

Voces: ENTIDAD FINANCIERA ~ DEPOSITO BANCARIO ~ EMERGENCIA ECONOMICA ~ DERECHO DE PROPIEDAD ~ MONEDA EXTRANJERA ~ OBLIGACION EN MONEDA EXTRANJERA ~ DOLAR ~ PESIFICACION ~ DAÑOS Y PERJUICIOS ~ RESTRICCIONES FINANCIERAS ~ INDEMNIZACION ~ DEPOSITO A PLAZO

Título: Daños, pesificación e irresponsabilidad de los bancos. Una respuesta

Autores: Saravia Frías, Bernardo Mazzinghi, Marcos

Publicado en: LA LEY 03/07/2007, 03/07/2007, 6 - LA LEY2007-D, 292

Fallo comentado: [Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D \(CNCom\)\(SalaD\) ~ 2007/05/08 ~ Reichenbaum, Liliana C. c. Banco Bansud S.A.](#)

Cita Online: [AR/DOC/2089/2007](#)

Sumario: SUMARIO: I. Introducción. — II. Argumentos a rebatir. — III. Conclusión.

I. Introducción

Motiva el presente comentario ensayar algunas reflexiones en torno a la opinión vertida por el Dr. Andrés Gil Domínguez en su artículo "Daños, pesificación e irresponsabilidad de los bancos", publicado en LA LEY del 13 de junio de 2007, en el que su autor vuelca ciertas consideraciones que a nuestro juicio merecen ser precisadas, cuando no refutadas, a cuyo fin abocaremos nuestros esfuerzos, en pos de enriquecer el debate de ideas.

El artículo citado comenta un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala D, dictado en la causa "Reichenbaum, Liliana Claudia c. Banco Bansud S.A. s/ordinario" en el que la sala resolvió confirmar la sentencia de grado que rechazó la demanda promovida por la actora por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la aplicación de la normativa de emergencia. Dicha pretensión resarcitoria se fundó -entre otros argumentos que no vienen al caso considerar- en que la entidad financiera demandada no debió cumplir con las normas de emergencia sino en todo caso promover una acción de amparo en defensa de los depositantes, deviniendo en consecuencia responsable por esta actitud omisiva.

Resulta indispensable aclarar que lejos está nuestra intención de defender la constitucionalidad de la normativa de emergencia, cuestión sobre la que ya nos hemos pronunciado antes de ahora, oportunidades en la que hemos efectuado nuestra enconada crítica a distintos aspectos de esa abyecta creación de nuestra mediocre y contumaz dirigencia política (1).

II. Argumentos a rebatir

Son varias las opiniones vertidas en el trabajo bajo análisis con las que disentimos, sin perjuicio de lo cual nos concentraremos en aquellas que entendemos se erigen en piedras basales de la posición de su autor respecto a este tema.

(i) Supuesta responsabilidad de los bancos por la falta de promoción de acciones judiciales que cuestionen la normativa de emergencia

Cuestionando duramente el decisorio judicial antes mencionado, el autor citado comienza por esbozar una singular definición de la emergencia, a la que no duda en calificar como "ente generador de afectaciones susceptibles de evaluación (sic)" para concluir después que la misma ha causado dos tipos de daños y perjuicios: (a) uno de carácter objetivo que estaría representado por el daño moral, y (b) otro de naturaleza subjetivo (daño emergente y lucro cesante), que quedaría sujeto a las probanzas del caso.

Siguiendo con su línea argumental, sostiene que estos daños y perjuicios no sólo deben ser reparados por el sujeto emisor de las normas, sino por los sujetos que habiéndose beneficiado directa o indirectamente por estas últimas, no cuestionaron judicialmente las mismas, a quienes dirige luego todo su encono (a criterio del autor bajo análisis habrían sido las entidades financieras las principales beneficiarias de la normativa de emergencia, y por dicho motivo deberían haber impugnado judicialmente la constitucionalidad de esta última).

Como ya se adelantara y con una argumentación jurídica a nuestro criterio inapelable, la Cámara rechaza esta postura y reprocha a la actora no haber individualizado la fuente normativa que imponía a las entidades financieras el deber de promover una acción judicial contra el bloque normativo pesificador, destacando asimismo que no existe representación o mandato alguno que habilite a las entidades bancarias a accionar en nombre, defensa o interés de los depositantes.

La primera observación que puede realizarse al trabajo bajo escrutinio tiene que ver con la llamativa definición de emergencia que allí se efectúa. No fue un ente abstracto el que miríficamente generó la normativa de emergencia. Se trata de un responsable claramente identificable: el Estado, el poder público o el mando, como prefiera llamárselo (2). Sin perjuicio de las reflexiones que se puedan hacer entre otros, con Ortega, respecto de qué es el Estado, dónde está y quién lo compone (sobre todo quién lo compone), lo es cierto que fue el Estado argentino (que no es otra cosa que el rostro visible, la condensación de la sociedad) el que dio origen a ese bloque de normas. Y más allá de las valoraciones que uno pueda efectuar respecto de su contenido, esas normas fueron disposiciones imperativas, mandatos en sentido pleno (3). Fue sin duda un hecho del príncipe, que en palabras de nuestro Supremo Tribunal, "en medio de una crisis de alcances nunca antes vistos en la

historia de nuestro país", dictó esas normas (4). Esta aclaración inicial resulta indispensable en el análisis, ya que permite determinar, en términos de responsabilidad, a quién corresponde endilgar primordialmente las consecuencias de la maraña normativa en estudio. Las entidades financieras no legislaron sino que fueron destinatarias, como otras varias personas, de aquel decisionismo vertiginoso, y destinatarias sujetas a un régimen de control más intenso y profundo como es aquel aplicado por el Banco Central de la República Argentina. En definitiva, el que perjudicó a otros violentando el principio alterum non laedere fue el Estado Argentino y no los bancos, quiénes lejos estaban de tener poder legisferante para crear o dictar norma alguna.

La segunda observación al trabajo citado tiene que ver con la visión notablemente sesgada que deja traslucir de la emergencia, de sus causas y de sus consecuencias. Alejándose de un análisis equilibrado y objetivo, allí se sostiene que las entidades financieras fueron las principales beneficiarias de la normativa de emergencia, soslayando olímpicamente el hecho de que el decreto 214/2002 ordenó la conversión a Pesos de todas las obligaciones expresadas en moneda extranjera, dentro de las que obviamente quedaron incluidas las diferentes operaciones activas que en forma de préstamos los bancos habían desembolsado con los fondos captados de los depositantes. Haciendo gala una vez más de su ineptitud e ignorancia, los paladines de la "pesificación" decidieron, vaya uno a saber en base a que extraña fórmula de alquimia, que los depósitos constituidos en las entidades financieras se pesificaran a \$1,40 más el Coeficiente de Estabilización de Referencia por cada Dólar Estadounidense, mientras que los préstamos que las entidades financieras desembolsaron con esos mismos fondos fueron convertidos a Pesos a \$1 por cada Dólar Estadounidense, configurándose así la aberración jurídica de la confiscación del derecho de propiedad de miles de personas, dentro de las que sin lugar a dudas quedaron incluidas las entidades financieras, a través de lo que se conoció como "pesificación asimétrica". Pero esto no fue todo para estas últimas. También se vieron afectadas por lo que se conoció como indexación asimétrica (la mayor parte del pasivo de las entidades financieras se ajustó por el Coeficiente de Estabilización de Referencia mientras que la mayor parte de su activo debía ajustarse mediante la aplicación de otro coeficiente, el Coeficiente de Variación de Salarios) (5), y como colofón a ese monumento a la torpeza se puede mencionar a solo título ilustrativo: la reestructuración forzosa de las obligaciones a plazo (6), la confiscación de saldos de las cuentas abiertas en el Banco Central de la República Argentina (7), la conversión a pesos de operaciones de pase con el Banco Central de la República Argentina (8), la pesificación de los títulos de deuda pública denominados en dólares, la reducción de las tasas de interés de los Préstamos Garantizados (9), la pesificación de los contratos de derivados en los que un banco era parte (10), entre otras confiscaciones. Lo expuesto deja entrever que las entidades financieras no fueron tan victimarios como algunos pretenden. Las entidades financieras deberán responder por los errores y abusos que hayan cometido durante dicho período, pero deberán hacerlo de acuerdo al derecho aplicable (siempre de acuerdo al derecho aplicable y no de acuerdo a visiones fragmentarias) y tomando en cuenta que también fueron víctimas y sufrieron cuantiosas pérdidas.

Un análisis integral de la situación no puede desconocer este dato de la realidad, por lo que sostener livianamente que las entidades financieras fueron las principales beneficiarias de la normativa de emergencia no se condice con los hechos.

Es indiscutible que durante el año 2001 hubo una salida de capitales del sistema financiero argentino sin precedentes que dio lugar a que en Diciembre de ese año se implementara el famoso "corralito", que en su primera versión buscó frenar el drenaje de esos fondos para evitar el quiebre de todo el sistema, fijando restricciones sobre la disponibilidad de los fondos pero sin alterar la moneda en que estaban expresados los mismos, mientras que su segunda versión "remixada" fue la que se dio en llamar "corralón", que ordenó, entre otras cuestiones, cambiar la moneda en la que se encontraban denominadas numerosas obligaciones. Curiosamente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo inicialmente que las restricciones del corralito eran inconstitucionales (11), cambiando posteriormente de criterio (y lógicamente también de composición) hasta llegar a respaldar tibiamente la constitucionalidad del corralito y el corralón en los precedentes Cabrera, Bustos y más recientemente Massa.

¿Qué hubiera ocurrido si el Estado Nacional no implementaba estas medidas y las personas físicas y jurídicas continuaban retirando masivamente los fondos del sistema financiero?

Muy probablemente este hubiera colapsado, permitiendo que sólo unos pocos obtuvieran la restitución de sus depósitos, mientras que la gran mayoría de los ahorristas se hubiera quedado con las manos vacías, sobre todo aquellos que tenían sus fondos depositados en bancos públicos y privados de capital nacional, que eran los que presentaban la situación más apremiante en términos de liquidez (12).

De ahí a sostener que las entidades financieras fueron las principales beneficiarias de la normativa de emergencia hay una gran distancia, por lo que no corresponde cargar todas las tintas sobre uno solo de los actores de la crisis de ese momento y menos aún responsabilizarlas por no haber promovido acciones judiciales en contra de una normativa que también debieron sufrir en carne propia.

Aun cuando por vía de hipótesis se admitiera que las entidades financieras habrían resultado beneficiadas por la aplicación de la normativa de emergencia, no se advierte en carácter de qué debieron haber impugnado la constitucionalidad de esta última, como si la calidad de "beneficiario" de una determinada normativa estuviera íntimamente asociada con el deber de impugnar la legitimidad de la misma. Forzando un poco el argumento del

trabajo en cuestión, podría sostenerse que los deudores del sistema financiero que pudieron "licuar" sus deudas en dólares estadounidenses mediante la pesificación (\$1 = a US\$ 1) de las mismas, deberían haber interpuesto una acción de amparo en contra de esa normativa, ya que ellos claramente se vieron beneficiados por su aplicación, y apremiando aún más el razonamiento, se podría sostener que los usuarios de los servicios públicos que mantienen sus tarifas congeladas hace más de 6 años deberían también haber cuestionado judicialmente dicha normativa, ya que ellos se vieron ostensiblemente beneficiados por el congelamiento de dichas tarifas en desmedro de las empresas que prestan esos servicios.

Por último, el especial control estatal al que se encuentran sometidos los bancos a través de las específicas disposiciones dictadas por la autoridad de aplicación en la materia, hacen aún más peregrina la pretensión de que aquellas hubieren podido interponer así, sin más, acciones de amparo en representación, por cuenta y orden o como se quiera, de sus depositantes (13).

(ii) Falta de configuración de los presupuestos de la responsabilidad civil

En su afán por justificar el deber de las entidades financieras de promover acciones judiciales que impugnaran la constitucionalidad de la normativa de emergencia, el autor del trabajo que se está analizando trae a colación un fárrago de ilustradas citas doctrinarias y jurisprudenciales que respaldarían dicha posición, tales como el precedente "Aquino" (LA LEY, 2004-F, 95), el art. 19 de la Carta Magna en su primera parte y diversos pactos y tratados internacionales de jerarquía constitucional.

De ninguna de las normas y antecedentes jurisprudenciales arriba citados se deriva la obligación de las entidades financieras de impugnar la normativa de emergencia y paradójicamente, parte de la misma dispone expresamente lo contrario. En efecto, el art. 19 de la Constitución Nacional recepta en su último párrafo el principio de legalidad, conforme al cual nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe (14).

Por su parte, el art. 1074 del Cód. Civil dispone que "toda persona que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir con el hecho omitido" (el resaltado es nuestro). Finalmente, en cuanto al antecedente jurisprudencial "Aquino", entendemos que la Corte no consagró allí un régimen de responsabilidad distinto o superior al establecido en nuestra ley común, sino que en todo caso cuestionó la constitucionalidad de una disposición del régimen laboral que justamente pretendía apartarse de este último con parámetros menos exigentes (15).

Es decir, que no se advierte cual es la relación que existe entre las citas jurisprudenciales y doctrinarias mencionadas más arriba y el deber de las entidades financieras de promover una acción de amparo contra la normativa de emergencia. En todo caso, lo único que puede extraerse de aquellas es el principio constitucional de que el daño debe ser reparado (y dicho resarcimiento debe ser íntegro), postura con la que no se puede más que coincidir pero que nada tiene que ver con el deber antes mencionado.

No podemos sino compartir la opinión de que el derecho a la reparación del daño tiene jerarquía constitucional, pero ese reconocimiento de ninguna manera exime a quien pretenda obtener un resarcimiento de la ineludible obligación de demostrar la configuración de los presupuestos de la responsabilidad civil fijados por nuestro ordenamiento, es decir, de la necesidad de demostrar la existencia de una conducta antijurídica, susceptible de causar un daño, que haya un factor de atribución y que ese daño pueda ser imputado a la conducta antijurídica a través del nexo causal o relación de causalidad (16).

No se advierte cuáles son los presupuestos de la responsabilidad civil que se habrían configurado para generar el deber de las entidades financieras de reparar los perjuicios ocasionados por la normativa de emergencia dictada por el Estado Nacional, ya que no se identifica cuál fue la conducta antijurídica llevada a cabo por el Banco, y cuál es el nexo causal que origina su deber de reparar estos últimos. Aplicar el régimen de responsabilidad civil como lo hizo la Cámara en el caso bajo estudio no es ni más ni menos que cumplir con la Constitución, no lo opuesto, como se insinúa en el trabajo del doctor Gil Domínguez. Livianas menciones desprovistas de contenido técnico jurídico tales como "cabe recordar las perversas maniobras que éstos [por los bancos, suponemos] urdían como obstáculos sociales (sic) cada vez que se intentaba ejecutar una sentencia de condena" o argumentar que pequeños ahorristas no pudieron salir del sistema "por ausencia de información veraz por parte de los operadores financieros (sic)" no refuerza el argumento sino que al contrario, lo debilita, demostrando el sesgo advertido en el inicio.

(iii) La cuestión de la legitimación

Uno de los argumentos centrales que esgrimió la Cámara para rechazar la pretensión resarcitoria de la actora fue que no quedó demostrada cuál era la legitimación con la que contaba la entidad financiera para intentar un reclamo por cuenta y orden de los depositantes.

De acuerdo al criterio del autor del trabajo aquí analizado, las entidades financieras —como supuestas directas beneficiarias de un régimen que les causó pérdidas millonarias— estaban obligadas a iniciar acciones de amparo por cuenta y orden de los depositantes, a fin de obtener la declaración de inconstitucionalidad de la normativa de emergencia. El citado autor omite explicar cuál es la legitimación con la que habrían contado las

entidades bancarias para iniciar acciones de semejante tenor por cuenta y orden de los depositantes, lo que a criterio de la Cámara constituye uno -entre otros- de los obstáculos insalvables que tornan improcedente la demanda de la actora.

Ahora bien, podría argumentarse que las entidades financieras estaban legitimadas para interponer acciones en contra de la normativa de emergencia no actuando por cuenta y orden de los depositantes sino en carácter propio, como verdaderos titulares de los fondos depositados por los ahorristas en los términos previstos en el art. 2191 del Cód. Civil, y alineados con la opinión de autorizada doctrina sobre la materia, que no duda en calificar como propios los fondos entregados al depositario de un depósito irregular (17).

Si se adhiere a la tesis de que los depósitos en las entidades financieras son depósitos irregulares, se podría sostener que el depositario de los mismos estaba facultado para impugnar la normativa de emergencia invocando un derecho propio, sin necesidad de arrogarse la legitimación de los depositantes.

De esta manera se solucionaría el tema de la legitimación, aunque se plantearía forzosamente el siguiente interrogante ¿Pueden las entidades financieras ser responsabilizadas por no haber cuestionado la validez de una normativa que afectaba el valor de sus depósitos propios?

La respuesta a este interrogante merecería un tratamiento autónomo que excedería el marco del presente trabajo, aunque no se puede resistir a la tentación de dejar planteadas algunas cuestiones que pueden ser útiles para tal fin.

En primer lugar es preciso destacar que tal como lo señaló expresamente la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D, en la causa "Reichenbaum, Lilitana Claudia c. Banco Bansud S.A. s/ordinario" no existe norma o principio legal alguno que obligue a las entidades financieras a impugnar la normativa de emergencia, criterio con el que coincidimos plenamente. Adicionalmente, nada impidió a los ahorristas que se sintieron agraviados por la normativa de emergencia a impugnar la misma, como de hecho hicieron en masa, registrándose un aluvión de reclamos judiciales sin precedentes en nuestro país.

Si pese a todo esto, las entidades financieras hubieran decidido impugnar la normativa de emergencia, cabe hacerse la siguiente pregunta:

¿Qué posibilidades reales habrían tenido de obtener una sentencia favorable a sus intereses en una eventual acción tendiente a impugnar la normativa que dispuso la conversión a Pesos de los préstamos desembolsados por los bancos a sus clientes?

Lógicamente que al impugnar la validez de la normativa de emergencia, las entidades financieras deberían haber cuestionado también la constitucionalidad de la conversión a Pesos de todas las operaciones activas otorgadas a favor de sus clientes (préstamos personales, saldos deudores en cuenta corriente, deudas por tarjetas de crédito, préstamos hipotecarios y prendarios, etc.).

¿Qué integrante del Poder Judicial de nuestro país habría estado dispuesto a decretar la inconstitucionalidad de la normativa que dispuso la conversión a Pesos de las deudas de las personas físicas y jurídicas con las entidades financieras?

Es un acto rayano en el cinismo exigirle a las entidades financieras que cuestionen la normativa de emergencia en un escenario en el que estas no pueden siquiera ejecutar las garantías que oportunamente fueron constituidas en seguridad de sus créditos (los que dicho sea de paso fueron convertidas a Pesos a razón de \$1 por Dólar Estadounidense) en función de las constantes prórrogas a la declaración de emergencia y suspensiones a los remates hipotecarios a que nos tiene acostumbrados el Poder Legislativo Nacional (18).

Las probabilidades de éxito de un reclamo tendiente a obtener la declaración de inconstitucionalidad de las normas que dispusieron la "pesificación" de los préstamos otorgados por las entidades financieras serían tan remotas que se acercaría a lo imposible, por lo que no corresponde responsabilizar a los bancos por no haber cuestionado la validez de las normas que ordenaron la "pesificación" de los depósitos bancarios, ya que estos últimos son el antecedente o la razón de aquellos.

Sostener lo contrario equivaldría a afirmar que las entidades financieras deberían haber soportado estoicamente la conversión a Pesos de sus operaciones activas (a razón de \$1 por Dólar Estadounidense adeudado) mientras que habrían estado obligadas a impugnar la normativa que dispuso la conversión a Pesos de sus operaciones pasivas (a razón de \$1,40 por cada Dólar Estadounidense), absorbiendo por sí solas la totalidad de las pérdidas causadas por el hecho del príncipe (19).

Pero no sólo las magras probabilidades de éxito conspirarían contra la viabilidad de un reclamo como el que se menciona más arriba, sino que este último presentaría también numerosos problemas de índole práctica, que no pueden ser pasados por alto.

¿Cómo deberían haber conciliado las entidades financieras el derecho de aquellos ahorristas que decidieron aceptar la normativa de emergencia y retirar los fondos convertidos a Pesos con el derecho de los demás ahorristas que optaron por reclamar sus depósitos en su moneda de origen?

(iv) Las demandas de daños y perjuicios

El autor del trabajo aquí analizado afirma que el "holding" del Fallo Massa sostiene que la indisponibilidad de los fondos generó daños y perjuicios, por lo que a su criterio es lógico casualmente inferir —desde la regla de reconocimiento constitucional argentino— que aquellos que se sometieron y defendieron las normas que conllevaron dicha indisponibilidad (y produjeron un gravamen) deban responder integralmente por los daños causados.

La primera aclaración que debe ser realizada es que el "holding" del fallo Massa no sostiene lo que en el trabajo citado se pone en boca de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, lo que implica una tergiversación que no puede dejar de ser señalada.

En el fallo Massa, la mayoría de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que la entidad bancaria debe abonar a la actora su depósito incluyendo los intereses pactados con la limitación temporal señalada convertido a pesos, a la ya indicada relación de \$1,40 por cada dólar, ajustado por el CER, más los intereses calculados a la tasa del 4% anual (20), y que con esta comprensión, y en virtud del resultado que se obtiene según lo expuesto en el considerando que antecede, cabe concluir que la aplicación de la normativa de emergencia, que ha dado motivo a la promoción de este amparo y de muchos otros litigios, no ocasiona lesión al derecho de propiedad de la actora (21).

Por los motivos expuestos precedentemente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación decidió dejar sin efecto la sentencia apelada, la que tanto en primera instancia como en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal había hecho lugar a la acción de amparo en lo relativo a la declaración de invalidez del decreto 214/2002 y sus normas complementarias y modificatorias y respecto del reconocimiento del derecho de la parte actora sobre los fondos que tenía depositados en la entidad financiera en dólares estadounidenses, estableciendo la validez del mecanismo de ajuste previsto por la normativa de emergencia, el que sólo es mínimamente modificado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que se limita a aumentar en un 2% la tasa de interés aplicable a los fondos del depósito convertidos a Pesos por dicha normativa.

Este y no otro es el "holding" del fallo Massa, por lo que asignarle cualquier otro sentido implica realizar una interpretación antojadiza y parcial del caso en cuestión, la que estaría fundada únicamente en el obiter dicta de un voto de uno solo de los Ministros de la Corte (Fayt) y no en la mayoría que resolvió la cuestión.

Si la mayoría de la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió que aplicando la fórmula del fallo Massa (que no es otra que la prevista por la normativa de emergencia con un incremento en la tasa de interés aplicable) no se causa perjuicio patrimonial al ahorrista, cabe rechazar la afirmación de que el propósito de la Corte fue el de responsabilizar a las entidades financieras por la indisponibilidad de los fondos del depósito, máxime si se tiene en cuenta que el régimen de reprogramación de depósitos bancarios no fue declarado inconstitucional (22).

Si la normativa de emergencia (dentro de la cual está incluido el cronograma de reprogramación de los depósitos bancarios) no fue declarada inconstitucional, no puede responsabilizarse a quien se limitó a cumplir con dichas normas. Lo contrario implicaría vulnerar el inveterado principio receptado por el art. 1071 del Cód. Civil, en cuanto dispone que el ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.

(v) Objetividad del daño moral

Un párrafo aparte merecen las afirmaciones vertidas en el artículo bajo análisis, en el sentido de que el daño moral surge objetiva y lógicamente de la emergencia, por lo que sólo resta discutir el monto indemnizatorio según las constancias del caso concreto.

Si bien es cierto que la doctrina y la jurisprudencia han exhibido laxitud y flexibilidad a la hora de acreditar el daño moral y han admitido que la existencia del mismo pueda demostrarse en base a presunciones hominis o iuris tantum (23), no lo es menos que ello no implica eximir al supuesto agraviado moralmente de demostrar la configuración de dicho rubro indemnizatorio, máxime en la órbita de la responsabilidad contractual, ámbito en el que resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 522 del Cód. Civil.

III. Conclusión

La crisis argentina no ha terminado, como lo demuestran supuestas introspecciones disfrazadas bajo análisis maniqueos y fragmentarios. Aquella se extiende más allá de los nefastos efectos sociales, políticos y económicos inmediatos que padecemos todos, incluso los bancos, en aquellos infaustos días de principio de siglo. Hasta que los argentinos no seamos capaces de llevar adelante una crítica objetiva y equilibrada de lo que pasó, hasta que no nos deshagamos del movimiento ideológico pendular que ha caracterizado a nuestra historia, bamboleante entre federales y unitarios, Braden o Perón, y más recientemente entre neoliberales y progresistas (que como en el coro de Aída, son los mismos neoliberales de otrora disfrazados ahora de progresistas), es muy probable que vivamos signados por las crisis, por los errores repetidos. Inmersos en la ambivalencia y el desprejuicio, no dudamos en lanzarnos furibundos a las calles cuando nos tocan el bolsillo pero nos resguardamos en un silencio pasmoso cuando violan las instituciones de la República.

Nihil nuovo sum sole (24). Más que referencias a cantantes de rock y su país esponja, conviene indagar en la

historia, maestra de la vida, y recurrir a las enseñanzas rectoras de Avellaneda, de Pellegrini, que con coraje y previsión, nos reintrodujeron en la senda de la continuidad, de la seriedad (de serie, de comportarse de la misma manera) y la previsibilidad. Es eso lo que necesita nuestra patria.

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723)

(1) Véase a tal efecto, "El Decreto PEN 992/02: Un golpe de muerte a los derivados financieros", publicado en El Derecho, 21/02/2003, "La responsabilidad de los administradores de fondos comunes de inversión", LA LEY, 2005-D, 1159 y "Compraventa de moneda a término, un nuevo precedente desalentador", LA LEY, 2007-A, 402. En cuanto a la dirigencia política, basta recordar los consejeros pérfidos y concusionarios que hoy ocupan encumbradas posiciones en organizaciones empresarias que referían a "aterrijos de aviones en la Avenida Carlos Pellegrini" para justificar el desvarío normativo dictado en aquellos aciagos días.

(2) ORTEGA Y GASSET, José, "Obras Completas", Ed Taurus, 2006, t. VI, p. 125.

(3) Idem, p. 840 y sigtes.. En cuanto a la responsabilidad del Estado en general ver MARIENHOFF, Miguel S., "Responsabilidad del estado por sus actos lícitos", ED, 127-711 y sigtes., CASSAGNE, Juan Carlos, "La responsabilidad del estado por su actividad legítima", ED, 131-467 y sigtes. y BARRAZA, Javier Indalecio, "Actualidad en la Jurisprudencia sobre la responsabilidad extracontractual del estado", LA LEY, 11/II/2000.

(4) Ver "Massa, Juan Agustín c. Poder Ejecutivo Nacional — dto. 1570/2001 y otro s/amparo ley 16.986", especialmente considerandos 6 y 7 (LA LEY, Sup. Especial, diciembre/2006, p. 47).

(5) Puede citarse como atenuante de esta asimetría, el hecho de que el Estado Nacional haya compensado a las entidades financieras mediante la emisión de un título público que cubriera esa diferencia, aunque no puede desconocerse que dichos títulos no cotizaban en ningún momento a su valor nominal, sino que lo hacían a un valor inferior, por razones varias, entre las que se destaca el hecho que habían sido emitidas por un Estado acostumbrado a "defaultear" sus obligaciones.

(6) Ver art. 6° del decreto 214 (Adla, LXII-A, 117).

(7) Ver art. 10 del decreto 214.

(8) Idem.

(9) Ver decreto 471/2002 (Adla, LXII-B, 1691).

(10) Ver decreto 992/2002 (Adla, LXII-C, 2978).

(11) Fallo "Smith, Carlos Antonio c. Poder Ejecutivo Nacional o Estado Nacional s/sumarísimo" - CSJN - 01/02/2002 (LA LEY, 2002-A, 770).

(12) Ningún sistema financiero por más robusto que sea puede soportar una salida ininterrumpida y permanente de fondos sin verse seriamente afectado. Ver por ejemplo, LARRAIN, Felipe B. y SACHS, Jeffrey D., "Macroeconomía en la economía global", Pearson Prentice Hall, segunda edición, 2003, ps. 600, 601 y 618.

(13) Ver ley 21.526 (Adla, XXXVII-A, 121), reglamentarias y modificatorias, en especial su art. 4°.

(14) Ver, entre otros, BIDART CAMPOS, Germán, "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", Ediar, 2000, t. I-A, ps 801 y ss. No desconocemos que el principio de legalidad está atado a lo que la jurisprudencia y doctrina han dado en llamar principio de razonabilidad, y que sería factible argumentar que la normativa de emergencia no satisface este último principio, razón por la que se podría llegar a sostener que no aplicaría el principio de legalidad. Sin embargo, debe remarcarse que ese análisis o control de razonabilidad le corresponde al poder judicial no bastando a tal efecto la mera interpretación que un supuesto beneficiado por esas disposiciones realice. En otras palabras, si el Tribunal Superior no declara la inconstitucionalidad de la normativa de emergencia el principio de legalidad es plenamente aplicable.

(15) Así por ejemplo, en el considerando 7° del fallo se expresó que "por ende, no se requiere un mayor esfuerzo de reflexión para advertir que la LRT [por el artículo 39 inc. 1° de la Ley de Riesgos de Trabajo], al excluir, sin reemplazarla con análogos alcances (el resaltado es nuestro), la tutela de los arts. 1109 y 1113 del Cód. Civil, no se adecua a los lineamientos constitucionales antes expuestos..."

(16) Véase a tal efecto ALTERINI, Atilio, "Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales", Abeledo Perrot, segunda edición actualizada, p. 159. La reglamentación estricta del daño y no a través de circunloquios a otras normas, se remonta a la ley de las XII tablas y fue notoriamente regulada por la ley Aquilia, así llamada en honor al tribuno Aquilio que convocó al plebiscito para reglamentar esta materia. Ver PETIT, Eugene, "Tratado Elemental de Derecho Romano", Ed. Universidad, 1999, p. 435.

(17) GARRIGUES, Joaquín, "Contratos Bancarios", p. 368 y sigtes.. Con la magistralidad que lo caracteriza, este autor explica la diferencia entre el depósito regular e irregular enseñando que en el depósito normal o regular el depositante sigue siendo dueño de la cosa depositada. En el depósito de cosas fungibles (depósito irregular) el depositario adquiere su propiedad y puede consumirlas devolviendo al final del depósito otro tanto de la misma especie y calidad. La adquisición por el depositario de la propiedad de la cosa depositada es la nota característica de la figura irregular del depósito. Esta opinión fue vertida en el voto de la doctora Highton de Nolasco en el caso "Bustos, Alberto Roque y otros c. Estado Nacional y otros s/amparo", en el considerando 24 (LA LEY, Sup. Especial, octubre/2004, p. 41).

(18) Ver leyes 25.820, 26.084, 26.103 y 26.167 (Adla, LXIV-A, 38; LXVI-B, 1367).

(19) No hay que sorprenderse de que existan numerosas voces que apoyan dicha tesis, con fundamento en el poco sólido argumento de que "los bancos ganaron mucha plata durante la década del noventa".

(20) Considerando 19 del Fallo Massa.

(21) Considerando 20 del Fallo Massa.

(22) El régimen de reprogramación de depósitos fue fijado por las Resoluciones del Ministerio de Economía N° 6 y 9 del año 2002, por la Comunicación del Banco Central de la República Argentina "A" 4182, y normas complementarias y modificatorias.

(23) BUERES, Alberto - HIGHTON, Elena, "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial", t. 3 A, p. 183.

(24) No hay nada nuevo bajo el sol.