestro derecho público federal, y que surge del artículo 56 de la Ley 24.156 de Administración Financiera y de Control del Sector Público Nacional.

¹⁰ Cfr. Constitución Nacional, artículo 4° y artículo 75, inciso 4).

por ejemplo, SAYAGUES LASO en su obra al abordar el empréstito público remite al Derecho Financiero¹¹. Y esta circunstancia, en nuestro entender, no es baladí puesto que las consecuencias que se derivan de analizar un fenómeno como el del crédito público sólo desde el ángulo de los recursos públicos, resultan en abstraer a esta institución del campo jurídico –es decir, el campo de la responsabilidad– para enmarcarlo en el campo contable o hacendal.

Finalmente, el *tercer* motivo que podría traerse a colación –y tal vez, el de mayor influencia y relevancia–, es que, fruto de la importancia que histórica y políticamente ha tenido el endeudamiento público externo, el derecho internacional ha legado a la institución del crédito público, la noción de “*Inmunidad Soberana*”, que encuentra su fundamento en la necesidad de preservar el buen orden y la paz entre las Naciones¹².

III. LA IRRESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR SUS OPERACIONES DE CRÉDITO PÚBLICO. LA PRETENDIDA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DRAGO. LA INMUNIDAD SOBERANA Y LAS OPERACIONES DE CRÉDITO PÚBLICO

Ha pretendido fundarse esta idea de inmunidad soberana o de irresponsabilidad del Estado por su actividad de crédito público en lo que conocemos como la Doctrina Drago¹³.

Sabido es que la Doctrina Drago –que en su momento, honró a nuestra República– data de una célebre nota que, con fecha 29 de diciembre de 1902, el Doctor Luis María DRAGO, entonces Ministro de Relacio-

¹¹ Señalaba el desaparecido Profesor Uruguayo: “El análisis jurídico de los empréstitos públicos pertenece más al derecho financiero que al derecho administrativo. Si bien los problemas que plantean interesan a ambas disciplinas, razones de método aconsejan desplazar su estudio particular a la primera de ellas”, SAYAGUES LASO, Enrique, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, 6° edición puesta al día a 1998 por Daniel Hugo MARTINS, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1998, p. 106.

¹² A este respecto, remitimos al Capítulo IV siguiente.

¹³ Tal era la posición de DÍEZ, Manuel María, Derecho Administrativo, Tomo III, 2° edición actualizada, ed. Plus Ultra, Bs. As., 1979, pág. 328 ; SAYAGUES LASO, Enrique, Tratado de Derecho Administrativo, ob. y vol. cit., p. 106.

nes Exteriores del Presidente Julio A. ROCA, cursó al Doctor Enrique GARCÍA MEROU, quien se desempeñaba como Ministro Plenipotenciario argentino en Washington. La misma estaba cursada a los efectos de instruir al representante argentino de la posición que debía esgrimir la República Argentina frente al Departamento de Estado Norteamericano ante la tentativa de varias potencias extranjeras de proceder a disponer la intervención armada en la República de Venezuela porque ésta había incumplido el pago de operaciones del crédito público¹⁴.

En dicha nota, DRAGO puso de manifiesto la imposibilidad que tal intervención armada pudiese tener lugar; a cuyos efectos señalaba que la contratación de empréstitos era un *acto de soberanía* y que el Estado no podía ser ejecutado por los incumplimientos que pudieran producirse en esa relación; agregando que cuando un particular contrataba con un Estado Soberano sabía, de antemano, a qué riesgos se sometía¹⁵.

No obstante, útil es señalar que, cinco años después fue el propio DRAGO quien, en una publicación hecha en la prestigiosísima *Revue Générale de Droit International Public* a pedido de su entonces director, el Profesor Paul FAUCHILLE, aclaró y precisó el alcance de su Nota, sosteniendo que con ella no pretendió formular una doctrina jurídica sobre el tema sino, solamente, una política latinoamericana que fuese una continuación de la doctrina Monroe, de forma tal de poder evitar que las potencias extranjeras –por vía de la ejecución de sus deudas– controlaran a un país americano¹⁶. En línea concordante, cabe mencionar que oportuna-

¹⁴ Sobre el tema, entre la variada literatura al respecto, ver, VANOSI, Jorge Reinaldo, "Luis María Drago y la deuda pública externa latinoamericana", E.D. 123 : 800; DÍAZ CISNEROS, César, *Derecho Internacional Público*, 2^o edición actualizada, Tomo I, ed. TEA, Bs. As., 1966, pág. 546 y sigs; PODESTÁ COSTA, Luis y RUDA, José María, *Derecho Internacional Público*, Tomo II, ed. TEA, Bs. As., 1984, pp. 221 y ss.

¹⁵ Expresó DRAGO: "Luego, el acreedor sabe que contrata con una entidad soberana, y es condición inherente de toda soberanía que no puedan iniciarse ni cumplirse procedimientos ejecutivos contra ella, ya que ese modo de cobro comprometería su existencia misma, haciendo desaparecer la independencia y la acción del respectivo gobierno", cfr. Nota al Ministro argentino en Washington, del 29 de diciembre de 1902, transcrita en *La Doctrina Drago*. Colección de Documentos con una advertencia preliminar de S. PÉREZ TRIANA y una Introducción de W.T. STEAD, Imprenta de Wertheimer, Lea y Cia, Londres, 1908, p. 4.

¹⁶ DRAGO, Luis María, "Les Emprunts d'État et leurs rapports avec la politique internationale", en *Révue Générale de Droit International Public*, Tome XIV, 1907, pp. 251 y ss.

mente DÍAZ CISNEROS señaló que DRAGO pretendió dar a su doctrina meramente un carácter continental americano y no de alcance universal tal como lo pretendían entonces los Doctores MONTES DE OCA y SAENZ PEÑA¹⁷.

Si bien la propia aclaración que personalmente planteó DRAGO a su Doctrina resulta de suyo suficiente para descartar cualquier intento de justificar jurídicamente en ella la irresponsabilidad del Estado por sus operaciones de crédito público; adicionalmente, debe tenerse en cuenta que a la fecha en que DRAGO formuló su doctrina, habían transcurrido escasos dos años desde que el Congreso Nacional sancionara la Ley 3952 de Demandas contra la Nación, que –como es bien sabido– fue el primer y tímido adelanto en orden al reconocimiento de la responsabilidad pecuniaria del Estado Nacional en el orden interno¹⁸. De esta forma, cualquier manifestación que DRAGO pudiese haber realizado respecto a la irresponsabilidad del Estado en sus operaciones de crédito público, no sólo encontrarían su justificación en las peculiaridades del derecho internacional público entonces vigente, sino que, además, habrían sido realizadas en un entorno donde

¹⁷ Cfr. DÍAZ CISNEROS, César, “La Doctrina Drago y la faz internacional de los empréstitos provinciales”, en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata*, La Plata, 1928, págs. 89/90. A este respecto, señala DÍAZ CISNEROS que la intención de DRAGO de limitar su doctrina al campo latinoamericano estaba orientado a evitar que Gran Bretaña la condenase inmediatamente ante la Comunidad Internacional en razón que, de ser proyectada a nivel universal, habría colusionado con el conflicto entonces vigente entre esa Nación y Egipto.

¹⁸ Entre 1890 y 1894, sostenía, terminantemente, en sus clases el entonces Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Lucio V. LÓPEZ: “Ahora bien, nuestra doctrina civil declara en general la irresponsabilidad sin excluir la del Estado General, pero nuestra jurisprudencia ha declarado irresponsable a la Nación y por consiguiente el punto está resuelto entre nosotros en cuanto a ella”, cfr. *Derecho Administrativo Argentino. Lecciones dadas en la Facultad de Derecho por el Profesor de la Materia Dr. Lucio V. LÓPEZ*, Imprenta de la Nación, Bs. As., 1902, pág. 221. A este respecto, ver, también, la crítica al sistema imperante a fines del Siglo XIX que realiza ESTRADA, José Manuel en su *Curso de Derecho Constitucional, Federal y Administrativo*, conferencias dadas en la Universidad de Buenos Aires en los años 1877, 1878 y 1880, *Compañía Sudamericana de Billetes de Banco*, Bs. As., 1895, págs. 543/544. Ante este panorama, es claro que la Ley 3952 supuso un avance sobre la situación existente a fines del Siglo XIX y comienzos del Siglo XX, en tanto que al eliminar la venia legislativa previa, permitió que los ciudadanos pudiesen dirimir judicialmente sus controversias civiles contra el Estado Nacional. Sobre el origen, sentido y finalidad de la Ley 3952, ver el excelente y ya clásico estudio de MUÑOZ, Guillermo, “El Reclamo Administrativo Previo”, en *L.L.* 1988-A-1048, en especial, p. 1053.

la irresponsabilidad estatal todavía flameaba en el campo del derecho público interno¹⁹. Evidentemente, a casi un siglo de la formulación de la Doctrina Drago, exclusivamente orientada a justificar una política latinoamericana de repudio a la intervención armada extracontinental como mecanismo de cobro compulsivo de deudas públicas, consideramos que difícilmente pueda ser invocada como justificativo jurídico de una presunta irresponsabilidad del Estado en la materia.

Desde otra perspectiva, y tal como ya ha sido adelantado, las peculiaridades de las relaciones internacionales que, por un lado se tejen entre Estados Soberanos y que, por otro, imponen asegurar la paz entre ellos²⁰, han llevado a que en el campo del derecho internacional se estableciera la llamada doctrina de la “*Inmunidad Soberana*”. En sustancia, la misma indica la imposibilidad de que ningún Estado Soberano sea sometido, contra su voluntad, a la jurisdicción de otro Estado soberano²¹.

Ahora bien, el progresivo triunfo del respeto al Estado de Derecho en el campo internacional, así como un mayor involucramiento de los Estados Nacionales en actividades comerciales a lo largo de la segunda mitad del Siglo XX²², ha llevado a que la Comunidad Internacional pasara de aceptar un concepto de inmunidad *absoluta* –todo acto realizado por un Estado extranjero no era enjuiciable ante los tribunales de un tercer Estado

¹⁹ A este respecto, basta remitirse a la ya citada publicación de DRAGO en donde, refiriéndose al derecho interno, hace expresas referencias a la teoría de la doble personalidad del Estado que, como es sabido, fue una construcción técnica tendiente a limitar un estado general de irresponsabilidad del Poder Público. Sobre la Teoría de la Doble Personalidad del Estado, ver CASSAGNE, Juan Carlos, Derecho Administrativo, Tomo I, 6° ed. Actualizada, ed. Abeledo Perrot, Bs. As, 1998, pp. 279 y ss.

²⁰ Señala RAMAYO, en su análisis histórico de la “Inmunidad Soberana” que fundamento básico, aunque no el único, estaba sintetizado en el principio latino “*par in parem non habet imperium*”, cfr. RAMAYO, Raúl Alberto, “Los Estados Extranjeros en el proceso de ejecución y sus problemas”, en E.D. Revista del 8/5/2000, p. 1.

²¹ En este sentido, ver GORDILLO, Agustín, “El Contrato de Crédito Externo”, en Después de la Reforma del Estado, Ed. Fundación de Derecho Administrativo, Bs. As., 1996, IV-25; también el ilustrativo trabajo de GUALDE, Andrea, “La actividad comercial del Estado como excepción a la procedencia de la inmunidad soberana”, E.D. Revista del 26/6/2000, p. 19.

²² Proceso éste que ha descripto con puntilliosidad, FRIEDMAN, Wolfgang, El Derecho en una Sociedad en transformación, trad. Española de Florentino Tornes de la primera edición en inglés de 1959, ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1966, pp. 361 y ss. En igual sentido, DERAINS, Yves, “Sovereign Immunity and Financial Obligations”, Business Law International, Issue 3, June 2000, p. 141.

salvo la expresa conformidad del primero— a uno de inmunidad *restringida* —sólo *determinados* actos realizados por un Estado extranjero no son enjuiciables por los tribunales de un tercer Estado salvo su expresa conformidad ²³—.

En el derecho comparado, por ejemplo, la *European Convention on State Immunity* de 1972, la *Federal Sovereign Immunities Act* de los Estados Unidos, sancionada en 1976 y la *State Immunity Act* del Reino Unido del año 1978, son —aunque con sus matices, tal como lo señala RAMAYO ²⁴— textos normativos pioneros en el avance hacia el concepto *restringido* de la Inmunidad Soberana.

En nuestro país, primero la Ley 13.998 de Organización de la Justicia Nacional y luego, el Decreto Ley 1285/58 ²⁵, conocido como Reglamento para la Justicia Nacional, acogían el principio de la inmunidad absoluta de los Estados, en tanto exigían la conformidad del Estado demandado para poder ser sometido a los tribunales argentinos²⁶.

Esta situación —no obstante que desde bastante tiempo antes se venía propugnando su modificación hacia la noción restringida— recién se alteró con lo fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “*Manauta*” el 22 de diciembre de 1994 ²⁷, donde el Alto Tribunal reinterpreto la norma antes mencionada contenida en el Reglamento para la Justicia Nacional a la luz de la situación existente en el derecho internacional ²⁸, concluyendo que la disposición en cuestión no amparaba la tesis de la *Inmunidad Soberana absoluta*.

²³ Ver la evolución del concepto en RAMAYO, Raúl Alberto, “Los Estados Extranjeros en el proceso de ejecución y sus problemas”, ob. cit; así como los ya clásicos trabajos de CÁRDENAS, Emilio Jorge, “Algunas consideraciones en torno a la noción de Inmunidad Soberana”, en J.A. Sec. Doctrina, 1974, p. 710; y de ONETTO, Claudio Andrés, “Actual concepto de Inmunidad Soberana”, E.D. 93 : 913, entre otros.

²⁴ Cfr. RAMAYO, Raúl Alberto, “Los Estados Extranjeros en el proceso de ejecución y sus problemas”, ob. cit, p. 2, apartado 3.

²⁵ Cfr. artículo 24, inciso 1°.

²⁶ Ver, en este sentido, RAMAYO, Raúl Alberto “Los Estados Extranjeros en el proceso de ejecución y sus problemas”, op. cit, pág. 1 y GUALDE, Andrea, “La actividad comercial del Estado como excepción a la procedencia de la inmunidad soberana”, E.D. Revista del 26/6/2000, p. 20.

²⁷ Fallos 317 : 1880.

²⁸ Así, sostuvo la Corte que “...ya no es posible sostener que la inmunidad absoluta de jurisdicción constituya una norma de Derecho Internacional General, por que no se practica de modo uniforme ni hay conciencia jurídica de su obligatoriedad”.

Poco tiempo después de dictado el precedente antes mencionado, el Congreso de la Nación dictó la Ley 24.488 de “*Inmunidad de Jurisdicción de los Estados Extranjeros ante los Tribunales Argentinos*”, que –si bien se ha señalado que la misma sólo recepta de manera incompleta e insuficiente los cambios operados en la materia²⁹– reglamenta el principio de *Inmunidad Soberana* de los Estados extranjeros, estableciendo una serie de *excepciones* al principio general de inmunidad, lo que ha llevado a la Corte Suprema de Justicia de la Nación a sostener que la misma consagra la tesis de la *Inmunidad Soberana restringida*³⁰.

En apretada síntesis, y de forma general, puede decirse que la idea que campea en todas las normas relativas a la *Inmunidad Soberana* es la de restringir la misma a aquellas actividades *estatales* o de *gobierno estricto sensu* o “*iure imperii*”, excluyendo a aquellas otras calificadas como *comerciales* o “*iure gestionis*”³¹. Desde ya que la diferenciación entre lo que debe entenderse –tanto *in abstracto* como *in concreto*– como acto de imperio o como acto de gestión es una cuestión altamente compleja³², con similitudes a las dificultades que dicha distinción tenía en el derecho público interno en épocas de la vigencia de la vieja Teoría de la Doble Personalidad del Estado³³, lo cierto es que el término actividad *comercial* –en el marco de esta doctrina– no excluye de su órbita a actos que, ejecutados por el Estado, según el derecho interno están regidos por el derecho público y no por el derecho privado o comercial. En otros términos: actividad comercial no se identifica con actividad que, según el derecho interno, está regida por el derecho común sino que, también, puede extenderse a

²⁹ Así, RAMAYO, Raúl Alberto “Los Estados Extranjeros en el proceso de ejecución y sus problemas”, *ob. cit.*, p. 3

³⁰ Así, en el caso “Cereales Asunción S.R.L. v. Administración Nacional de Navegación y Puertos de la República Paraguaya s/ daños y perjuicios – incumplimiento de contrato”, fallada el 29/9/98, considerando n° 5.

³¹ Ver, al respecto, ONETTO, Claudio Andrés, “Actual concepto de Inmunidad Soberana”, *op. cit.*, E.D. 93 : 913 y MAZZEI, María del Rosario, “¿Se encuentra vigente la doble personalidad del Estado a la luz de la Inmunidad de Jurisdicción de los Estados?”, L.L. Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo del 16/4/99, pp. 8 y ss.

³² Ver al respecto, GUALDE, Andrea, “La actividad comercial del Estado como excepción a la procedencia de la inmunidad soberana”, *op. cit.*, E.D. Revista del 26/6/2000, pp. 21-22 y MAZZEI, María del Rosario, “¿Se encuentra vigente la doble personalidad del Estado a la luz de la Inmunidad de Jurisdicción de los Estados?”, *ob. cit.*, p. 9.

³³ Sobre la dificultad que provocaba la distinción, ver, por todos, BULLRICH, Rodolfo, *Responsabilidad del Estado*, *ob. cit.*, pp. 75 y ss.

otras actividades regidas por el derecho público³⁴. En concreto, la prueba de lo aquí expuesto surge de la propia interpretación que la Corte Suprema dio al concepto de actividad comercial contenido en la Ley 24.488, en el que incluyó a un contrato de concesión de servicio público, regido –claro está– por el derecho administrativo y no por el derecho común³⁵. Como se puede observar, la circunstancia que una determinada operación sea regida –según el derecho interno– por el derecho público o administrativo no coloca, de por sí, a dicha actividad en el ámbito de la inmunidad soberana o de la irresponsabilidad estatal.

Ahora bien, ¿las operaciones de crédito público están amparadas por la Inmunidad Soberana o, por el contrario, deben ser consideradas incluidas en la excepción a dicha inmunidad como actividad comercial?

La cuestión, en el derecho comparado, no dista de ser conflictiva.

En efecto, mientras que –por ejemplo– la ley inglesa expresamente contempla a las operaciones financieras como una de las excepciones a la Inmunidad Soberana, la jurisprudencia francesa e italiana han considerado a tales operaciones amparadas en la mencionada inmunidad³⁶.

Por su parte, la cuestión en los Estados Unidos –país cuyo papel relevante en las finanzas internacionales no puede soslayarse³⁷– parece

³⁴ En este sentido, ver al respecto, GUALDE, Andrea, “La actividad comercial del Estado como excepción a la procedencia de la inmunidad soberana”, ob. cit., E.D. Revista del 26/6/2000, pp. 21-22 y MAZZEI, María del Rosario, “¿Se encuentra vigente la doble personalidad del Estado a la luz de la Inmunidad de Jurisdicción de los Estados?”, ob. cit., pp. 8-9. Por tal motivo, no debe llamar la atención que continuamente la Procuración del Tesoro de la Nación dicte opiniones legales en operaciones internacionales en las cuales califique a determinadas actividades públicas como “comerciales”; mientras que en casos meramente internos las califica como regidas por el derecho público. Ello lo es, exclusivamente, a los efectos de excluir a las mismas de la inmunidad soberana.

³⁵ Cfr. in re “Cereales Asunción S.R.L. v. Administración Nacional de Navegación y Puertos de la República Paraguaya s/ daños y perjuicios – incumplimiento de contrato”, fallada el 29/9/98, citada.

³⁶ Ver al respecto, ZUPPI, Alberto Luis, “La Inmunidad Soberana de los Estados y la emisión de Deuda Pública”, L.L. 1992-D-1118, en especial, pág. 1119, en igual sentido, DERAIS, Yves, “Sovereign Immunity and Financial Obligations”, ob. cit., *Business Law International*, Issue 3, June 2000, p. 143.

³⁷ Al respecto, téngase en cuenta que es de uso que las condiciones de emisión de títulos públicos dispongan –alternativamente con la de otras plazas financieras como Londres,

haber evolucionado de una primitiva tendencia favorable a considerar a tales operaciones como amparadas por la *Inmunidad Soberana* –por calificárselas como *iure imperii*³⁸– hacia otra proclive a considerarlas actividad *comercial* y, por ende, excluidas de dicha inmunidad³⁹.

En este último sentido cobra particular relevancia el fallo de la Suprema Corte de los Estados Unidos recaído en el año 1992 la causa “*Republic of Argentina et al. v. Weltover Inc. et al*”⁴⁰, en la cual la Suprema Corte –por medio del voto del Juez SCALIA⁴¹– sostuvo que la emisión de títulos públicos (BONODs) emitidos por el Gobierno Argentino⁴² –y luego unilateralmente reprogramados en su pago por parte del Estado Nacional en el año 1986⁴³– consistió en una actividad *comercial* a los efectos de la

Frankfurt o Zürich– tanto la aplicación de la Ley del Estado de New York como de los tribunales de dicho Estado. En doctrina, ver, por ejemplo, respecto al llamado Plan Brady, SILVA, Roberto E. (h), “El Plan Brady para la República Argentina”, E.D. 148 : 839, en especial, pp. 846-847.

³⁸ Tal fue la doctrina del famoso precedente “*Victory Transport Inc. v. Comisaría General de Abastecimientos y Transportes*”, 336 F. 2d. 354, fallado el 9/9/64 por la Cámara Federal de Apelaciones del Segundo Circuito.

³⁹ En este sentido, dos son los precedentes relevantes de la Suprema Corte Federal: el caso “*Alfred Dunhill of London v. Republic of Cuba*”, 425 U.S. 682 (1976) y, más recientemente, el caso “*Republic of Argentina et al. v. Weltover Inc. et al*”, 504 U.S. 607 (1992), cuyo texto íntegro traducido al castellano por Alberto ZUPPI puede consultárselo en L.L. 1992-D-1124. Sobre la evolución de la excepción de “actividad comercial” en la jurisprudencia estadounidense luego de fallarse el precedente citado en último término, ver el reporte de DAVIS, John E., “*Sovereign Immunity and the Foreign Sovereign Immunity Act*”, en *The International Lawyer*, Volume 31, N° 2, Summer 1997, pp. 323-335.

⁴⁰ Ver nota anterior.

⁴¹ Vale recordar que Antonin SCALIA, de tendencia conservadora, es especialista en Derecho Administrativo.

⁴² En sustancia, los BONODs –junto a los Promissory Notes- consistían en títulos públicos emitidos por el Estado Nacional y entregado a los acreedores externos de deudores privados cuya deuda –ahora asumida por el Gobierno Nacional- había sido contratada con el sistema de seguro de cambio, cfr. Comunicación “A” 251 del BCRA. Sobre el origen y naturaleza de los BONODs, ver O’FARRELL, Jorge “*Refinanciación de operaciones de seguros de cambio: aspectos jurídicos*”, *Doctrina Tributaria Errepar*, Vol. II, p. 104 y GALLO, Juan Antonio, “*Refinanciación de operaciones de seguro de cambio: aspectos jurídicos*”, *Doctrina Tributaria Errepar*, Vol. II, pág. 106 y sigs; CAMBIASSO, Juan E. Y LEGON, Fernando, “*Caracteres y circulación de los BONODs y Promissory Notes*”, en *Revista del Derecho Comercial y las Obligaciones*, 1984, pp. 607 y ss.

⁴³ Ver, respecto a los hechos y al fallo de la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito Federal, ONETTO, Claudio Andrés, “*Deuda externa. Inmunidad Soberana del Banco Central*”, L.L. 1992-A-702.

inaplicabilidad de la defensa de Inmunidad Soberana que había esgrimido nuestro país. Para así resolver, consideró que lo relevante era determinar si la acción era del tipo de acciones por medio de las cuales un particular se involucra en el comercio; a lo que concluyó que por medio de la emisión de BONODs, el Gobierno Argentino había participado en el mercado como si fuese un particular puesto que tales títulos no dejaban de ser títulos de deuda que cotizaban en el mercado financiero internacional, motivo por el cual juzgó que resultaba irrelevante que la República Argentina los hubiese emitido con fines de estabilización de la moneda argentina⁴⁴.

En nuestra doctrina, ZUPPI realizó una velada crítica del fallo antes mencionado sosteniendo que la calificación de comercial que la Suprema Corte le había conferido al caso en análisis merecía sus reparos puesto que el acto del Gobierno Nacional fue tanto en su naturaleza como en su propósito resultado de la regulación de su política de cambios, acto éste eminentemente soberano por consenso⁴⁵.

La misma reprogramación de pagos dispuesta por el Gobierno Nacional a los BONODs en el año 1986, dio lugar a planteamientos judiciales en la Justicia Federal argentina que la Corte Suprema de Justicia de la Nación terminó dirimiendo el 10 de diciembre de 1996 en las causas “*Adriano C. Brunicardi v. Banco Central de la República Argentina*”⁴⁶ y “*Gruval S.A. v. Estado Nacional s/ordinario*”⁴⁷, respectivamente. Si bien en tales casos no era procedente la aplicación de normas reglamentarias de la *Inmunidad Soberana* –puesto que el proceso tramitaba ante los tribunales del país emisor–, merece recalcar que la apreciación que tanto la Procuración General de la Nación como la Corte Suprema tuvieron respecto a la naturaleza del acto que había dispuesto la emisión de los BONODs, resulta, sustancialmente diferente a la que se manifestó en el caso “*Weltover*” antes mencionado.

⁴⁴ Este fallo importaría, en nuestro entender, una precisión de la Suprema Corte respecto a que el criterio para determinar la comercialidad del acto no es el de la intención o propósito, sino el de su naturaleza.

⁴⁵ Cfr. ZUPPI, Alberto, Luis, “La Inmunidad Soberana de los Estados y la emisión de Deuda Pública”, op. cit, L.L. 1992-D-1118, en especial, p. 1124.

⁴⁶ Fallos 319 : 2886.

⁴⁷ Causa G. 340. XXIV y G. 326. XXIV Recurso de Hecho. Esta causa se resolvió por misión expresa a “Brunicardi”.

En efecto, el entonces Procurador General de la Nación –luego de sostener la ilegitimidad originaria de la deuda por haber sido contraída por un Gobierno de Facto y por no haber sido convalidada por el Congreso Nacional luego de la reimplantación del régimen democrático en 1983– recordó opiniones vertidas en el campo del derecho internacional en el sentido que respecto de las deudas públicas, el Estado ejerce un acto de *poder público (iure imperii)*⁴⁸, agregando luego –con invocación de la Doctrina Drago y de alegados “*principios básicos del derecho internacional*”– que la pretensión del actor no podía ser acogida en tanto que la ejecución forzada era impracticable en atención a la naturaleza pública del ente prestatario⁴⁹.

Por su parte, la Corte Suprema consideró que, en tanto los BONODs reconocían su origen en la sustitución unilateral del originario deudor privado por el deudor público –Estado Nacional– su acto de creación constituyó una emanación de la *soberanía nacional “más allá de los términos en que fue anunciado a los acreedores extranjeros”*⁵⁰.

No obstante la alegada mención al carácter de acto *soberano* que había investido la constitución del empréstito, la Corte Suprema expresamente –al finalizar su decisorio– manifestó que “*la naturaleza jurídica del empréstito público no significa la exclusión de toda responsabilidad de orden patrimonial por la modificación unilateral de las obligaciones, en caso de conducta arbitraria o de lesión a derechos individuales dignos de protección*”⁵¹.

Como se podrá observar, en mayor medida el dictamen del entonces Procurador General de la Nación y, en menor grado, el fallo de la Corte Suprema, por vía de la caracterización del acto constitutivo de la deuda pública externa como acto *soberano*, introducen una cierta dosis de confu-

⁴⁸ Cfr. apartado –VII– in fine. Las citas son de RALSTON, Jackson H, “Venezuela Arbitration of 1902”, Washington, 1904, pp. 505-506 y Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1980, Vol. II, Segunda Parte, p. 37, nota 132.

⁴⁹ Cfr. apartado –IX–, primero y segundo párrafos. Cabe señalar que, en rigor de verdad, DRAGO no sostenía la inejecutabilidad del Estado por sus deudas públicas sino sólo que no era viable un proceso de apremio mas sí uno de pleno conocimiento, cfr. DRAGO, Luis María, “Les Emprunts d’État et leurs rapports avec la politique internationale”, ob. cit., p. 258.

⁵⁰ Cfr. Considerandos 5º) y 17º).

⁵¹ Cfr. Considerando 19º) primer párrafo.

sión e inseguridad no ya respecto a la naturaleza del acto sino a los efectos de tal caracterización, en especial, en orden a la responsabilidad del Estado emisor. Si lo que se pretendía era despojar a la cuestión de cualquier enfoque privatista, nos preguntamos: ¿Era necesario incurrir en la calificación de acto *soberano* o *iure imperii*, máxime si –como hemos visto precedentemente– tal calificación importa, en el campo del derecho internacional, el otorgamiento de *Inmunidad Soberana* al Estado emisor?⁵². Esta calificación, en definitiva, parecería relativizar la declaración sobre la existencia de una eventual responsabilidad del Estado que el Alto Tribunal efectúa –casi por necesidad y en términos confusos e insuficientes, tal como se verá a continuación– al finalizar su fallo.

Amén de lo expuesto, la Corte Suprema parecería limitar la responsabilidad del Estado a dos supuestos, exclusivamente: (i) caso de *conducta arbitraria*; (ii) lesión a derechos individuales *dignos* de protección.

Sin perjuicio que más adelante trataremos el tema relativo a la modificación unilateral de las condiciones de los empréstitos públicos, dos son las preguntas que nos debemos hacer a este respecto:

La primera, ¿por qué la Corte solamente hace mención a la *conducta arbitraria* como fuente de responsabilidad del Estado?, ¿es que –en esta materia– implícitamente excluye la responsabilidad por actos *no* arbitrarios, como, por ejemplo, por hechos lícitos?

La segunda, ¿por qué esa responsabilidad estatal también se limita a supuestos de afectación de *derechos* individuales *dignos de protección*? ¿es que hay *derechos* individuales que –en un Estado Constitucional de Derecho– *no* sean dignos de protección?

Como se puede observar, esta jurisprudencia parecería colocar a las operaciones de crédito público –específicamente, a las externas– en una suerte de *limbo jurídico* donde no queda lo suficientemente en claro

⁵² Esta objeción se refuerza si se advierte –tal como se verá más adelante– que ya existían precedentes de la Corte Suprema calificando a los empréstitos públicos como operaciones regidas por el derecho público y no por el derecho privado, tal como da cuenta el dictamen de la Procuración General de la Nación recaído en la misma causa en el año 1989 y que la Corte Suprema hizo suyo mediante resolución de fecha 13/4/89, declarando la competencia del fuero contencioso administrativo federal.

cuál es el régimen de responsabilidad del Estado en tanto que sujeto emisor de tales operaciones. Mas, puntualicemos bien una circunstancia sumamente relevante: la Corte Suprema no llega al extremo de sostener que el Estado emisor es irresponsable o inmune en tanto que poder soberano. La expresa referencia efectuada a la eventual responsabilidad del Estado al finalizar el fallo, descalifica de plano esta tesis. No obstante, lo que sí nos parece que se deriva de la jurisprudencia en cuestión es una situación de incertidumbre sobre los contornos de dicha eventual responsabilidad reconocida por la Corte a regañadientes y en términos confusos e insuficientes. A estos efectos, recordemos lo que sosteníamos al comienzo de este trabajo con cita de Gastón JÉZE sobre la *intromisión misteriosa*, en esta materia, de la noción de soberanía estatal. Soluciones como ésta no hacen más –en nuestro entender– que coadyuvar a que el riesgo ínsito en la operación sea mayor –con su traslado a la tasa de interés que el acreedor pretenderá percibir– o, en su caso, a que litigios sobre esta materia escapen de los tribunales argentinos⁵³.

Finalmente, cabe mencionar dos circunstancias relevantes:

La primera, que la Ley 11.672 autoriza al Poder Ejecutivo a renunciar a la *Inmunidad Soberana* en operaciones de crédito público a celebrarse con personas extranjeras, sean ellas organismos multilaterales de crédito o no⁵⁴.

⁵³ A este respecto, cabe recordar lo que sostenía GORDILLO en esta materia: “En esa doble preocupación, de obtener el capital externo pero hacerlo de modo tal que los intereses del país no sufran detrimento, está el quid económico-político de la cuestión”; así como que “el primer punto que interesa al inversionista es la seguridad de su inversión, seguridad que al parecer sólo considera dada cuando la ley y la jurisdicción del convenio es otra que la del deudor” (cfr. GORDILLO, Agustín, “El Contrato de Crédito Externo”, op. cit, en Después de la Reforma del Estado, Ed. Fundación de Derecho Administrativo, Bs. As., 1996, IV-13 y IV-14, respectivamente).

⁵⁴ Ver, a este respecto, lo fallado por la Cámara Federal de Comodoro Rivadavia en un muy sonado caso el 8/10/83, in re “Presunta Infracción art. 225 del Código Penal”, E.D. 106 : 276, en especial, pág. 282. En igual sentido, ver el muy completo trabajo de GARCÍA PULLÉS, Fernando, “La prórroga de jurisdicción a favor de jueces extranjeros como cláusula inserta en condiciones generales de la contratación”, Revista Régimen de la Administración Pública, N° 163, 1992, pág. 9 y sigs. Esta, por otra parte, es la postura de la Procuración del Tesoro de la Nación, tal como dan cuenta LÓPEZ OLACIREGUI, Martín y RODRÍGUEZ GALÁN, Alejandra, “El Rol de la Procuración del Tesoro de la Nación en los Convenios Económico-Financieros Internacionales”, en 130 Años de la Procuración del Tesoro de la Nación. 1863-1993, ed. Oficial, Bs. As., 1993, p. 183 y ss.

La segunda, que la Procuración del Tesoro de la Nación en reiteradísimas oportunidades, y a los efectos de emitir la opinión legal que la práctica financiera internacional exige a los prestatarios⁵⁵, ha calificado a operaciones de crédito público realizadas por el Estado Nacional como operaciones “*iure gestionis*”.

Así, en nuestra opinión, estas dos circunstancias demuestran que, más allá de las falencias e imprecisiones que hace gala la jurisprudencia antes mencionada, en el campo del derecho internacional –desde la perspectiva del derecho federal argentino–, el Gobierno Nacional, en tanto que emisor de deuda pública carece de toda inmunidad como poder soberano; ello, claro está, sin perjuicio de las limitaciones que, en orden a la concreta ejecución de sentencias pueda estar sometido⁵⁶, lo que coloca en un pie de igualdad tanto a acreedores nacionales como extranjeros.

IV. ¿RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL O EXTRA CONTRACTUAL, DE DERECHO PÚBLICO O DE DERECHO PRIVADO?

Ahora bien, dejando de lado los problemas que las peculiaridades del derecho internacional a traído en orden de delimitar la existencia de responsabilidad del Estado en este campo, corresponde ahora determinar si dicha responsabilidad, desde el punto de vista del derecho interno, es de

⁵⁵ Sobre la opinión legal o certificación, ver GORDILLO, Agustín, “El Contrato de Crédito Externo”, op. cit., en Después de la Reforma del Estado, Ed. Fundación de Derecho Administrativo, Bs. As., 1996, IV-39/40 y LÓPEZ OLACIREGUI, Martín y RODRÍGUEZ GALÁN, Alejandra, “El Rol de la Procuración del Tesoro de la Nación en los Convenios Económico-Financieros Internacionales”, en 130 Años de la Procuración del Tesoro de la Nación. 1863-1993, ob. cit., pp. 176 y ss.

⁵⁶ Se trata de la llamada “inmunidad de ejecución”, que en nuestro derecho –tal como lo ha señalado en forma reiterada la Procuración del Tesoro de la Nación– se limita a (i) las reservas de libre disponibilidad a las que hace mención el artículo 6° de la Ley 23.928 de Convertibilidad del Austral; (ii) los bienes del dominio público ubicados dentro del territorio de la República Argentina, (iii) los bienes de propiedad de algunas de las partes obligadas afectados a la prestación de un servicio público esencial. Asimismo, se afirma la aplicación de las limitaciones procedimentales de ejecución previstas por las Leyes 3952, 23.982 y 11.672. Sobre el particular, ver LÓPEZ OLACIREGUI, Martín y RODRÍGUEZ GALÁN, Alejandra, “El Rol de la Procuración del Tesoro de la Nación en los Convenios Económico-Financieros Internacionales”, ob. cit., p. 188, 189 y ss.

índole *contractual* o *extracontractual*, y, en su caso, si la misma es regida por el derecho *público* o por el derecho *privado*.

En orden a responder al primer interrogante, cabe señalar que –a comienzos del Siglo XX– DRAGO distinguió entre las operaciones contractuales en las que el Estado se obligaba frente a un particular determinado y las obligaciones que asumía frente a los tenedores de títulos públicos constitutivos de un empréstito⁵⁷. Así, mientras que respecto a las primeras consideraba que constituían obligaciones de índole convencional en las que el Estado se obligaba como cualquier particular⁵⁸, a las segundas –respecto a las cuales manifestó que exclusivamente tuvo en consideración al elaborar su Doctrina– las consideraba emanaciones del Poder Soberano del Estado –al igual que lo era la emisión de moneda– que, surgiendo en virtud de autorizaciones legislativas y no existiendo, además, persona determinada en cuyo favor se hubiesen establecido las respectivas obligaciones, no ofrecían los caracteres de los contratos⁵⁹.

Más cercano en el tiempo, GIULIANI FONROUGE⁶⁰, FIORINI⁶¹ y SAYAGUES LASO⁶², consideraron que las operaciones constitutivas de empréstitos públicos constituyen actos *unilaterales* del Estado; con lo cual –para esta corriente y al igual que para DRAGO– la celebración de tales operaciones no supone más que el ejercicio del poder de *imperium* del Estado.

De esta forma, la calificación conferida por la doctrina antes mencionada a tales operaciones podría ser utilizada como base para enmarcar a la responsabilidad del Estado en el campo de la responsabilidad extracontractual.

Esta corriente doctrinaria ha tenido acogida jurisprudencial por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

⁵⁷ cfr. DRAGO, “Les Emprunts d’État et leurs rapports avec la politique internationale”, ob. cit., p. 258.

⁵⁸ Nótese la influencia de la doctrina de la Doble Personalidad del Estado.

⁵⁹ Cfr. ob. cit., pp. 258 y ss.

⁶⁰ Cfr. GIULIANI FONROUGE, Carlos M., Derecho Financiero, Vol. II, 3° edición ampliada y actualizada, ed. Depalma, Bs. As., 1976, p. 1027 y ss.

⁶¹ Cfr. FIORINI, Bartolomé, Manual de Derecho Administrativo, Tomo I, Editorial La Ley, Bs. As., 1968, pp. 527-529.

⁶² Cfr. ob. vol. y pp. cits.

Así, en el caso “*Caja de Valores S.A. v. Provincia de Buenos Aires*”⁶³, donde la actora reclamaba el pago de títulos de la deuda pública interna provincial que la Provincia de Buenos Aires como Estado emisor se había negado a cancelar sobre la base de sostener su falsedad, el Alto Tribunal fundó la responsabilidad de la Provincia de Buenos Aires como Estado emisor en la doctrina de la responsabilidad extracontractual del Estado por su *falta de servicio*⁶⁴, cuando –en rigor de verdad– la circunstancia que la Provincia de Buenos Aires revistiese la calidad de emisor de los títulos resultaba de suyo suficiente para justificar dicha responsabilidad frente al tenedor de los mismos.

Dicha corriente se reafirmaría –poco tiempo– después en los casos “*Brunicardi*” y “*Gruval*” ya mencionados, al considerar la Corte Suprema que la emisión de los títulos de la deuda pública externa allí en juego –así como también la reprogramación unilateral dispuesta por el Estado Nacional– reconocían su origen en el poder *soberano* del Estado emisor⁶⁵.

Ahora bien, la teoría del acto unilateral no ha sido seguida en forma mayoritaria por la doctrina tanto nacional como comparada. En efecto, la opinión mayoritaria considera que el vínculo emergente de la relación es de naturaleza *contractual*.

⁶³ Fallos 318 : 1323, fallado el 29 de Junio de 1995.

⁶⁴ Así, en el considerando 11) in fine, sostuvo la Corte: “...máxime si, como sucede en el caso, la Provincia de Buenos Aires no ha logrado acreditar que no le sea imputable la falta de servicio que ocasionó la situación en examen” (el resaltado nos pertenece). Asimismo, en los considerandos 19) y 20) sostuvo el Alto Tribunal: “Que dicha insuficiencia probatoria, unida al hecho, no desconocido, de que los instrumentos objetados han sido suscriptos por el entonces administrador general de la Empresa Social de Energía de Buenos Aires S.A. y por el Ministro de Economía del mismo Estado, compromete la responsabilidad del gobierno emisor”, agregando luego: “Que, en tales condiciones debe responder de modo principal y directo en los términos de la doctrina de Fallos 306 : 2030”. Aclaremos que la jurisprudencia citada en último término por la Corte Suprema es la conocida causa “Vadell”, que –como es sabido– constituye un leading case en materia de responsabilidad del Estado por su falta de servicio (responsabilidad extracontractual).

⁶⁵ La responsabilidad reconocida a regañadientes por la Corte en estos casos, además de ser extracontractual, sería más limitada que la usualmente reconocida por el Alto Tribunal respecto a otras actividades estatales generadoras de responsabilidad, a cuyos efectos remitimos a lo dicho en el Capítulo IV del presente trabajo.

Así, BONNARD sostenía que el empréstito se perfecciona por medio de un acuerdo de voluntades entre el Estado y el prestamista, creando a favor de éste último una situación jurídica individual ⁶⁶.

En nuestro país, BIELSA –siguiendo a TROTABAS– sostenía, categóricamente, que “*la idea de soberanía es extraña a un empréstito de carácter esencialmente contractual*” ⁶⁷, asimilándolo a un préstamo o mutuo ⁶⁸.

Por su parte, MARIENHOFF distinguió entre el empréstito voluntario y el forzoso, asignándole carácter contractual al primero y la calidad de requisición de dinero al segundo ⁶⁹. Justificando el carácter contractual de la relación, sostenía el recordado Maestro que mientras los títulos no fuesen adquiridos por el público, la voluntad unilateral del Estado al haber dispuesto su emisión resulta irrelevante desde el punto de vista jurídico; siendo indispensable que medie la aceptación de los particulares mediante la adquisición de tales títulos, oportunidad en la cual queda configurada la relación convencional ⁷⁰.

También este ha sido el criterio tradicional seguido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, con las salvedades antes apuntadas, ha considerado a las operaciones de crédito público (en especial, de empréstito) como operaciones de índole convencional, enmarcando a la responsabilidad del Estado emisor en el ámbito de la responsabilidad contractual ⁷¹.

⁶⁶ Cfr. BONNARD, Roger, Précis de Droit Public, 7° edition, Librairie du Recueil Sirey, París, 1946, p. 359

⁶⁷ Cfr. BIELSA, Rafael, Derecho Administrativo, Tomo II, 6° edición, Ed. La Ley, Bs. As., 1964, p. 443.

⁶⁸ Cfr. BIELSA, Rafael, Derecho Administrativo, op. y vol. cits., pág. 438, donde sostenía que “Aunque se trate de un contrato innominado, la figura jurídica es de préstamo o mutuo”.

⁶⁹ Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III-B, 4° edición actualizada, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1994, p. 682.

⁷⁰ Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, ob. y vol. cits., p. 683.

⁷¹ Así, por ejemplo, los casos que registran Fallos 138 : 37; Fallos 138 : 402; Fallos 143 : 175; Fallos 149 : 226; Fallos 149 : 243; Fallos 151 : 59; Fallos 171 : 9; Fallos 192 : 366; Fallos 197 : 601; Fallos 198 : 13; Fallos 198 : 369; Fallos 202 : 29; Fallos 211 : 1290, entre muchos otros.

Por nuestra parte, adherimos a la corriente doctrinaria que considera a la relación existente entre el Estado emisor y el particular, de naturaleza contractual.

En nuestra opinión, la circunstancia que el empréstito público –a la par de la potestad impositiva– sea uno de los medios que la Constitución Nacional habilita al Poder Legislativo para recaudar fondos destinados al Tesoro Nacional, no coloca, de por sí, a estas operaciones al margen del ámbito convencional. A estos efectos, resulta menester distinguir entre (i) los recaudos que constitucional y legalmente se imponen que sean cumplidos para que el Estado pueda válidamente asumir deuda pública –vgr. autorización legislativa del endeudamiento–, y (ii) el *medio* concreto a través del cual el Estado percibe los fondos de los particulares. El primer aspecto, hace al empréstito como recurso del Tesoro Nacional, el segundo, hace al empréstito como operación concreta en donde –salvo que se admitiese el carácter forzoso de un empréstito⁷²– resulta esencial la voluntad del particular de aceptar las condiciones preestablecidas por el Estado emisor, tal como lo señalaba –en opinión antes relatada– el Maestro MARIENHOFF⁷³. De esta forma, se encontraría presente la bilateralidad que –tanto en su formación como en sus efectos– ha exigido la jurisprudencia de la Corte Suprema para enmarcar a una determinada relación en el campo de la responsabilidad contractual⁷⁴.

⁷² Cuestión que –como es sabido– ha motivado grandes cuestionamientos en la doctrina y jurisprudencia, a cuyos efectos, cabe remitir, por ejemplo, a lo fallado por la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, con fecha 7/3/89, in re “Horvath, Pablo c. Fisco Nacional”, E.D. 134 : 133. Sin perjuicio de ello, cabe traer a colación lo señalado por BIDART CAMPOS en el sentido que “las leyes de ahorro obligatorio fueron reputadas por la Corte Suprema como actos unilaterales del Estado que se justifican por el poder tributario acordado constitucionalmente al Congreso –casos Horvath, Pablo c. Fisco Nacional DGI, de 1995 y Morixe Hnos. S.A.C.I.” de 1996”, BIDART CAMPOS, Germán J.; Manual de la Constitución Reformada, Tomo III, ed. Ediar, Bs. As., 1997, p. 109.

⁷³ Según se ha señalado, la doctrina y la jurisprudencia francesas han admitido que el empréstito, aún en caso de tener que ser aprobado por una ley, constituye un contrato (cfr. RICHER, Laurent, Droit des Contrats Administratifs, ed. LGDJ, París, 1995, p. 67).

⁷⁴ Ver, así, el fallo del 31/3/99, in re “Compañía Azucarera Concepción S.A. v. Estado Nacional”, en especial, considerandos n° 13) y 14), éste último con cita del conocido precedente in re “Metalmecánica”.

Aún puede darse un paso más en el análisis y sostenerse que la intervención legislativa en la materia exclusivamente hace al aspecto *hacendal* de la operación y no supone una delegación legislativa a favor del Poder Ejecutivo para contratar el empréstito puesto que la competencia para contratar la inviste de *iure proprio* en función de la Jefatura Administrativa y, en el caso de empréstitos externos, en razón de su carácter de encargado de las relaciones exteriores de la Nación⁷⁵.

Sentada, pues, la naturaleza *contractual* de la relación –y por ende, de la consecuente responsabilidad del Estado– cabe determinar si la misma se encuentra regida por el *derecho público* o por el *derecho privado*.

La doctrina mayoritaria, tanto nacional como comparada, se pronunció por el carácter *público* de la relación. En especial, aquellos que consideraban que el empréstito constituía un verdadero contrato no dudaban en calificarlo como *contrato administrativo*⁷⁶ –si bien con matices diferenciales de otros de igual categoría, tal como era el caso de MARIENHOFF y de BONNARD–. En lo sustancial, la calificación como contrato administrativo es derivada de concurrir un objeto, fin y sujeto públicos⁷⁷; de contener, alternativamente, un objeto público o cláusulas exorbitantes⁷⁸; o bien, de contener sólo cláusulas exorbitantes del derecho común⁷⁹.

⁷⁵ Ello, por ejemplo, de la misma forma que la intervención legislativa que otorga “crédito legal previo” –en los términos de la Ley 13.064– a una determinada obra pública no supone una delegación a favor de la Administración para celebrar el respectivo contrato de obra pública. No obstante, cabe señalar que la Corte Suprema en las causas “Brunicardi” y “Gruval” ya mencionadas, parece inclinarse por la existencia de una delegación legislativa a favor de la Administración, posición que reafirmaría el carácter unilateral de la relación. Sobre el particular, ver RODRÍGUEZ GALÁN, Alejandra y GIRARDI GUTIÉRREZ, Eugenia M.; “Operaciones de Crédito Público Externo. Atribución Presidencial”, en L.L. 1997-C-1268, en especial, pp. 1274-1276.

⁷⁶ Ver así, por ejemplo, las completas referencias a las que hace mención GIULIANI FONROUGE, Carlos M., Derecho Financiero, ob. y vol. cit., pp. 1023 y ss.

⁷⁷ Tal, el criterio de BIELSA, Rafael, Derecho Administrativo, ob. y vol. cit., p. 437.

⁷⁸ Así, MARIENHOFF, Miguel S, Tratado de Derecho Administrativo, ob. y vol. cit., p. 686.

⁷⁹ Este es el criterio de la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés que trae RICHER, Laurent, Droit des Contrats Administratifs, ob. cit., p. 67. En igual sentido, la opinión autorizada de DE LAUBADÈRE, André, Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs, Tomo I, ed. LGDJ, París, 1956, p. 122, donde concluye que si el contrato carece de tales cláusulas exorbitantes del derecho común, el mismo será un contrato privado.

En el campo normativo, cabe señalar que, con motivo de la reforma operada en el año 1889⁸⁰, el Código de Comercio en su artículo 743 expresamente dispuso que los títulos de la renta pública emitidos por la Nación, las Provincias y las Municipalidades estarán sometidos a sus leyes de creación en cuanto a sus efectos orgánicos y, en defecto de regulación por dichas leyes, a las disposiciones del Título XI del citado Código⁸¹. Por su parte, el artículo 744 luego de individualizar los recaudos formales que tales títulos deberán contener, expresamente dispuso que su omisión obliga a los emisores al pago de los daños e intereses, constituyendo, por lo tanto, una verdadera regulación de *derecho común* de la responsabilidad del Estado emisor.

Relevante es, en el caso, la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Tradicionalmente la Corte consideró que la naturaleza de la relación derivada de los empréstitos públicos era una relación contractual y de

⁸⁰ En este sentido, SATANOWSKY, Marcos, “Los títulos de crédito público y la legislación comercial”, en J.A. Tomo XLII, P. 16, en especial, p. 18.

⁸¹ Así, por ejemplo, ZAVALA RODRÍGUEZ, Carlos Juan, Código de Comercio y Leyes Complementarias, Tomo IV, Ed. Depalma, Bs. As., 1979, p. 499, quien expresamente hace mención al carácter supletorio de las normas contenidas en el Código de Comercio. Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación también ha resaltado el carácter supletorio de las disposiciones contenidas en el Código de Comercio respecto a títulos al portador emitidos por las Provincias, así, por ejemplo, in re “Contipel Catamarca S.A. v. Provincia de Salta”, del 13/10/88, en especial, Considerando n° 5), Fallos 311 : 2065; en igual sentido –respecto a letras de tesorería provinciales– in re “Zang, Mauricio y otros v. Tucumán, Provincia de s/ cobro de australes”, causa Z.18. XXII. Originario, del 1/11/88 y también, in re “Rea, Rubén Raúl v. Tucumán, Provincia de s/ cobro de australes”, causa R.62.XXII. Originario, del 7/3/89; en igual sentido, respecto a certificados de depósito emitidos por un Banco Público provincial, in re “Aquino, Virginia Clara v. Chaco, Provincia del y otro s/ ejecutivo”, causa A.79.XXII. Originario, del 13/8/91, Fallos 314 : 810, en especial, considerando n° 5) y también, in re “Caja Complementaria de Previsión para el Personal de la Jurisdicción Comunicaciones v. La Rioja, Provincia de y otro s/ cobro de pesos”, causa C.359.XXV. Originario, del 23/2/95, publicado en E.D. Revista del 1/11/95, p. 1 y ss., con nota de SPISSO, Rodolfo, “Jurisdicción Originaria de la Corte. Declaración de Incompetencia”. Una crítica a esta jurisprudencia desde el punto de vista de la imprecisión de la teoría del contrato administrativo puede verse en MAIRAL, Héctor A., “De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo”, E.D. Suplemento de Jurisprudencia y Doctrina en Derecho Administrativo del 18/9/98, pág. 1 y ss, en especial, p. 4.

derecho privado, ya sea que el que el emisor fuese la Nación⁸² o las provincias, asumiendo –en este último caso– su competencia originaria en función de existir una causa civil o, también, aplicando para resolver la controversia disposiciones propias del derecho común⁸³.

A su vez, tratándose de reclamos vinculados con títulos de la deuda pública –nacional o provincial– la Corte Suprema sostuvo claramente la aplicabilidad primaria de las disposiciones del Código de Comercio y del Código Civil. Así, por ejemplo, dispuso la aplicación directa a títulos públicos provinciales de la prescripción de tres años contemplada en el Código de Comercio para la letra de cambio⁸⁴ –lo que mereció la oportuna aprobación de SATANOWSKY⁸⁵–; consideró ilegítima –por vulnerar las reglas del derecho comercial– la decisión de una Provincia de suspender el servicio de títulos públicos por ella emitidos⁸⁶ y, también, haciendo lugar a un recurso extraordinario en una causa donde se reclamaba el pago de títulos de la deuda pública interna provincial, declaró la inconstitucionalidad de la disposición de la Constitución de la Provincia de Santiago del Estero que establecía limitaciones a la ejecutabilidad de las sentencias dictadas en su contra por importar una reglamentación contraria a lo normado, respectivamente, por los artículos 33, inciso 2º; 42 y 505, inciso 1º del Código Civil⁸⁷.

Como se podrá observar, esta jurisprudencia importaba enmarcar a la relación jurídica entablada –y a la responsabilidad consecuente– en el campo del derecho común; asignando –por lo tanto– al Congreso Nacional el carácter de único órgano legitimado para reglamentar tal relación a la luz

⁸² Por ejemplo, Fallos 188 : 303, in re “Victoriano Villamil v. Nación Argentina”, fallo del 20/11/40.

⁸³ Así, por ejemplo, los casos que registran Fallos 138 : 37; Fallos 138 : 402; Fallos 143 : 175; Fallos 149 : 226; Fallos 149 : 243; Fallos 151 : 59; Fallos 171 : 9; Fallos 192 : 366; Fallos 197 : 601; Fallos 198 : 13; Fallos 198 : 369; Fallos 202 : 29; Fallos 211 : 1290, entre muchos otros.

⁸⁴ Fallos 168 : 108, in re “Don Víctor M. Ruiz v. Provincia de Corrientes sobre cobro de pesos”, fallo del 10/5/33.

⁸⁵ SATANOWSKY, Marcos, “Los títulos de crédito público y la legislación comercial”, op. cit., en J.A. Tomo XLII, pp. 16 y ss.

⁸⁶ Fallos 192 : 366, in re “Aldo Morando v. Provincia de Buenos Aires”, del 6/5/42, en especial, considerando n° 8).

⁸⁷ Fallos 171 : 9, in re “Don Cecilio Espinosa v. Provincia de Santiago del Estero sobre cobro de pesos”, fallo del 11/7/34.

de lo normado por el actual artículo 75, inciso 12 (anterior artículo 67, inciso 11) de la Constitución Nacional⁸⁸. Por su parte, esta postura era coincidente con aquella otra mantenida respecto al carácter de *causa civil* que asigna a las contiendas que persiguen el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual de las Provincias⁸⁹; así como también, respecto a la inconstitucionalidad –por violación a lo normado por el artículo 75, inciso 12– de normas constitucionales y legales provinciales que limitaban la ejecución de sentencias condenatorias dictadas contra las Provincias⁹⁰.

Ahora bien, esta situación jurisprudencial que durante varias décadas se había mantenido inalteradamente pacífica, va a sufrir su crisis hacia fines de los años '80 y comienzos de los '90.

En efecto, es primero respecto a los empréstitos provinciales, cuando en la causa "*Contipel Catamarca S.A. v. Provincia de Salta*" –en el año 1988, ante una demanda ejecutiva instaurada reclamando el pago de títulos de la deuda pública interna de la Provincia de Salta que dicha Provincia había unilateralmente dispuesto una prórroga en su pago⁹¹– la Corte Suprema, declarando su incompetencia para entender en instancia originaria, sostuvo –siguiendo al dictamen del entonces Procurador General de la Nación– que la relación entablada era de inequívoca naturaleza administrativa, constituyendo un empréstito público, el cual, pese a hallarse expresado en títulos que circulaban en plaza, constituía un típico contrato administrativo, a lo que no obstaba la aplicación supletoria del Título IX del Código de Comercio⁹². Esta jurisprudencia fue hecha extensiva poco tiempo después por la

⁸⁸ A este respecto, ver, en especial, el caso "Espinosa" antes citado.

⁸⁹ Sobre esta cuestión, ver las críticas que merece la mentada jurisprudencia en GAMBIER, Beltrán y PERRINO, Pablo, "¿Pueden las Provincias dictar leyes en materia de responsabilidad del Estado?", J.A. Revista del 6/11/96, pág. 36 y ss.

⁹⁰ La síntesis de dicha doctrina, puede verse en Fallos 188 : 383; en Fallos 311 : 1795 y en Fallos 321 : 3508, entre muchos otros. Una aplicación reciente del mencionado principio, en la causa "Líneas de Transmisión del Litoral S.A. (LITSA) v. Corrientes, Provincia de s/ acción declarativa", causa L. 400. XXXI. Originario, sentencia del 24/11/2000.

⁹¹ Se trataban de bonos provinciales otorgados por la Provincia de Salta a proveedores al amparo de los Decretos provinciales nros. 2355/86 y 309/87. Por su parte, el Decreto provincial de necesidad y urgencia n° 81/88 había dispuesto una prórroga del pago de dichos títulos hasta el 31/12/89. Esta última circunstancia fue la que motivó las demandas mencionadas en el texto del presente.

⁹² Fallos 311 : 2065, en especial, considerandos n° 3) y 5).

Corte Suprema respecto a otros títulos de la deuda pública provincial⁹³, a letras de tesorería provinciales⁹⁴, a certificados de depósito a plazo fijo constituidos en Bancos oficiales provinciales⁹⁵; mientras que fue negada –sobre la base de lo normado en el artículo 75, inciso 12 de la Constitución Nacional– respecto a deudas provinciales instrumentadas en cheques⁹⁶ y en pagarés⁹⁷.

A su vez, respecto a empréstitos federales, en el año 1989 en la causa “*Brunicardi*”, la Corte Suprema –al declarar la competencia de la Justicia Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal– con remisión a lo dictaminado por la Procuración General de la Nación con expresa invocación de lo resuelto en la causa “*Contipel Catamarca S.A.*”, se pronunció por la “*inequívoca naturaleza administrativa de la relación jurídica*”, agregando que las disposiciones de derecho común o privado sólo eran aplicables en forma supletoria⁹⁸.

Esta corriente –esbozada, como se ha visto, con motivo de cuestiones de competencia⁹⁹– fue luego categóricamente afirmada en 1996 –res-

⁹³ Así, respecto a bonos emitidos por la Provincia del Chubut para renegociar deudas con proveedores y contratistas de obra pública, cfr. in re “Sideco Americana S.A. v. Provincia del Chubut”, fallo del 18/6/91, publicado en L.L. 1991-E-581.

⁹⁴ Así, in re “Zang, Mauricio y otros v. Tucumán, Provincia de s/ cobro de australes”, causa Z.18. XXII. Originario, del 1/11/88 y también, in re “Rea, Rubén Raúl v. Tucumán, Provincia de s/ cobro de australes”, causa R.62.XXII. Originario, del 7/3/89.

⁹⁵ Así, in re “Aquino, Virginia Clara v. Chaco, Provincia del y otro s/ ejecutivo”, causa A.79.XXII. Originario, del 13/8/91, Fallos 314 : 810, en especial, considerando n° 5) y también, in re “Caja Complementaria de Previsión para el Personal de la Jurisdicción Comunicaciones v. La Rioja, Provincia de y otro s/ cobro de pesos”, causa C.359.XXV. Originario, del 23/2/95, publicado en E.D. Revista del 1/11/95, pp. 1 y ss., con nota de SPISSO, Rodolfo, “Jurisdicción Originaria de la Corte. Declaración de Incompetencia”.

⁹⁶ Así, in re “Nicolás de Marco v. Provincia de Tucumán”, del 17/9/91, Fallos 314 : 1065, en especial, considerandos n° 2) y 3). Cabe señalar que, en este caso, la Provincia demandada había invocado a favor de la incompetencia de la intervención originaria de la Corte Suprema lo resuelto por el Tribunal en los casos “Zang” y “Rea” antes citados y vinculados con letras de tesorería.

⁹⁷ Así, in re “Inmar S.A. v. Entre Ríos, Provincia de y otro s/ ejecutivo”, del 20/12/94, causa I. 85. XXV. Originario, en especial, considerando n° 13).

⁹⁸ Cfr. in re “Brunicardi, Adriano Careño v. Estado Nacional –BCRA– s/ cobro de u\$s 20.000”, del 13/4/89, causa Competencia N° 407. XXII y dictamen de la Procuración General de la Nación de fecha 9/3/89.

⁹⁹ En esta materia, también podemos decir lo que WEIL sostenía respecto al derecho administrativo francés: “la jurisdicción precedió al derecho”, cfr. WEIL, Prosper, *Le Droit Administratif*, 11° edition, ed. Presses Universitaires de France, París, 1986, p. 10.

pecto a empréstitos federales– en las sentencias de fondo dictadas en las ya recordadas causas “*Brunicardi*”¹⁰⁰ y “*Gruval*”.

En nuestra opinión, si bien cabe –como principio¹⁰¹– encuadrar a la relación en el campo del *derecho público*, las peculiaridades que revisten los empréstitos públicos –máxime cuando son instrumentados mediante la emisión de títulos negociables– nos obligan a realizar algunas precisiones en torno a su régimen jurídico.

En primer lugar, como enseña MARIENHOFF, las prerrogativas del Estado emisor aparecen con un alcance mucho más limitado que el usualmente reconocido al contratante público en otros contratos administrativos. Así, una vez suscripta por los particulares la emisión de títulos –es decir, cumplida la obligación de la parte privada–, la potestad modificatoria no podría recaer sobre las condiciones de emisión del empréstito¹⁰². Esta ha sido, por otra parte, la posición sostenida por BONNARD¹⁰³. En esta línea de ideas, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tenido oportunidad de resaltar que no es lícito que el Estado emisor unilateralmente pretenda anticipar el plazo de amortización del empréstito, señalando que “*el plazo convenido para la duración de un empréstito, no se establece sólo en beneficio del deudor sino que, también, se tienen muy en cuenta los intereses del acreedor que contempla, legítimamente, para colocar su dinero, las ventajas de un largo plazo, de una amortización lenta y de una renta conveniente*”¹⁰⁴. Si bien estas consideraciones fueron realizadas por el Alto Tribunal en precedentes don-

¹⁰⁰ Cfr. Fallos 319 : 2886.

¹⁰¹ En este sentido, quedarían excluidos –por ejemplo– aquellos empréstitos y operaciones financieras realizadas por Bancos públicos en concurrencia con entidades financieras privadas. De allí que formulemos nuestra crítica a la jurisprudencia de la Corte Suprema ya citada que ha considerado, por ejemplo, que un depósito a plazo fijo realizado en un banco provincial oficial constituye un empréstito público regido por el derecho público provincial. Asimismo, cuando el Estado –Nacional, Provincial o Municipal– constituye un Fideicomiso Financiero en los términos de la Ley 24.441, dicha relación se rige, exclusivamente, por el derecho común –art. 75, inciso 12, Constitución Nacional–, careciendo el Estado de poderes exorbitantes, tal como lo ha señalado, con acierto y rigor jurídico, PEREZ HUALDE, Alejandro, Fideicomiso Público, en Actualidad en el Derecho Público, n° 12, enero-abril 2000, pp. 151-152. Así, las emisiones realizadas por dicho Fideicomiso no resultarán regidas por el derecho público, aún cuando el fiduciante y el fiduciario sean entidades públicas.

¹⁰² cfr. MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, ob. y vol. cit., p. 688.

¹⁰³ Ob. cit., p. 359.

¹⁰⁴ Fallos 149 : 226 y Fallos 149 : 243.

de se consideraba a estas operaciones como regidas por el derecho privado, lo cierto es que, en nuestro entender, tal circunstancia no resulta óbice a su aplicación al caso puesto que hacen al elemento “*tiempo*” que, como lo sostenía JÉZE, constituye el elemento esencial de la operación de crédito público¹⁰⁵. Por tal motivo, meras consideraciones de interés público –que en otros contratos administrativos ameritarían el ejercicio de la *potestas variandi*– no resultan suficientes para reconocer la legitimidad del ejercicio de dicha potestad por parte del Estado emisor en el empréstito público¹⁰⁶. Sólo situaciones excepcionales –y en las condiciones en que más adelante nos referiremos– habilitarían al emisor a alterar unilateralmente las condiciones de emisión.

En segundo lugar, aún admitiéndose la posibilidad que en situaciones excepcionales pueda el Estado emisor alterar las condiciones originales de emisión, la competencia para así disponerlo –a tenor de lo que surge de la jurisprudencia de la Corte Suprema– correspondería al mismo órgano que, según el régimen constitucional aplicable, tuviera la competencia para disponer el arreglo y pago de la deuda pública, es decir, el Poder Legislativo¹⁰⁷.

¹⁰⁵ JÉZE, Gaston, *Le Remboursement des Emprunts Publics d' État*, Marcel Giard Librairie Editeur, Paris, 1925, p. 11. En este sentido, sostenía el mencionado autor que el empréstito público, en definitiva, no es más que el procedimiento por medio del cual el Estado reparte las cargas públicas en el tiempo. Cabe recordar que JÉZE consideraba a los empréstitos públicos regidos por el derecho público.

¹⁰⁶ En este sentido, cabe señalar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo ocasión de sostener al respecto: “Que, siendo así, y 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 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 omita hacer jugar cláusulas exorbitantes que no surjan en forma clara y expresa de tales condiciones. No es, pues, admisible asignar al Prospecto un mero carácter informativo o ilustrativo –como se pretende– susceptible de ser modificado en cualquier momento por la entidad emisora en aspectos sustanciales como el que aquí se trata...”, cfr. in re “S.A. Consolidación I.I.C. y F. v. Yacimientos Petrolíferos Fiscales”, del 30/9/80, Fallos 302 : 1065, considerando n° 8).

¹⁰⁷ En este sentido, ver, por ejemplo, el caso “Alvarado, don Mariano y su esposa (su sucesión) contra el Gobierno Nacional, por cobro de pesos”, resuelto el 23 de junio de 1906 y obrante en Fallos 104 : 335, en especial, considerando n° 7), donde se dijo –respecto al Gobierno Nacional–: “Que siendo una de las atribuciones del Congreso,

En tercer lugar, tal alteración unilateral únicamente podría tener lugar en función del interés público superior consistente en el mantenimiento de la subsistencia del Estado emisor en tanto que persona pública de existencia necesaria. En tal sentido, una reprogramación unilateral de las condiciones de emisión únicamente podría tener lugar por medio una declaración de emergencia pública dispuesta por medio de ley formal y material y en las condiciones y límites en que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha convalidado medidas de emergencia¹⁰⁸.

Ahora bien, es esta última circunstancia –la posibilidad de efectuar una reprogramación unilateral al amparo de una ley de emergencia– una de las cuestiones que resultan más conflictivas en esta materia; en especial, respecto a reconocerles esa competencia a las Provincias.

En este sentido, cuadra recordar que, tradicionalmente, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha manifestado reticente a este reconocimiento, sobre la base de considerar que las relaciones entre acreedor y deudor son de resorte exclusivo del Congreso Nacional¹⁰⁹. Por otra parte, la jurisprudencia del Alto Tribunal dictada respecto al artículo 19 de la Ley 23.982, ha invalidado numerosas disposiciones locales que excedían las medidas que dicha ley autorizaba adoptar a las Provincias¹¹⁰.

arreglar el pago de la deuda interior y exterior de la Nación, ese poder público estaba habilitado para establecer en la ley las condiciones del retiro o conversión de los títulos de deuda pública que había emitido el Estado, en términos obligatorios para los tenedores de los mismos y para el Poder Ejecutivo que debía efectuar la conversión (art. 67, inciso 6°, Constitución Nacional)". En idéntica línea de ideas, véase lo fallado por la Corte Suprema en el ya citado caso "Brunicardi", donde el Alto Tribunal justifica la reprogramación efectuada por el Estado Nacional en la competencia del Congreso para "decidir la financiación, refinanciación y el rescate de tal deuda", sustentando la legalidad de lo actuado por el Poder Ejecutivo "en la ratificación dada por el Congreso en ocasión de la aprobación del presupuesto anual y de la cuenta de inversión", cfr. Fallos 319 : 2886, en especial, considerandos n° 6) in fine y 11) in fine, respectivamente.

¹⁰⁸ Ver, en este sentido, por ejemplo, la argumentación utilizada por la Corte Suprema en la causa "Brunicardi" ya tantas veces citada donde se convalidó la reprogramación de los BONODs en función de la doctrina de la emergencia, cfr. Fallos 319 : 2886, en especial, considerando n° 20).

¹⁰⁹ Solución ésta no exenta de sus motivos histórico-políticos, tal como da cuenta TANZI, Héctor J., "Historia Ideológica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1862-1892)", en Revista de Historia del Derecho Ricardo Levene, n° 33, Bs. As., 1997, pp. 297 y ss.

¹¹⁰ Ver, así, por ejemplo, lo fallado en la causa "Pescasur S.A. v. Santa Cruz, Provincia de s/ ordinario – acción declarativa", causa P. 450-XXIII. Originario, fallo del 17/11/94,

No obstante, cabe señalar que en materia de deuda pública interna, en el año 1992 la Corte Suprema –si bien sin efectuar argumentación alguna en torno a la competencia provincial para así decidirlo y con remisión a la doctrina de la emergencia– ha convalidado la constitucionalidad de la reprogramación unilateral de títulos emitidos por la Provincia de Salta dispuesta por medio de un reglamento de necesidad y urgencia¹¹¹.

Más recientemente, en el año 1999, la Corte Suprema convalidó la declaración de emergencia dispuesta por la Provincia de Santa Fe en materia previsional para empleados públicos provinciales, sobre la base de considerar que dicha materia no había sido delegada al Gobierno Federal, motivo por el cual era de competencia provincial el dictado de la medida en cuestión en tanto y en cuanto no vulnerase los límites establecidos por la jurisprudencia de la Corte en materia de legislación de emergencia¹¹².

Amén que el encuadramiento de la relación en el campo del derecho público ameritaría facultar a las Provincias a adoptar medidas como las mencionadas, lo cierto es que el concreto ejercicio de dicha competencia no podría afectar el crédito público de la Nación, cuyo resguardo –por ser una competencia delegada– corresponde al Gobierno Nacional.

En doctrina, tanto DIAZ CISNEROS como DANA MONTAÑO habían tenido ocasión de señalar la preocupación que causaba la posibilidad de un eventual incumplimiento de la deuda pública provincial

publicado en E.D. 161 : 646, con nota de BIDART CAMPOS, Germán J, “El Régimen de la Ley 23.982 en relación con las obligaciones provinciales”.

¹¹¹ Así, in re “Amui Azize, Jorge César v. Salta, Provincia de s/ sumario”, causa A.108.XXII. Originario, del 6/10/92, publicado en Fallos 315 : 2300 y en E.D. 152 : 257, con nota de BIDART CAMPOS, Germán, “Las emergencias y la teoría del acto propio”, en donde la Corte Suprema convalida la medida con expresa remisión a lo fallado en el conocido caso “Videla Cuello” y en función de los defectos de fundamentación de la tacha esgrimida por el actor. Asimismo, dicha convalidación también tuvo lugar en la causa “Laugle, Daniel Carlos v. Salta, Provincia de s/ cobro de australes, ejecución”, causa L. 24. XXII. Originario, fallo del 6/10/92.

¹¹² Así, lo fallado en la causa “Cena, Juan Manuel v. Santa Fe, Provincia de”, fallo del 18/11/99, publicado en Revista de Administración Pública n° 255, Buenos Aires, Diciembre de 1999, pág. 83 y sigs. Ahora bien, este fallo –en realidad– no es innovador toda vez que, en 1937, la Corte ya había tenido ocasión de validar una emergencia previsional dispuesta para el régimen de los funcionarios judiciales de la Provincia de Tucumán, ver, así, causa “Tiburcio López y otros v. Provincia de Tucumán, inconstitucionalidad de la rebaja de sus jubilaciones de magistrados”, fallo del 27/12/37, Fallos 179 : 394.

frente al crédito de la República. De allí que propugnasen la intervención del Gobierno Federal en las operaciones de crédito realizadas por las Provincias¹¹³.

Esta inquietud ha sido receptada por la normativa federal vigente en tanto establece un peculiar régimen de aprobación –por parte del Gobierno Federal– respecto a los empréstitos provinciales cuando los mismos fuesen emitidos en moneda extranjera o con garantía de coparticipación federal de impuestos¹¹⁴.

A su vez, y en lo que hace a empréstitos externos que las Provincias pudiesen celebrar, cabe señalar que el nuevo artículo 124 de la Constitución Nacional, claramente pone como un límite a la facultad provincial de celebrar convenios internacionales que los mismos no afecten las facultades delegadas al Gobierno Nacional ni el crédito público de la Nación¹¹⁵.

De allí pues que, en nuestra opinión, la facultad de las Provincias de declarar, unilateralmente, una reprogramación de pagos en materia de deuda pública no podría ser válidamente ejercida si –con tal proceder– se afectase el crédito público de la Nación, puesto que ello importaría reconocer que las Provincias pueden comprometer –con su conducta– competencias expresamente delegadas al Gobierno Nacional¹¹⁶.

Ahora bien, esta circunstancia –primacía del crédito público nacional– de modo alguno transforma, jurídicamente, al Estado Nacional en una

¹¹³ DIAZ CISNEROS, César, “La Doctrina Drago y la faz internacional de los empréstitos provinciales”, op. cit, pág. 91 y DANA MONTAÑO, Salvador, “Empréstitos Públicos Provinciales y Municipales”, ob. cit., pp. 310 y ss.

¹¹⁴ Se trata del régimen establecido por la Ley 19.328, el Decreto 3532/75 y la Resolución ex MEyOySP 1075/93. Al respecto, ver DI PIETROMICA, Viviana y RETEGUI, Alejandro, “Contratos de préstamos a las provincias con garantía de Coparticipación Federal de Impuestos”, en Periódico Económico Tributario, 1998, pp. 25 y ss.

¹¹⁵ Esta última limitación –la no afectación del crédito público de la Nación– no estaba en el proyecto original y fue introducida en la Comisión de Redacción por iniciativa del ex Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos. Ver, al respecto, por ejemplo, lo señalado por el Convencional Antonio María HERNÁNDEZ en la Reunión del 4/8/94, en Convención Nacional Constituyente, Versión Taquigráfica, p. 3864.

¹¹⁶ Señalaba el Convencional IRIBARNE: “A mi juicio, deben existir mecanismos de control del endeudamiento para mantener la transparencia fiscal, la estabilidad, el crédito público, que no son bienes del Ministerio de Economía ni de ningún funcionario, sino que se trata de bienes a ser resguardados por la Nación, y por ende, por todas las Provincias”, cfr. Convención Constituyente, Versión Taquigráfica, Reunión citada, p. 3686.

suerte de garante o avalista de las deudas asumidas por las Provincias, de forma tal que un acreedor pueda reclamar al Gobierno Federal el pago de las mismas ante el incumplimiento provincial ¹¹⁷.

V. EL ARTÍCULO 66 DE LA LEY 24.156 Y LA IRRESPONSABILIDAD DEL ESTADO NACIONAL POR OPERACIONES DE CRÉDITO PÚBLICO ILEGÍTIMAS

Sobre la base de la competencia que la Constitución Nacional le confiere al Congreso de la Nación para arreglar el pago de la deuda interna y externa, en el artículo 66 de la Ley 24.156, el legislador reguló la responsabilidad del Estado Nacional en caso de emisiones de deuda pública ilegítimas, limitando –como se verá– la responsabilidad del Gobierno Federal.

Dispone el artículo 66 que:

“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”*¹¹⁸.

Como puede observarse, ante una operación de crédito público realizada en contravención a lo normado en la Ley 24.156, el artículo en cuestión dispone dos consecuencias: (i) la inoponibilidad de las obligaciones que

¹¹⁷ Esta postura fue claramente sostenida por el Estado Nacional en el año 1932 al rechazar, por vía de decreto presidencial, el reclamo interpuesto por el Manufactures Trust Company ante el Gobierno Nacional frente al incumplimiento de un empréstito por parte de la Provincia de Santa Fe; tal como nos lo recuerda DANA MONTAÑO, Salvador, “Empréstitos Públicos Provinciales y Municipales”, ob. cit., p. 153.

¹¹⁸ Esta disposición guarda cierto correlato con lo dispuesto –para contratos administrativos en general– por los párrafos 4° y 5° del artículo 5° de la Ley 24.629, conocida como de “Segunda Reforma del Estado”, donde se dispone que: “Será nulo todo acto o contrato otorgado por cualquier autoridad, aun cuando fuere competente, que no hubiere sido precedido del cumplimiento de las normas previstas en la ley 24.156, en su reglamentación y en la presente ley, si del mismo resultare la obligación

se deriven de dicha operación al Estado Nacional, y (ii) la responsabilidad personal de quienes la realicen.

Ahora bien, ¿cuáles son los alcances de la norma en cuestión respecto a la responsabilidad del Estado Nacional, emisor de deuda pública? ¿la mentada *inoponibilidad*, importa una virtual exoneración de toda responsabilidad del Estado Nacional por las consecuencias de la operación celebrada en infracción a los requerimientos legales?

Para responder a este interrogante, primeramente debemos reparar en que los recaudos establecidos al respecto por la Ley 24.156 hacen a los aspectos autorizatorios y hacendales de la operación de crédito público –vgr. autorización de la operación por el Congreso de la Nación, intervención previa de los organismos competentes en la materia, tales como el Banco Central de la República Argentina, la Oficina Nacional Crédito Público, etc.¹¹⁹–, es decir, constituyen, en nuestro entender, actuaciones *interadministrativas e interorgánicas* y –por lo tanto– no dirigidas, directa e inmediatamente a los administrados sino a los órganos administrativos que tienen a su cargo la instrumentación y formalización de la operación de crédito público.

Sentado lo expuesto, parecería ser que una interpretación del artículo 66 que propugnase la absoluta irresponsabilidad del Estado Nacional frente a los tenedores de títulos públicos por las obligaciones que se derivan de dicha operación, vgr. la devolución del capital suscripto con más sus intereses y accesorios en la forma, tiempo y mecanismos establecidos en las condiciones de emisión, resultaría –cuando menos– cuestionable de cara a elementales principios de justicia, tales como el principio de *apariencia* y de protección de la *confianza legítima*, de fundamental importancia en operaciones como las del caso.

En efecto, pensemos en un caso donde el Estado Nacional, aún habiendo mediado infracción a los recaudos exigidos por la Ley 24.156, realiza una emisión de títulos públicos, los cuales son puestos en circulación

del Tesoro nacional de pagar sumas de dinero. El funcionario que autorice u otorgue los actos nulos prohibidos en el presente artículo, será personalmente responsable frente a terceros”.

¹¹⁹ A este respecto, ver, en especial, los recaudos establecidos por los artículos 59, 60 y 61 de la Ley 24.156.

en los mercados de valores y adquiridos y transados por el público inversor. ¿Sería legítimo que el Estado Nacional se negase a cumplir con las obligaciones asumidas en las condiciones de emisión invocando la violación –por parte de los funcionarios intervinientes en la formalización de la emisión– de los recaudos previstos por la Ley 24.156?

La protección de los valores antes mencionados nos llevan a una respuesta negativa.

En este sentido, cuadra señalar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa “S.A. Consolidación I.I.C. y F. v. Yacimientos Petrolíferos Fiscales”¹²⁰, ha tenido ocasión de señalar que la incompetencia alegada por la entidad pública emisora de títulos públicos respecto a las facultades del órgano que había emitido el Prospecto de la emisión resultaba inoponible al tenedor de los títulos, toda vez que –señaló– “ello no podría hacerse valer respecto de terceros que de buena fe confiaron en que el documento emanaba del organismo emisor”¹²¹, máxime si –como ocurría en el caso– había tenido intervención aprobatoria “...la Comisión Nacional de Valores sin que la entidad lo desautorizara en ningún momento...”¹²². Adicionalmente, en dicha causa, la Corte Suprema sostuvo que “...si a juicio de la entidad emisora hubo error o discordancia entre las fechas fijadas en el Prospecto y las normas reglamentarias en la materia”, “...no puede pretenderse que esa **situación interna** del ente emisor pueda hacerse valer contra terceros de buena fe que se atuvieron a las informaciones del Prospecto...”¹²³.

Esta doctrina fue luego reafirmada por el Tribunal en el año 1995 al fallar en el ya citado caso “Caja de Valores S.A. v. Provincia de Buenos Aires y otra”, donde la Corte realzó la relevancia del hecho que los títulos públicos objetados como falsos hubiesen sido suscriptos por el Ministro de Economía de la Provincia emisora, motivo por el cual entendió comprometida la responsabilidad del gobierno emisor. Para así resolver, la Corte Suprema –con remisión a la causa antes mencionada– sostuvo que “Así lo determina el accionar que cabe exigir a las entidades demandadas y la confianza que deben inspirar a los ciudadanos las

¹²⁰ Fallos 302 : 1065, fallo del 30/9/80.

¹²¹ Considerando n° 5)

¹²² Considerando n° 5)

¹²³ Considerando n° 9), tercer párrafo, el resaltado nos pertenece.

*garantías ofrecidas por el Estado. Resultaría impropio perder de vista que el interés que despierta en la población un empréstito de carácter público y voluntario como el que da origen a este caso encuentra su razón de ser, por un lado, en las condiciones favorables y especiales que en aquellos se ofrecen y, por otro, en la confianza, seriedad y responsabilidad de la entidad emisora y del Estado que lo garantiza”*¹²⁴.

Como se puede observar, para la jurisprudencia del Máximo Tribunal de la Nación en materia de empréstitos públicos, la *confianza* depositada por el inversor en el cumplimiento por parte del Gobierno emisor de las obligaciones comprometidas en los títulos públicos emitidos y garantizados por éste, resultan –de suyo– una circunstancia suficiente para que el Estado emisor no pueda exonerarse de responsabilidad alegando el incumplimiento –de parte de sus órganos– de las normas que rigen su accionar¹²⁵.

Así, en el dilema de privilegiar la “*legalidad*” frente a la “*confianza*” depositada por el adquirente de títulos públicos en que el Gobierno emisor que los ha lanzado al mercado ha respetado el ordenamiento jurídico que rige su actuación, la Corte se inclina –claramente– a favor de este segundo valor¹²⁶. Es, adicionalmente, esa *apariencia* de legalidad que otorga la circunstancia que el emisor sea una entidad pública –cuya actuación, dicho

¹²⁴ Fallos 318 : 1322, considerandos n° 19) y 20), respectivamente.

¹²⁵ A estos efectos, téngase en cuenta que –tal como lo hemos señalado en el texto– las normas establecidas en la Ley 24.156 de cumplimiento en materia de crédito público, imponen trámites y actos interadministrativos e interorgánicos dirigidos, por tal motivo, exclusivamente a los órganos y personas públicas estatales y no a los administrados. De esta forma, el obligado al cumplimiento es el sujeto estatal y no el particular. En esta línea de ideas, la jurisprudencia se ha manifestado contraria a admitir validez a que la Administración se niegue a pagar un certificado de obra pública por carecer de partida presupuestaria, puesto que –se entendió– se trataría de una circunstancia exclusivamente imputable al Estado y no al particular, motivo por el cual las consecuencias de dicha omisión no podrían hacerse recaer sobre éste, cfr. CNCont. Adm, Sala II, 19/9/98, in re «Ute Macolm SRL y otro v. Ministerio de Defensa», en especial, considerando n° 6) in fine, con ejemplar cita de MARIENHOFF, publicado en L.L. Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo del 18/6/98, p. 36 y ss, en especial, p. 39.

¹²⁶ Legalidad vs. Confianza, es –en definitiva– el gran dilema que rodea la actuación del Estado, tal como lo señala COVIELLO, Pedro, «La Confianza Legítima», E.D. Revista del 4/5/98, p. 12.

sea de paso, recordemos que se presume legítima— lo que justifica una solución como la propugnada¹²⁷.

Ahora bien, en nuestro entender, la solución que propugna el artículo 66 de la Ley 24.156 sería admisible —con las limitaciones y aclaraciones que más adelante puntualizaremos— en aquellos casos en los cuales (i) la falta de cumplimiento de tales presupuestos legales fuese ostensible para un inversor común —supuesto que corresponderá analizar en cada caso— o bien (ii) quien adquiere los títulos sea un profesional que habitualmente se dedica a invertir en esta clase de activos y que, por tal carácter, previo a decidir la inversión ha tenido la oportunidad de efectuar un análisis o auditoría de la legalidad de la emisión, supuesto éste donde la noción de culpa profesional adquiere campo de aplicación¹²⁸.

Si bien en tales casos se justifica que el acreedor no pueda pretender el mantenimiento de las condiciones pactadas, la mentada inoponibili-

¹²⁷ Reparemos en que, tal como lo enseña COVIELLO, el instituto de la «confianza legítima» tuvo su origen en la jurisprudencia alemana como una reacción contra la rígida aplicación del principio de legalidad en aquellos casos en que su seguimiento habría determinado la nulidad de un acto favorable al administrado. Así, el Tribunal Administrativo Superior de Berlín —en fallo luego confirmado por la Corte Federal— pudo resolver en un caso que no correspondía la revocación de un acto administrativo por lo cual la Administración tuvo que continuar pagando una pensión, cfr. COVIELLO, Pedro, «La Confianza Legítima», ob. cit., E.D. Revista del 4/5/98, p. 1. Se trata —como se ha dicho— de la solución «maximalista» en materia de protección de la confianza (mantenimiento de la estabilidad y eficacia del acto ilegal), hoy vigente como principio, por ejemplo, en el derecho suizo (cfr. CALMES, Sylvia, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, ed. Dalloz, Paris, 2001, p. 439 y ss). Adicionalmente, parecería ser que, en el criterio de la Corte Suprema, en las operaciones de empréstito público, el interés público está mayormente comprometido en el cumplimiento de las obligaciones asumidas que en la vigencia de la legalidad; diferenciándose, así, este tipo de contrataciones de aquellas otras —vgr. obras públicas— donde la falta de cumplimiento de los recaudos legales determinaban la ilegalidad del contrato. Sobre la dialéctica relativa al mayor compromiso del interés público en el mantenimiento de un contrato nulo que en su revocación por ilegalidad, ver el profundo y erudito trabajo de MURATORIO, Jorge I., «*Los Contratos Administrativos viciados de nulidad absoluta* (Acción de lesividad. Alternativas)», L.L. Revista del 4/9/95, p. 1 y ss.

¹²⁸ Cfr. C.C. artículo 902. Tal sería el caso, por ejemplo, de una entidad financiera que decidiera suscribir en firme la emisión de los títulos para luego, por su parte, negociarlos en los mercados de capitales. En tales casos, la práctica financiera indica que las entidades realizan una auditoría sobre la legalidad de los procedimientos de emisión de deuda pública (“due diligence”) que les permite advertir la suficiencia —o no— de las autorizaciones y demás requisitos legales.

dad al Estado Nacional no puede importar, de modo alguno, la inaplicabilidad de los principios que rigen el enriquecimiento sin causa.

En efecto, téngase en cuenta que –en tales casos– el particular ha adelantado los fondos al Estado emisor, con lo cual –en principio– el receptor de tales fondos habría obtenido un beneficio que, de considerarse nula la emisión¹²⁹, resultaría incausado. De allí pues que, en tal caso, resultarán de aplicación las disposiciones contenidas en los artículos 1052 y siguientes del Código Civil que, receptando el principio de justicia que enmarca al instituto del enriquecimiento sin causa¹³⁰, regula las consecuencias patrimoniales de la anulación de actos jurídicos bilaterales; principios y normas éstas que han sido aplicados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de contratos administrativos anulados judicialmente¹³¹.

¹²⁹ Así, BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, Tomo II, ob. cit, p. 442. En este sentido, útil es señalar que el autor citado sostenía que, ante la ausencia de la autorización legislativa, el empréstito no era nulo sino anulable, toda vez que si el Congreso posteriormente otorgaba la aprobación, el vicio quedaba saneado. Este criterio, respecto a la falta de “crédito legal previo” en materia de licitaciones de obra pública, fue el seguido por la Procuración General de la Nación y por el voto del Juez BELLUSCIO en el conocido caso “Libendisky, Jorge S.A. v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, fallo del 12/3/87, publicado en Fallos 310 : 548 y en E.D. 125 : 270 con nota de BIANCHI, Alberto, “El crédito legal previo como requisito presupuesto de una licitación”; sobre los efectos de la falta de crédito legal previo en materia de licitación, ver CASSAGNE, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1999, p. 44 y ss.

¹³⁰ En nuestro entender las disposiciones contenidas en el Código Civil sobre el particular se corresponden no exclusivamente al campo del derecho privado, sino del derecho público también por enmarcarse en elementales principios de justicia. Sobre las dificultades que el instituto ha tenido en su aceptación en el campo del derecho administrativo, ver MODERNE, Franck, *Les quasi-contrats administratifs*, Dalloz, Paris, 1995, p. 37 y ss.

¹³¹ Así, por ejemplo, in re “Empresa Constructora Schmidt c/ Provincia de Mendoza”, L.L. 8-789 e in re «Stammei», del 17/11/87, J.A. 1989 -II-89. No obstante, cabe señalar que, recientemente, la Corte Suprema ha denegado la procedencia de indemnización por enriquecimiento sin causa en supuestos de contratos anulados por no haberse seguido los procedimientos de contratación reglados, ver así, in re “Más Consultores Empresas Sociedad Anónima v. Santiago del Estero, Provincia de s/ cobro de pesos”, causa M.265.XXXIII. Originario, publicado en E.D. Suplemento de Jurisprudencia y Doctrina en Derecho Administrativo del 28/7/2000, pág. 14 y sigs; y también, in re “Ingeniería Omega S.A. v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, del 5/12/2000, publicado en E.D. Suplemento de Jurisprudencia y Doctrina en Derecho Administrativo del 30/3/2001, pág. 12 y sigs. Sin perjuicio de ello, cabe señalar que en el ya citado caso “Brunicardi”, la Procuración General de la Nación, al sostener la ilegalidad del empréstito –por haber sido contratado por un gobierno de

De esta forma, la circunstancia que la ley disponga la responsabilidad personal del funcionario interviniente, tal como lo ha declarado la jurisprudencia española, no excluye la compensación del Estado por vía del instituto del enriquecimiento sin causa¹³².

VI. COROLARIO

Como corolario de lo expuesto, amén que el tema en cuestión –por sus peculiaridades y trascendencia– exigirían un desarrollo mayor al realizado por nosotros, tres son las reflexiones que éste nos motiva:

La primera, que si bien un más certero y preciso desarrollo de los principios de responsabilidad del Estado en esta materia ayudarían a otorgar mayor seguridad jurídica a las operaciones y, consecuentemente, a una mejor calificación de la deuda pública argentina, no debemos pasar por alto que el papel preponderante en la materia lo tiene la confianza que el inversor tenga en el cumplimiento de las obligaciones asumidas por parte del Estado emisor. Así, de nada servirá al crédito de la Nación un desarrollo pleno del instituto de la responsabilidad del Estado emisor si, a la par de ello, el Estado no cumple con sus compromisos. La confirmación de la actual vigencia de la vieja y gallarda tradición que el Estado Argentino ha honrado sus obligaciones internacionales, será el mejor reaseguro del desarrollo del crédito nacional.

La segunda, que si además de a un Estado de Derecho, aspiramos a la plena vigencia de un Estado Democrático, la plena responsabilidad del Estado es un requisito necesario pero no suficiente. Para el logro de la plenitud del Estado Democrático es menester la existencia real y concreta de la responsabilidad política. En nuestro entender, todas aquellas posiciones que pretenden ya hiperresponsabilizar al Estado por cualquier daño, ya, tornarlo irresponsable, pretenden suplir –por vía de las instituciones jurídicas– la gran carencia de nuestro sistema: una real y efectiva responsabilidad política de los gobernantes y servidores públicos. Sólo un desarrollo

facto– invocó la aplicación, al caso, del instituto del enriquecimiento sin causa, cfr. Fallos 319 : 2886, en especial, pág. 2895, apartado –VI– in fine.

¹³² Ver, en este sentido, REBOLLO PUIG, Manuel, *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 403 y ss.

afianzamiento de esta última responsabilidad nos consolidará como un verdadero Estado Democrático. Pensemos la importancia de lo expuesto ante una materia como la tratada en el presente trabajo, donde suele ocurrir que los gobiernos que contraen las deudas no son los que las terminan cancelando.

La tercera, y definitiva, hace ya al planteamiento general de la temática de la responsabilidad del Estado. La experiencia demuestra que el ingenio del hombre de leyes podrá idear teorías para justificar desde la más absoluta de las responsabilidades hasta la más sutil –pero fatal– de las irresponsabilidades públicas. Mas, el requerimiento de las personas concretas para la solución de los problemas que se plantean en sus relaciones con el Estado, es –generalmente– ajeno a dichas teorías. Lo requerido es, en definitiva, una gran dosis de sentido común. En rigor de verdad, el *mensaje* de la responsabilidad del Estado no puede estar dirigido exclusivamente a los hombres de leyes sino al hombre común, quien es el que, en definitiva, termina sufriendo las consecuencias del uso –y del abuso– del instituto.

