



Cuadernos de Cijuso

"El saber nos hace mejores"

REVISTA ELECTRÓNICA de artículos de doctrina de la Fundación Ciencias Jurídicas y Sociales

DERECHO ECONÓMICO

El Derecho ante la inflación.
Por Eduardo Barreira Delfino

DERECHO AMBIENTAL

El Derecho Ambiental en el Nuevo Código Civil y Comercial: Una Bienvenida esperada y crítica.
Por Hugo Mauricio Trigo

DERECHO DEL TRANSPORTE

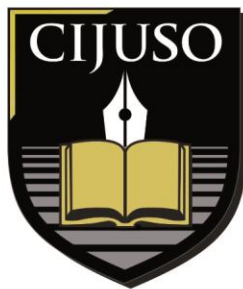
La constitucionalización del Derecho del Transporte.
Por Luis Cavalli

DERECHO DEL CONSUMIDOR

Los Daños Punitivos en el Derecho Argentino. Experiencia en el Derecho comparado.
Por Fernando Shina

CONTRATOS

Contratos Bancarios y servicio de caja de seguridad en el Nuevo Código Civil y Comercial.
Por Jorge Oscar Rossi



Fundación Ciencias Jurídicas y Sociales
www.cijuso.org.ar

LIBROS CIJUSO

Instituto de Capacitación del Colegio de Abogados
de la Provincia de Buenos Aires



Desde 1992 capacitando a abogados y estudiantes de Derecho



Certificados avalados por el
COLPROBA y la Fundación CIJUSO

Cursos presenciales

Solicitados por los Colegios de Abogados

Cursos a distancia

A través de nuestra plataforma www.cijuso-online.org.ar

Convenios

Coorganización de jornadas y congresos

Formación para personal de los Colegios de abogados

Formación básica de mediadores

Capacitación continua para mediadores

E-books

Carreras

SECCIONES Y NOVEDADES

Facebook 

 Fundación-Cijuso

CijusoMED AREA DE PREVENCIÓN, GESTIÓN Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

 www.cijuso.org.ar/resoluciondeconflictos

CURSOS A DISTANCIA EN AULA VIRTUAL

 www.cijuso-online.org.ar

NOVEDADES

 www.blogcijuso.org.ar

Twitter

 @FundacionCijuso

Libros Cijuso

 www.libroscijuso.org.ar

Youtube

 Cijusotv

Google+

 cijusoonline

Cuadernos de Cijuso

El Saber nos hace mejores

Revista de la Fundación Ciencias Jurídicas y Sociales del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires

Dirección editorial: Jorge Oscar Rossi

Diseño de tapa e interior: Carolina Flora Díaz

www.cijuso.org.ar

www.libroscijuso.org.ar

Año I - Nº 4 – Julio de 2015

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina

Los CUADERNOS DE CIJUSO tienen como objetivo difundir los trabajos de los docentes, investigadores y alumnos de la Fundación Ciencias Jurídicas y Sociales del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, así como de colaboradores de otras instituciones, con el fin de crear un espacio para el intercambio de ideas. El Consejo Editorial se reserva el derecho a rechazar la publicación de material que no está de acuerdo con estos objetivos. Los autores son responsables de los trabajos firmados.

Está permitida la transcripción de estos artículos, a condición que se cite la fuente, la autoría, no se realicen modificaciones al texto y la publicación no persiga fines comerciales.

Fundación CiJuSo

Villanueva 908, CP 1426, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina

Teléfono: (54-11) 4899 -1856 / 4899-1657 Fax: 4899-1656

info@cijuso.org.ar

Cuadernos de Cijuso

Autoridades de la Fundación CiJuSo

Presidente: Dr. Gerardo Rafael SALAS (Bahía Blanca)

Secretario: Dr. Guillermo Ernesto SAGUES (San Isidro)

Tesorero: Dr. Eduardo Gabriel SREIDER (Moreno-Gral. Rodríguez)

Prosecretario: Dra. Adriana Cecilia COLIQUEO (Avellaneda-Lanús)

Protesorero: Dr. Damián Alcides PIMPINATTI (Pergamino)

Vocales: Dr. Sergio Gustavo VOLANTE (Azul)

Dr. Mateo LABORDE (Mercedes)

Director Académico

Dr. Adrián Sergio CETRANGOLO

Secretario de Investigación

Dr. Justino Mario BERTOTTO

Director de Capacitación a Distancia y Publicaciones

Dr. Jorge Oscar ROSSI

Índice

Derecho Económico

El Derecho ante la inflación

Por Eduardo A. Barreira Delfino

Pág. 8

Derecho Ambiental

El Derecho Ambiental en el Nuevo Código Civil y Comercial: Una Bienvenida esperada y crítica

Por Hugo Mauricio Trigo

Pág. 30

Derecho del Transporte

La constitucionalización del Derecho del Transporte

Por Luis Cavalli

Pág. 43

Derecho del Consumidor

Los Daños Punitivos en el Derecho Argentino. Experiencia en el Derecho comparado

Por Fernando Shina

Pág. 54

Contratos

Contratos Bancarios y servicio de caja de seguridad en el Nuevo Código Civil y Comercial

Por Jorge Oscar Rossi

Pág. 83

Derecho Económico

El Derecho ante la inflación

Por Eduardo A. Barreira Delfino¹

1. Introducción.

La realidad económica de la actualidad vuelve a indicar que existen presiones crecientes por el lado de la demanda (mayores consumos y aumentos de salarios), las cuales se contraponen con paulatinas restricciones del lado de la oferta (insuficiencia de inversiones y limitaciones productivas); todo ello dentro de un contexto de gasto público desmesurado e ineficiente y su cara gemela la sobre expansión monetaria. Estas circunstancias son demostrativas de una situación estructural crujiente, que se va manifestando y verificando a través de un constante y solapado incremento de la inflación.

La historia vuelve a repetirse, signando desfavorablemente -una vez más- el desarrollo y el progreso social de la comunidad, desafiando a los académicos de la economía y a la toma de conciencia necesaria para desentrañar esta curiosa reincidencia política y social.

Al esclarecimiento de ello, conspira un marco de manipuleo de la información para disfrazar el proceso comentado, que deriva en la falta de datos verdaderos de comparación que puedan ser utilizados por funcionarios públicos y agentes económicos y, consecuentemente, en la agonía de la credibilidad social, resintiéndose así el principal factor de la economía que es la psicología.

Este simplista y precario manipuleo estadístico, que no hace más que incentivar el desconocimiento acerca de cuales son las cifras técnicamente reales de las variables económicas y sociales, trae un doble perjuicio: a) para el gobierno, por no saber que medidas adoptar para solucionar los problemas que diariamente se manifiestan en los más diferentes sectores de la comunidad, ante la ausencia de datos objetivamente ciertos a ponderar; y b) para la sociedad en su conjunto, ante igual falta de certeza, por generar la incertidumbre sobre su futuro tanto inmediato como mediato.

En esa línea de derrotero, la sociedad vuelve a sentir la “sensación térmica” del enquistado de la inflación en la economía cotidiana, variable que incide y se traslada a la macroeconomía. El deterioro del valor de su moneda, es la prueba cabal que patentiza esa sensación, por ello su huída persistente hacia otra moneda con reserva de valor y aptitud de ahorro. A ello hay que agregarle las ramificaciones que el fenómeno monetario tiene en todas las actividades económicas, sociales, familiares e individuales.

Téngase presente que la historia de la moneda nacional de los últimos 40 años, configura la prueba más categórica y contundente de mala administración de los recursos e incompetencia para afrontar y desactivar la inflación. Es imperioso recordar eventos macroeconómicos cruciales, a saber:

- Cambio de moneda - peso ley 18.188 (1970);
- Inflación “cero” (1973/1974);
- “Rodrigazo” (1975);
- Emisión sin respaldo (1975);

¹ Profesor de Postgrado en “Derecho Bancario” UBA – UCA – UNLP – U. Austral – UCES - UNSTA

- Debilitamiento del ahorro (1976);
- Endeudamiento externo (1977/1978);
- Plata dulce (1978);
- Tablita cambiaria (1980);
- El que apuesta al dólar pierde (1980);
- Bono de consolidación financiera (1981);
- Guerra de las Malvinas (1982);
- Estatización de la deuda privada (1982);
- Segundo cambio de moneda – peso argentino (1983);
- Ahorro obligatorio (1984);
- Tercer cambio de moneda – austral (1985);
- Plan austral – Desagio (1985);
- Plan primavera (1987);
- Hiperinflación (1988);
- Plan BONEX (1990);
- Cuarto cambio de moneda – peso convertible (1991);
- Paridad cambiaria fija (1991);
- Reafirmación de la continuidad de la paridad cambiaria fija (1995);
- Admisibilidad de hecho del Bimonetarismo (1996);
- Proceso de desindustrialización y crisis del sector PYME (1997);
- Consolidación del proceso de Dolarización (1998);
- Emergencia económica y Blindaje (2000);
- Mega Canje de deuda pública (2001);
- Ley de intangibilidad de los depósitos (2001);
- Corrida bancaria y corralito (2001);
- Mantenimiento de la convertibilidad (2001);
- Emergencia pública económica (2001);
- Salida de la convertibilidad y quinto cambio de moneda - peso (2002);
- Reconversión de los ahorros en dólares y reprogramación de los mismos (2002);
- Política de congelamiento de tarifas de los servicios públicos (2002);
- Reestructuración de deuda pública en default (2005);
- Alejamiento mercados internacionales (2006);
- Demérito profesional del INDEC (2007);
- Desinterés en combatir la inflación insinuante (2007);
- Aislamiento paulatino del concierto internacional (2008);
- Crisis del campo - Fuga de capitales (2008);
- Incremento del gasto público (2009);
- Recrudescimiento de la inflación (2009);
- Blanqueo de capitales sin éxito (2009);
- Deterioro de las infraestructuras (2009);
- Estatizaciones de empresas e intervencionismo estatal (2009);
- Reducción de la inversión extranjera (2010)
- Toma de las reservas del BCRA (2010);
- Deterioro del balance comercial (2011);
- Política de pesificación (2011);
- Deterioro de la estructura energética (2011);
- Desmadre del gasto público (2011);
- Cepo cambiario (2011);
- Desaceleración de la economía (2012);

- Desdoblamientos cambiarios implícitos (2012);
- Caída sostenidas de las reservas (2012);
- Proceso de desinversión y enfriamiento económico (2012);
- Blanqueo fiscal y penal (2013);
- Reafirmación del control de cambios y cepo a las importaciones (2013);
- Licuación de salarios, jubilaciones, pensiones y planes sociales (2013);
- Agravamiento de los déficit provinciales (2013);
- Expansión monetaria - Aceleración inflacionaria (2013);
- Devaluaciones periódicas - Ajustes encubiertos o disimulados (2014);
- Insinuación de estanflación (2014).

Gracias a las 4 últimas décadas transitadas, signadas por la desacertada gestión y administración de los recursos públicos, la moneda del país ha sido devastada. Al igual que el termómetro que advierte sobre la fiebre de una persona, la inflación es un “*timbre de alerta*” colectivo que anuncia sobre el mal funcionamiento de la economía de un país.

La fiebre, si sobrepasa ciertos guarismos (38º/39º de temperatura), determina que deba recurrirse al médico para que indague sobre las causas que la motivan, diagnostique sobre cual es la enfermedad acaecida y formule el tratamiento farmacológico o quirúrgico necesario para enfrentar la enfermedad y sanear a la persona.

La inflación, si traspasa determinados límites aceptados técnicamente (10%/15% anual), también determina que deba convocarse al gabinete de ministros y a los técnicos para que exploren las variables de la economía que no funcionan adecuadamente, diagnostiquen sobre cuales son las disfunciones detectadas y formulen las medidas correctivas como los incentivos necesarios para revertir la situación.

En uno y otro caso, el proceso de recuperación requiere la toma de decisiones que no son agradables ni de fácil ejecución y tienen un costo imprevisto a soportar. La diferencia radica en que, si estamos ante de la salud persona, el tratamiento sugerido por el médico se cumplimenta; por el contrario, las medidas que corresponderían adoptar para revertir las causas de la inflación diagnosticadas, no se adoptan o se implementan solo algunas y aisladamente, debido a que, desde una prevaleciente concepción políticamente populista, no son convenientes por el temor de pérdida de respaldo popular que las mismas puedan acarrear, de modo que son sustituidas por placebos, declamaciones voluntaristas y atribuciones de culpas que se consideran ajenas a los gobernantes de turno.

Al igual que la fiebre, bienvenida sea la inflación, porque en ambos casos, anuncian con anticipación, que es necesario e inevitable “*curar*” las dolencias orgánicas y funcionales que las causan.

Restando relevancia al valor de la moneda se desdibuja una inexorable “*precondición*” para promover y consolidar el ahorro y la inversión como también para cimentar la estabilidad de la economía, los precios y el empleo.

Desde esta óptica, la estabilidad económica y financiera no debe interpretarse como un fin en si mismo, sino que constituye un medio imprescindible para el desarrollo económico y social del conjunto del país.

La inflación baja y controlada permite el crecimiento sostenido, precisamente por asegurarse la estabilidad monetaria, financiera y cambiaria. Pero sin adecuado y eficiente control de la inflación, subestimándose sus índices, los esfuerzos para impulsar la producción y el empleo se diluyen en el tiempo.

Sin embargo, pareciera que la inflación tiene bastantes simpatizantes, principalmente en el sector público, puesto que toda economía inflacionaria conduce a que se vean incrementados los ingresos del Estado (impuestos) a la par de licuarse los egresos (salarios y proveedores, jubilaciones, pensiones y planes sociales asistenciales). La inflación disfraza las malas e ineficientes gestiones en la administración de los recursos.

El valor económico de los bienes transables depende del valor que le asigne la dinámica de los mercados, los cuales, a su vez, se encuentran condicionados por el comportamiento de las autoridades e instituciones de gobierno del país, en cuanto a sus responsabilidades en la administración de los recursos del Estado.

La correcta y eficiente gestión pública, tranquiliza a los mercados y ello coadyuva a que la inflación tienda a estabilizarse o no insinuarse de modo preocupante. Lo contrario, sensibiliza a los mercados y ello facilita a que la inflación, no solo comience a tornarse realmente preocupante sino que continúe potenciándose.

Culpar a las concentraciones económicas del fenómeno inflacionario, es no entender la economía ni la política. Las concentraciones económicas y dominantes, configuran un fenómeno microeconómico, para las cuales están previstas las leyes de defensa del mercado y de la competencia. En cambio, la inflación es un fenómeno macroeconómico, donde la aptitud de gestión y administración del gobierno es determinante.

La experiencia indica que cuando la inflación se ha desatado, las soluciones generales (índices o cláusulas de ajuste) que se implementen, no dan resultados positivos. Todo lo contrario, consolidan y realimentan el fenómeno inflacionario.² Igual suerte corren los aumentos tarifarios o salariales.

Es que los índices que se elaboran por los organismos técnicos contiene en sí una paradoja: los dos factores que intervienen en el índice, precio y moneda, son factores variables; y mal puede hablarse de un aumento del precio de las cosas cuando la moneda con la que se lo representa no es constante; se trata, según la feliz expresión de BOSCH, de medir “algo” con un metro elástico.³

Por lo tanto, la inflación no se combate con regulaciones sino con **gestión y solución** de los problemas cotidianos, factores que pueden hacer renacer la confianza social.

Las transacciones económicas y financieras, tanto en el sector privado como en el público y en el orden nacional como internacional, necesariamente requieren contar con una moneda confiable y estable, para darle fluidez a los negocios y los servicios que hacen a la vida social, generando un circuito virtuoso de la actividad ciudadana.

En el dinámico y globalizado mundo económico y financiero, la confiabilidad monetaria constituye una política de estado de todo país serio, en virtud de que el dinero carece de valor

² NUSSBAUM, Arthur “Derecho monetario nacional e internacional”, Cap. II, Sec. 13, Num. V, p. 293, Buenos Aires – Año 1954.

³ ALEGRIA, Héctor y RIVERA, Julio C. “La ley de convertibilidad”, p. 75, editorial ABELEDO-PERROT, Buenos Aires – Año 1991.

intrínseco (tinta y papel) y solo tiene el valor nominal que la autoridad le asigna, que es de significativa naturaleza fiduciaria. Por ello, el factor psicológico, es relevante en virtud de configurar el motivo por el que la moneda de un país sea aceptada (intercambio) y/o atesorada (ahorro).

De modo tal, que esa confiabilidad, solo es viable conforme sea el respaldo que tenga esa moneda.

¿Y cual es la base de sustentación de ese respaldo psicológico? En mi opinión, hay cuatro factores relevantes:

- Reservas internacionales acumuladas y administradas eficientemente.
- Respeto de las instituciones consagradas por las leyes de organización del país.
- Fortaleza de sus estructuras productivas y su integración nacional como internacional.
- Calidad de la gestión y administración de la cosa pública, por parte de los gobiernos.

Fácil resulta deducir que, si alguna de estas variables no funciona, el valor de la moneda y su grado de confiabilidad entran en crisis, con macro efectos inevitablemente perniciosos para el conjunto de la sociedad. Más grave aún, si esos cuatro factores funcionan enfrentados entre sí o no funcionan.

Es vital recordar y aprehender que la estabilidad monetaria y financiera permite:

- Alentar las posibilidades de proyectarse al futuro y decidir inversiones y emprendimientos.
- Sincronizar los flujos entre acreencias y pasivos, evitando las especulaciones circunstanciales en los compromisos y relaciones contraídos.
- Aportar mayor seguridad y previsibilidad a las transacciones.
- Profesionalizar la administración de los recursos, para evitar la descapitalización de los activos, sean privados o públicos.
- Mejorar las expectativas del ahorro y el crédito, bajando las tasas de interés, alargando los plazos y ampliando las alternativas de financiamiento.

2. Gestiones inflacionarias en violación de la ley.

Resulta indiscutido que la inflación por encima de los parámetros normalmente aceptados a nivel de los académicos económicos, demuestra indubitablemente que la salud de la economía de un país, se encuentra afectada y funcionando en un círculo vicioso, generando en la macroeconomía un laberinto dinámico de desorden productivo, financiero, cambiario, presupuestario y político, lo que, a su vez, se traslada a la sociedad en sus relaciones microeconómicas, cundiendo en el conjunto, la desilusión, la pérdida de confianza y credibilidad en el futuro.

Pero también es cierto, que la problemática que trasunta la inflación, no debe centralizarse exclusivamente en las causales económicas que dieron origen a las disfunciones exteriorizadas, sino que también es preciso ponderar el marco normativo y jurídico circundante, para el debido deslinde de responsabilidades funcionales del pasado y las correcciones legales que la experiencia vivida aconsejen para el futuro.

Si bien el Derecho no ofrece soluciones a la problemática reflejada por la inflación, si puede **prevenir** el fenómeno y mitigar los riesgos de su advenimiento. Para ello es imprescindible que los funcionarios públicos jerárquicos a cargo de la administración de los recursos estatales, se ajusten a las leyes vigentes y las cumplan, administrando eficientemente los recursos públicos e impulsando su gestión en forma transparente y con arreglo a las pautas de conducta que las normas imponen a los funcionarios que los administran.

El Derecho es un condicionante de la actividad económica pública como privada y su acatamiento permite que cumpla su rol de mitigador de riesgos macro y micro económicos. Los funcionarios públicos jerárquicos deben ajustar sus decisiones a la ley y no adecuar la ley a sus decisiones. Los funcionarios públicos jerárquicos son **servidores** para el público y no **usuarios** de ese público.

Desde este ángulo de apreciación, a mi criterio, existen vulneraciones reiteradas del ordenamiento jurídico que merecen la atención ante la inflación desatada, porque consuetudinariamente han coadyuvado a los desequilibrios que trasluce la inflación, en su rol de termómetro que advierte sobre la disfuncionalidad macroeconómica.

La inflación y las soluciones que puedan intentarse, requieren no solo de un acertado diagnóstico económico sino también de una acendrada intención de cumplir con la normativa legal y ajustarse a ella.

2.1. Violación de la Constitución Nacional.

Nuestra Constitución Nacional, a partir de la reforma del año 1994, determina como atribuciones vinculantes con el sistema monetario que corresponden al Congreso de la Nación, las siguientes:

“Artículo 75º-6).- Establecer y reglamentar un banco federal con facultad de emitir moneda, así como otros bancos nacionales.”

“Artículo 75º-11).- Hacer sellas moneda, fijar su valor y el de las extranjeras... para toda la Nación.”

“Artículo 75º-18).- Proveer lo conducente a la prosperidad del país,...”

“Artículo 75º-19).- Proveer lo conducente... a la defensa del valor de la moneda...”

El armado constitucional bajo análisis, sigue los lineamientos filosóficos de los padres de la Carta Magna aprobada en 1853, lo que indubitablemente refirma el principio de que compete al Congreso de la Nación el ejercicio de la *“soberanía monetaria”*, de modo exclusivo y excluyente, por tratarse de un poder expresamente delegado por las Provincias a la Nación. Recuérdese que las Provincias no son estados soberanos sino entidades autónomas dentro de la Nación, con poderes circunscriptos a sus respectivos ámbitos jurisdiccionales.

Todo ello, bajo la convicción de la necesidad de resguardar la uniformidad monetaria y evitar las confusiones y especulaciones que siempre se han presentado en la economía de un país, cuando se ha permitido la coexistencia de distintas monedas de idéntica nacionalidad. Resulta, entonces, perfectamente explicable y plausible la centralización en la Nación, atribuciones tan importantes para el funcionamiento político, económico y social de la sociedad, que data desde los orígenes de nuestra organización institucional.

Ahora bien, la ausencia de una definición constitucional sobre la forma jurídica que debía revestir el establecimiento de un banco de emisión, llevó a la Corte Suprema de la Nación ha interpretar como un deseo de los constitucionalistas para que los legisladores adoptasen el sistema – público, privado o mixto – más conveniente.⁴

La ley 12.155 de creación del Banco Central, le asignó en carácter de entidad mixta y de derecho público, con el fin de limitar las ingerencias del gobierno. Más adelante, se estimó que había que dotar al Banco Central de personalidad jurídica propia e independencia

⁴ MARTINEZ, Cristian “El Banco Central en la Argentina”, p. 176, editorial DEPALMA, Buenos Aires – Año 1993.

funcional, dotándolo de autarquía plena. Así se sancionó la ley 20.539, que le reconoció autarquía al Banco Central, aunque esa autarquía era más bien formal. Recién con la sanción de la ley 24.144 se le asigna plena autarquía.

Vemos pues que el ejercicio de la soberanía monetaria que compete al Congreso de la Nación, necesita el complemento de un banco especial que responda a los lineamientos constitucionales señalados.

2.2. Violación de la Carta Orgánica del Banco Central.

“Sobre la autarquía del Banco Central”

Vimos que la sanción de la Ley 24.144, le asignó a la autoridad monetaria el carácter de organismo realmente autárquico. Y para refirmar esa caracterología, la ley previó expresamente que en la formulación y ejecución de la política monetaria y financiera, el Banco Central no estará sujeto a órdenes, indicaciones o instrucciones del Poder Ejecutivo nacional como así también que no podrá asumir obligaciones que impliquen condicionar, restringir o delegar sin autorización del Congreso de la Nación el ejercicio de sus facultades legales.

De este modo, quedaron desterrados los vicios técnicos y las ambigüedades de las cartas orgánicas anteriores en la conformación de la estructura funcional del ente rector, encausando su actuación en la forma diseñada en la Constitución Nacional, a la par de reivindicar el rol del Congreso de la Nación como titular de la soberanía monetaria.

Al permitir que el Banco Central sea realmente autónomo, se persiguió reducir al mínimo o eliminar interferencias que pudieren desviar su cometido en el cumplimiento de sus objetivos esenciales (persiguiéndose que funcione como banco del país y no del gobierno de turno).

A través de la fortificación de la autarquía jurídica para la independencia operativa, se ha seguido la tendencia internacional en el sentido de que los bancos centrales deben funcionar con auténtica independencia y tecnicismo monetario, de modo de verse preservados de las influencias coyunturales de los gobiernos de turno y responder más eficientemente a las *“políticas de estado”* de estabilidad monetaria y financiera, tan imprescindibles para aspirar y garantizar un desarrollo integral y sostenido.

¿Y cuál es la razón de ser de la autarquía, que lleva a la creación de una nueva persona jurídica pública dotada de capacidad para por sí y administrarse a sí misma? Puede decirse que el fundamento de este fenómeno de organización administrativa, radica en la complejidad, dinámica, especialización y profesionalidad que requiere el eficiente ejercicio de las funciones de que se traten, circunstancia que hace necesario crear entidades autárquicas para desvincular esas funciones de los poderes centrales.

En estos casos, el Estado resuelve desprenderse de funciones específicas a favor de entidades autárquicas con la finalidad de lograr la optimización de su prestación y con ese propósito, les asigna personalidad jurídica y autonomía operativa para que puedan cumplir eficientemente su cometido, al gozar de mayor inmediatez, celeridad, especialización y profesionalidad; objetivo que el Estado (Congreso de la Nación) **no podría cumplir por sí mismo satisfactoriamente**, cuestión que lo obliga a delegar tales funciones específicas.

La razón de la independencia funcional del Banco Central es esencialmente técnica y consiste en comprender que la política monetaria requiere, por su propia naturaleza, de márgenes temporales amplios, debido a que sus efectos se trasladan y consolidan en la

economía de modo *“mediato”*, manifestándose a través del posicionamiento continuado de las variables económicas y de la adecuación pausada de los agentes económicos, a las proyecciones trazadas.

La idea primordial consiste en promover una institución con un horizonte de largo plazo y libre de presiones políticas, para garantizar la estabilidad monetaria y financiera en el tiempo. En este sentido, se requiere de alguien que mantenga un comportamiento neutral en la gestión de los instrumentos monetarios, elemento esencial a la hora de perseguir la estabilidad del sistema económico.

El Banco Central autónomo afianza el sistema de división de poderes que consagra nuestra Constitución Nacional, cuya raíz filosófica radica en el reparto del poder entre diferentes órganos, no tanto para aislarlos recíprocamente, sino para permitir el control cruzado de los unos sobre los otros, siguiendo a MONTESQUIEU en su prédica de *“que el poder detenga el poder”*.

Los órganos constitucionales autónomos, no se adscriben a ninguno de los poderes tradicionales del Estado y representan una evolución de la teoría clásica de la división de poderes, porque se entiende que puede haber órganos ajenos a los poderes tradicionales sin que se vulneren los principios constitucionales y democráticos.⁵

La autonomía pregonada no sólo debe ser respecto de las autoridades políticas sino también de los mercados financieros. De allí la significativa trascendencia del *“prudente equilibrio”* en la gestión de los bancos centrales, entre lo que quieren los políticos y los mercados (porque los beneficia) y lo que no quieren (porque los perjudica). Esto es vital, porque los políticos y los mercados se fijan metas de corto o cortísimo plazo; por el contrario, los bancos centrales deben fijarse metas de mediano o largo plazo, en procura de la estabilidad macroeconómica como condicionante de las actividades de los distintos sectores políticos, económicos y sociales de un país.

Esta credibilidad adquiere relevancia y se pone de manifiesto en las crisis financieras, donde los bancos centrales pueden verse obligados a tomar medidas excepcionales, generalmente impopulares y escasamente comprendidas, por lo que la credibilidad insertada en el seno de la sociedad hace más transitable la asunción de las crisis y de su salida. Recordemos lo sucedido en la crisis financiera mundial del 2008 y sus derivaciones mundiales.

Téngase presente que un país sin moneda tiene hipotecado su futuro desarrollo económico. Ergo, la misión sustancial endilgada al Banco Central debe conjugarse con el principio nominalista de la moneda establecido por nuestro Código Civil, cuando se trata de obligaciones de dar sumas de dinero. En este sentido, es imprescindible recordar una de las máximas de Lenin que dice: *“si quieres destruir el capitalismo, comienza por destruir su moneda”*. Los últimos 40 años de la vida económica del país, confirman holgadamente esta máxima.⁶

Bajo la Carta Orgánica aprobada en 1992, se confió en el Banco Central la formulación y ejecución de la política monetaria, conforme el mandato legal expreso que le ha sido conferido por el Congreso de la Nación. Pero fuerza reconocer que siempre está latente la predisposición a torcer esa independencia técnica que trata de asegurar la autarquía jurídica.

⁵ CARDENAS GARCIA, Jaime F. “Una constitución para la democracia”, p. 224 y ss., editorial UNAM, México – Año 1996.

⁶ \$ 1 peso (1968), equivale a \$ 0,00000000000001 (2014).

Esto es de vital trascendencia, debido a que la potestad monetaria es competencia exclusiva del Congreso de la Nación, quien delega en el Banco Central el ejercicio de esa potestad. La doctrina administrativista nacional acepta la constitucionalidad de la creación de entidades autárquicas por parte del Congreso de la Nación, cuando se trata de una "*actividad administrativa*" especialmente asignada al órgano legislativo.⁷

Si la Constitución atribuye al Congreso las potestades monetarias y tal atribución se muestra complicada frente a los desafíos que plantean las tendencias monetarias modernas, si tal atribución se desea preservar en el actual marco constitucional, se torna aconsejable pensar en la necesidad de que el Congreso de la Nación, se desprenda de aquellas facultades delegándolas en otra autoridad especializada que la pueda ejercer de modo eficaz. Como, a su vez, la hipótesis de transferir atribuciones constitucionales a otro poder (por ejemplo el ejecutivo) debe ser descartada, el concepto de "*imputación de funciones*", desarrollado por BIDART CAMPOS, puede ser útil para dar una solución constitucional a la problemática monetaria argentina. El citado jurista define dicha institución como una transferencia de funciones realizada por una autoridad superior a otra inferior dentro de un mismo poder.⁸ Al existir una delegación dentro del mismo poder, se salva el escollo de inconstitucionalidad.⁹

Siempre ha existido la preocupación acerca de la posibilidad de que el Poder Ejecutivo nacional recurriese al Banco Central para financiar sus eventuales desequilibrios presupuestarios. De allí la importancia de dotar al Banco Central de independencia frente a los criterios del Ejecutivo y, por supuesto, monitorear que esa independencia no se desvirtúe en los hechos. Es preciso resaltar que quien emite moneda no puede ser quien ejecuta el presupuesto.

El Banco Central no debe ser complaciente con el Poder Ejecutivo nacional pero tampoco debe confrontar con el mismo. Y viceversa, el Poder Ejecutivo nacional tiene que respetar la autarquía y soslayar la tentación de considerar que el Banco Central es la "*caja*" para su financiamiento, ya que para ello está el Presupuesto (ley de leyes), en el cual se trazan las erogaciones de la futura actividad del ejecutivo, para el cumplimiento de los cometidos que le competen con la indicación de los recursos pertinentes.

Ahora bien, la reciente reforma introducida al Art. 1º de la Carta Orgánica por la Ley 26.739, mantiene el carácter autárquico del Banco Central, pero el Art. 3º, también reformado, dice que el Banco Central deberá promover la estabilidad monetaria y financiera, "*en el marco de las políticas establecidas por el gobierno nacional*", lo que implica una sutil y velada subordinación al Poder Ejecutivo nacional. El Banco Central ya no tiene a su cargo la formulación de la política monetaria.

La autarquía establecida antes de la reforma, en mi opinión, estaba más blindada en el texto anterior, ya que ahora resulta más permeable a las intromisiones o interferencias del Poder Ejecutivo nacional. La hibridez de la normativa legal, es una constante en la producción legislativa de nuestro país.

⁷ MARIENHOFF, Miguel "Tratado de derecho administrativo", I - 935, editorial ABELEDO-PERROT, Buenos Aires - Año 1977.

⁸ BIDART CAMPOS, Germán "Manual de derecho constitucional", p. 491, EDIAR, Buenos Aires - Año 1984.

⁹ MARTÍNEZ, Cristian, "El Banco Central en la Argentina", p. 193, editorial DEPALMA, Buenos Aires - Año 1993.

A su vez, la principal reforma introducida en el Art. 3º de la Carta Orgánica, fue la eliminación de la misión primaria y fundamental de **“preservar el valor de la moneda”**.

Diversas doctrinas han examinado cuál es la función primaria y fundamental de los bancos centrales y que es lo que los caracteriza como tales, entre otras instituciones financieras. Pero puede sostenerse válidamente que una preocupación común de los bancos centrales siempre ha sido y es mantener el equilibrio entre los factores internos y externos, con el propósito de alcanzar y asegurar la estabilidad monetaria como plataforma insoslayable para coadyuvar al desarrollo económico y social de la sociedad en su conjunto.

Entre estabilidad monetaria y desarrollo económico no debe haber contraposición, como muchas veces lo han deslizado los predicadores del crecimiento acelerado por medios inflacionarios. Tal pensamiento decae por confundir crecimiento económico con desarrollo económico, como si fueran simples juegos de palabras.

No debe olvidarse que el crecimiento económico es un simple fenómeno **“cuantitativo”**, conforme la comparación de índices de comportamiento entre dos períodos seleccionados (generalmente anuales). Por ello se agota en el corto plazo y se encuentra muy condicionado a los vaivenes internos como externos de la economía, precisamente por ausencia de genuina sustentabilidad.

Por el contrario, el desarrollo económico es algo más significativo; es un fenómeno **“cualitativo”** que abarca el crecimiento económico en función de su repercusión en lo social y cultural, integrando los distintos sectores de la sociedad hacia un futuro de mayor bienestar general, no solo para la generación presente sino principalmente para las generaciones venideras. Supera el corto plazo y consolida la estructura productiva, amén del contexto social circundante, por su carácter sustentable.

La estabilidad monetaria, por sí sola, va delineando el campo propicio para el desarrollo económico, que requiere de proyección futura. Por su parte, el desarrollo económico solo tiene viabilidad en la medida que se alcance la estabilidad monetaria, estabilidad que debe ser genuina y prolongada más no ficticia y fugaz.

Va de suyo que el objetivo de la anterior Carta Orgánica, ahora eliminado, consistía en brindar un marco legislativo contundente que sirviera realmente para preservar el valor de la moneda y permitiera deslindar inequívocamente las responsabilidades monetarias de las de gobierno.

Tal objetivo estaba directamente vinculado en forma proporcional a la emisión monetaria porque, precisamente, el uso de la emisión monetaria bajo metas de inflación, es lo que asigna poder efectivo al Banco Central para cimentar su credibilidad, tanto en el ámbito interno como en el internacional. Una moneda estable es incompatible con poderes y atribuciones discrecionales en manos del Banco Central o bajo las voluntaristas y persistentes interferencias derivadas del Poder Ejecutivo nacional.

La discrecionalidad en la emisión de dinero sin respaldo objetivo, ha sido en nuestro país una constante. Emitir billetes puede o no generar inflación. Si se persigue incentivar el consumo sin activar la producción, la inflación es su consecuencia inmediata. Por el contrario, si se emite dentro de un contexto que fomente la inversión y, de ese modo, se incremente la producción, no hay riesgo de inflación. El período 2002-2005 así lo atestigua contundentemente.

La ecuación es sencilla, cuando aumenta la demanda de bienes sin aumento de la productividad, hay inflación. Cuando se aumenta la oferta de bienes por mayor productividad, no hay inflación.

El manejo de la masa monetaria es muy amplio, debiendo girar todas sus vicisitudes alrededor de un apotegma insoslayable que consiste en preservar el valor de la moneda, de modo de salvaguardar las funciones intrínsecas del dinero y permitir que cumpla con sus funciones históricamente tradicionales.

Acertadamente se viene sosteniendo que la tutela de la estabilidad monetaria debe ser sacada de la competencia del Poder Ejecutivo nacional, atento su grave predisposición natural a vulnerarla. Obsérvese que todos los análisis empíricos demuestran que la financiación de los desequilibrios presupuestarios constituye el factor que con mayor frecuencia y gravitación determina la expansión monetaria más allá de su demanda. El Poder Ejecutivo es el único privilegiado que puede recurrir a la emisión cuando los recursos asignados no le alcanzan.

En este sentido, la reforma ha sido un retroceso. Va en sentido inverso a lo que sucede en casi todo el mundo, donde los bancos centrales tienen como objetivo la estabilidad de la moneda, bajo metas de inflación. Retirarle al Banco Central la función primordial de preservar el valor de la moneda, es colisionar con las normas constitucionales, que hace aplicable la Ley 48.

La reforma de la Ley 26.739 también disolvió la obligación de confeccionar y publicar el programa monetario, lo que puede interpretarse como la intención de suprimir un objetivo de inflación, cuando desde la óptica macroeconómica la inflación viene transitando raudamente. En su lugar, se reemplaza el programa monetario por estimaciones anuales, a cargo del Directorio del Banco Central, conforme el nuevo texto del Art. 42 de la Carta Orgánica. Asimismo eliminó la facultad del Banco Central de formular la política monetaria, restándole instrumentos adecuados para la consecución de objetivos macroeconómicos como ser, principalmente, el nivel de liquidez y tipos de interés, lo que conlleva la administración permanente de la masa de dinero circulante y el monitoreo de las proyecciones inflacionarias que pueden existir. Va de suyo que la intención de la reforma ha sido liberar limitaciones monetarias, a favor del Poder Ejecutivo nacional.

“Sobre la administración de las reservas por el Banco Central.”

La custodia y administración de las reservas de oro, divisas y activos externos del país, es una función consuetudinaria de la banca central y deviene del monopolio de emisión de billetes y monedas que también le es reservado entre sus atribuciones.

Así lo determina el nuevo Art. 4º-d) de la Carta Orgánica del Banco Central, conforme la reforma de la Ley 26.739, que refirma como una de las funciones primordiales del ente rector monetario, la concentración y administración de las reservas internacionales.

La finalidad evidente para que la banca central tenga en su poder oro y divisas, parece ser la de poder disponer de una reserva de dinero internacional destinada a hacer frente, en cualquier momento, a un saldo adverso de la balanza de pagos y a sostener el valor externo de la moneda nacional.

Pero en la medida en que un banco central está obligado legalmente a mantener una reserva mínima contra su emisión de billetes o contra la suma de su emisión y de sus obligaciones por depósitos, su existencia de oro y divisas queda inmovilizada, sin que se pueda disponer de ella para saldar las cuentas internacionales.

Por lo tanto, la fijación de una reserva mínima exige virtualmente que el banco central mantenga dos clases distintas de reserva, una de carácter interno y afectada a la circulación monetaria nacional y la otra de índole externa y libre (esto es, libremente disponible para su uso activo como dinero internacional).¹⁰

Paralelamente, el Art. 33º de la Carta Orgánica autoriza al Banco Central a mantener una parte de sus activos externos en depósitos u otras operaciones a interés, en instituciones bancarias del exterior o en papeles de reconocida solvencia y liquidez.

Si bien la ley no fija el límite factible de inversión, estimo que la atribución conferida solo puede ejercerse en la medida que la disponibilidad de las reservas no afecte las que son necesarias para el debido ejercicio de las funciones que le competen al Banco Central.

El esquema de la ley es claro, la concentración y administración de las reservas tiende a respaldar la emisión de billetes y afrontar eventuales momentos de emergencia, permitiendo la inversión de las mismas para obtener un rendimiento lícito en vez de mantenerlas inmovilizadas.

Las reservas son el resultado de las transacciones que un país realiza con el exterior. Las reservas fluctúan permanentemente, conforme sean los movimientos de ingresos de divisas (representadas por las exportaciones, créditos de instituciones financieras extranjeras, inversiones extranjeras en el país y trasferencias de recursos hacia el país) y egresos de divisas (representadas por las importaciones, pagos de servicios de deuda al exterior, radicación de capitales en el exterior y transferencias de recursos hacia el extranjero).

Las variaciones de las reservas, como fenómeno dinámico, afectan directamente la base monetaria, que esta integrada por la circulación monetaria (billetes en poder de la población) y los depósitos a la vista de las entidades financieras en el Banco Central. Por ello, la ecuación reservas – base monetaria es fundamental para cimentar la confianza de la población.

Ahora bien, recuérdese que la autarquía asignada al Banco Central, implica la existencia de patrimonio propio y de administración exclusiva de ese patrimonio, por sus autoridades legales, de modo tal que las reservas internacionales pertenecen al Banco Central y sirven para cumplir un rol superlativo, como es preservar el valor de la moneda, misión primordial del Banco Central, debido a que su correcta y eficiente administración, permite atenuar los efectos de las fluctuaciones en la balanza de pagos y las perturbaciones ocasionadas por los fenómenos monetarios, en el desenvolvimiento de los negocios para, de ese modo, proteger el signo monetario de cuya estabilidad dependen los precios y el poder adquisitivo de los distintos sectores de la población.

También recuérdese que la salida de la convertibilidad mediante la sanción de la Ley 25.561 de Emergencia Económica, facultándose al Poder Ejecutivo nacional a fijar la relación de cambio entre el peso y las divisas extranjeras,¹¹ derivó en un régimen de “flotación” cambiaria administrada, régimen que para una economía como la argentina, requiere inexorablemente de reservas abundantes para gerenciar la flotación. En este sentido, la política monetaria adquiere preponderante relevancia.

¹⁰ DE KOCK, M. H., “Banca central”, editorial FONDO DE CULTURA ECONOMICA, México – Año 1970.

¹¹ Ver Art. 2º de la Ley 25.561.

Mediante Decreto NU 1599/2005, (ratificado por Ley 26.076), se modificó el Art. 6º de la Ley 23.928, para establecer que se entiende por reservas indisponibles, en protección de la base monetaria, para poder utilizar las reservas de libre disponibilidad y siempre que resulte de efecto monetario neutro, para aplicarse al pago de obligaciones contraídas con organismos financieros internacionales.¹²

A partir de allí, las reservas pasaron a distinguirse entre:

- Reservas “*indisponibles*”; y
- Reservas “*de libre disponibilidad*”.

Las reservas “*indisponibles*” serían las afectadas a respaldar hasta el cien por ciento (100 %) de la base monetaria, integrada por la circulación monetaria mas los depósitos a la vista de las entidades financieras en el Banco Central, en cuenta corriente o cuentas especiales y que esas reservas constituyen la prenda común de la base monetaria. La finalidad perseguida fue respaldar cuantitativamente la base monetaria, a los efectos de permitir verificar claramente que la emisión de moneda siempre iba a estar cubierta por reservas y, de ese modo, evitar tentarse con expansión monetaria artificial por el riesgo inflacionario que ella entraña.

Las reservas “*disponibles*” serían, entonces, aquellas reservas que exceden el respaldo de la base monetaria.

Irrumpió así el concepto de reservas de libre disponibilidad, a lo que cabe preguntarse: ¿qué se entiende por tal disponibilidad?

A simple lectura pareciera que el concepto de reservas de libre disponibilidad, debe entenderse como aquellas reservas que superan las que cubren la base monetaria y que, por lo tanto, son de libre uso para cualquier destino que pudiera invocarse o pretenderse.

Pero ello no es así, ya que en todo régimen legal de creación de un banco central, al que se le reconoce autarquía como autonomía operativa y se le asignan las funciones de regulador monetario y de administrador cambiario (conforme establece la Ley 24.144), las reservas que exceden la cobertura de la base monetaria, son de libre disponibilidad con el destino prioritario de cubrir todos los pasivos que el Banco Central asumiera como instrumentos técnicos, para el eficaz cumplimiento de las funciones macroeconómicas señaladas.

Por ello, soy de opinión que las reservas disponibles tienen, a su vez, dos sub-categorías:

- Las “*necesarias*”, que son aquellas imprescindibles para ejercer eficientemente las regulaciones monetarias; y
- Las “*excedentes*”, que son aquellas que superan esa previsión técnica mencionada anteriormente.

Esta distinción es vital para entender la función monetaria y cambiaria asignada al Banco Central.

Téngase presente que el mercado cambiario gira alrededor del juego de la “*oferta*” de dólares, rubro que depende de las exportaciones del país deducidas las importaciones y del ingreso de capitales de distinta clase (inversiones extranjeras, créditos, repatriación de

¹² Ver. Art. 1º del Decreto 1599/2005.

ahorros, aportes de capital, etc.) y de la “*demanda*” de dólares, rubro que depende de transferencias al exterior del sector público como privado (pago de dudas, giro de regalías, etc.) y de compras del empresariado y de los particulares.

Cada vez que el Banco Central compra dólares para aumentar las reservas, debe hacerlo emitiendo pesos, situación que como regulador monetario, deba decidir si absorbe los pesos emitidos mediante la asunción de deuda o dejarlos en el mercado y elevar la base monetaria.

Para absorber los pesos inyectados por la compra de dólares y evitar inyectar dinero que se traduce en directa repercusión de consumo, aumentos de precios y presiones inflacionarias, porque el aumento de la producción y de empleo, son procesos más lentos comparados con aquellos, el Banco Central recurre a la emisión de deuda, mediante LEBAC (deuda a tasa de interés fija) o NOBAC (deuda a tasa de interés variables), lo que implican pasivos que deben afrontarse en el futuro.

Quiero aclarar que, a mi entender, la inflación no es un fenómeno puro y estrictamente monetarista sino algo de mayor consideración como es la insuficiencia de la estructura productiva del país que no puede satisfacer la demanda de bienes más la deficiente administración del gasto público. Por ello me atrevo a sostener que los índices de inflación representan “*ratios*” que miden y califican la gestión de gobierno.

En este juego monetario, el Banco Central tiene que tener reservas suficientes que superen los pasivos contraídos, lo que en rigor de verdad indica que las reservas deben ser suficientes para soportar las tensiones y turbulencias que se generen, ante potenciales fenómenos como ser: demanda de dinero, dolarización de los activos financieros, fuga de capitales y/o superioridad del gasto público sobre los ingresos públicos.

La base monetaria no solo esta integrada por la circulación monetaria más los depósitos a la vista de las entidades financieras en el Banco Central, en cuenta corriente o cuentas especiales sino, además, por las expectativas políticas, económicas y sociales de la comunidad, en mérito a que inciden de manera directamente proporcional, en los factores primeramente mencionados.

En función de ello, es preciso tener bien determinada la línea divisoria entre reservas indisponibles y disponibles, cuestión que no es pasible de una interpretación meramente cuantitativa (producto de una visión simplista y de corto plazo), sino cualitativa (producto de una visión altamente profesional y de largo plazo).

Hecha esta diferenciación y para despejar confusiones, procede también recordar que la utilización de las reservas disponibles, es resorte exclusivo del Banco Central, quien para su administración y uso no tiene discrecionalidad absoluta sino que debe hacerlo, en función de los pasivos que asuma para ejercer adecuadamente sus funciones de regulador monetario y tutor de la liquidez del sistema, en cumplimiento de los postulados previstos en la Carta Orgánica del propio Banco. Solo en el supuesto de existir excedentes objetivamente verificados, procederá utilizar esas reservas para los destinos autorizados explícitamente por ley.

Es evidente que no hay una regla fija para diferenciar las reservas disponibles, pero estimo imprescindible separar lo que son reservas disponibles **necesarias**, imprescindibles para regular la moneda y la paridad cambiaria, de las reservas disponibles **excedentes** para otros fines ajenos al respaldo de la base monetaria; diferenciación conceptual que tiene que tener en cuenta que los países difieren en lo atinente a etapa de desarrollo, clase de economía,

estructura monetaria y financiera, grado de confiabilidad institucional, calidad de gestión de los gobernantes, usos y costumbres de la población.

Así existen países más vulnerables que otros ante circunstancias volátiles, cíclicas o especulativas. Y solo un importante volumen de reservas libres puede servir para amortiguar o enfrentar retiros o fugas de fondos de magnitud y trascendencia sistémica, por lo que todo banco central debe tener el mayor respaldo de reservas para administrar la política monetaria con la mayor eficiencia y así cumplir con el objetivo de tutelar la estabilidad financiera y cambiaria.

La reforma de la Ley 26.739 también derogó los Art. 4º y 5º y sustituyó el Art. 6º de la Ley 23.928, con la finalidad de eliminar el límite cuantitativo de las reservas indisponibles (equivalente al 100 % de la base monetaria), para dejarlo librado a la absoluta discrecionalidad del Directorio del Banco Central, conforme el texto del nuevo Art. 14-q) de la Carta Orgánica a la par de eliminar el condicionamiento de las reservas constituyen la prenda común de la base monetaria, con lo cual amplió las fronteras de la libre disponibilidad de las mismas. Al haberse eliminado la relación *cuantitativa* entre Reservas y Base Monetaria, para sustituirlo por una relación *discrecional*, se permite flexibilizar la utilización de las denominadas reservas disponibles, para beneplácito del Poder Ejecutivo nacional.

2.3. Violación del régimen de la moneda del Código Civil.

Se considera que el nominalismo monetario preserva el valor seguridad en las transacciones, ya que prescinde del perjuicio que se ocasionare al acreedor o al deudor por la depreciación de la moneda, a fin de mantener a todo trance, la certeza sobre el modo como habría de extinguirse la obligación, de conformidad con los términos pactados .

En este orden de ideas, el principio nominalista de la moneda, debe comprenderse e interpretarse desde una óptica macroeconómica, consistente en dar predicción a los compromisos económicos y financieros, con el propósito de coadyuvar a que las cadenas de pago de las transacciones operadas, no corran el riesgo de verse interrumpidas y puedan ser cumplidas en tiempo y forma, para bien de la economía en general.

El envilecimiento del valor de la moneda, configura un factor negativo que resiente el funcionamiento de la economía de un país, al insertar en el tejido social la incertidumbre con la consecuente apatía para proyectarse.

El flagelo de la inflación (fiebre económica que sirve de alerta ante deficiencias en la administración de la cosa pública), se ha enquistado en la sociedad que ha recurrido a la indexación como paliativo, cuando en realidad los procesos y fórmulas de reajuste e estabilización, no constituyen una solución sino todo lo contrario, generan mayor incertidumbre y realimentan sucesiva y sistemáticamente la inflación, agravando el panorama.

Por ello, se ha divulgado el uso convencional de la moneda extranjera, pero cabe destacar que no goza de la libertad jurídica que tenía durante la convertibilidad, a raíz de la prohibición de ajustes, indexaciones o repotenciaciones de deuda, consagrado por la Ley 23.928, que a su vez fue confirmada por la Ley 25.561.

La moneda extranjera sigue siendo considerada asimilable al dinero y con carácter de curso convencional, es decir, como moneda de pago "*entre partes*" de las obligaciones

constituidas por ellas, como consecuencia que la reforma introducida a los artículos 617 y 619 del Código Civil, por la Ley 23.928, que a su vez fue confirmada por la Ley 25.561.¹³

Pero es necesario distinguir si la moneda extranjera a utilizar, es moneda genuina del negocio o, por el contrario, es una simple herramienta para que el acreedor trate de preservarse de la depreciación de la moneda nacional.

En fallo señero del año 2010, la Corte Suprema interpretando los alcances de un convenio de pago celebrado durante la vigencia de la convertibilidad, señaló que la cláusula de ajuste contenida tuvo un inequívoco propósito indexatorio de las obligaciones pendientes de pago, en razón de que resulta evidente que su objetivo era estabilizar el valor de las prestaciones, vinculándolas con el valor de una moneda extranjera, por lo que resulta aplicable la prohibición dispuesta por las Leyes 23.928 y 25.561, que son normativas de orden público y, por lo tanto, no pueden ser modificadas por contrato. Ergo, esa cláusula se encontraba viciada y fulminada de nulidad absoluta.¹⁴

También sostuvo la Corte Suprema, ante el planteo de inconstitucionalidad del Art. 4º de la Ley 25.561 sobre la prohibición de indexar, que la medida escapa al control de constitucionalidad, debido a que la conveniencia del criterio elegido por el legislador no está sujeto a revisión judicial porque constituye una decisión clara y terminante del Congreso de la Nación, en ejercicio de la soberanía monetaria que le compete por disposición del Art. 75-11) de la Constitución Nacional.

En este sentido, la Corte Suprema afirmó contundentemente *“que el valor de la moneda circulante con fuerza legal en todo el territorio de la Nación –que cumple la función de un bien económico insusceptible de ser regulado directa o indirectamente por la ley de la oferta y la demanda- se funda en la autoridad del Estado que es su creador y, por consiguiente, la perdurabilidad de ese valor como signo monetario de fuerza legal, en tanto no fuere alterado por el propio Estado de quien dimana, no puede estar a merced de las convenciones concertadas por los particulares entre sí.”*

Y a renglón seguido la Corte Suprema señaló *“que aún cuando el derecho de propiedad pudo tener en la actualización por depreciación monetaria una defensa eficaz de los derechos patrimoniales en determinados períodos, su perduración “sine die” no solo postergaría disposiciones constitucionales expresas, como las del artículo 67, inciso 10, de la Constitución Nacional (hoy artículo 75, inciso 11), sino que causaría un daño profundo en la esfera de los derechos patrimoniales todos, al alimentar esa grave patología que tanto los afecta: la inflación. No puede admitirse que lo que fue una solución de especie frente a un problema acotado temporalmente y en su configuración, en la que no incidieron normas como las que dicto el Congreso Nacional para procurar una moneda nacional apta, se trueque en vínculo estable, alterando así su naturaleza esencial.”*

Concluye la Corte Suprema señalando que, permitir la vigencia de una cláusula de estabilización (...pesos necesarios para adquirir la cantidad de dólares equivalentes a cada una de las cuotas pactadas...), significaría desconocer el objetivo antiinflacionario que se proponen alcanzar las leyes federales mencionadas mediante la prohibición genérica de la indexación.

¹³ El Nuevo Código Civil y Comercial, modifica el “status” jurídico de la moneda extranjera que vuelve a su equiparación cosa (Art. 765) y, a su vez, propicia la inserción de las cláusulas en moneda extranjera como pautas de valoración para cubrirse de la depreciación de la moneda nacional (Art 772), lo que pareciera anticipar que la inflación será una constante de ahora en más.

¹⁴ CSJN, Fallos: 333:447 (Caso MASSOLO).

La trascendencia de este fallo, radica en que la Corte Suprema sienta un principio categórico en materia de política jurídica y económica, con notable repercusión en el necesario ordenamiento de la economía nacional.

Consecuentemente, queda claro también que ante obligaciones de dar sumas de dinero, en forma periódica, continuada y sucesiva (plan de pagos), las partes deben considerar la aplicación de intereses, conforme los parámetros utilizados por el mercado financiero, quien siempre proyecta la posible inflación que puede darse, para determinar tasas que compensen la depreciación monetaria pertinente.

Y solo en última instancia, la Corte Suprema señala que procede la posibilidad de recurrirse a instrumentos modernos incorporados al Código Civil, como ser la teoría de la imprevisión, abuso del derecho o frustración de fin del contrato, a fin de preservar la equidad de la prestación al tiempo de su cumplimiento, para paliar el deterioro del valor de la moneda nacional por el transcurso del tiempo.

En síntesis, el decisorio de la Corte Suprema persigue mantener firme **“el principio nominalista de la moneda”**, como instrumento macro jurídico-económico, el que debe respetarse a rajatabla, para ayudar a combatir el flagelo de la inflación con más su efecto inercial en el aceleramiento de las alzas generalizadas de precios como de salarios, fenómeno que –como todos sabemos- genera una carrera sin tregua que lleva ínsito la metástasis de la desconfianza en la moneda nacional.

La reforma de la Ley 26.739 por la que se elimina la función primordial de preservar el valor de la moneda que tenía asignada el Banco Central, va en dirección opuesta a la doctrina de nuestro Alto Tribunal, porque la indiferencia en cuidar la moneda nacional lleva ínsito la reaparición de metodologías indexatorias o estabilizadoras mediante la lógica aparición de cláusulas tendientes a cubrirse de la desvalorización monetaria, con el fin de protegerse de procesos signados por la inflación que devienen del desinterés de las autoridades por la sana administración de los recursos. Más aún. El art. 772 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación apunta a reivindicar las cláusulas de ajuste y de estabilización de valores.

2.4. Violación de las Leyes de Presupuesto.

Así como la Constitución Nacional, al decir de Alberdi, es la carta náutica de la Nación, para el rumbo del país, el Presupuesto es la hoja de ruta de la administración del Estado nacional para de la fijación de la políticas públicas correspondientes.

El Presupuesto es el plan de la economía del sector público, tendiente a lograr determinados fines con la indicación de los recursos correspondientes. De ahí su carácter obligatorio para todos los poderes públicos que deban cumplir con dicho plan.¹⁵

Según la Ley 24.156 de Administración Financiera, el Presupuesto es una autorización del Congreso al Poder Ejecutivo nacional para ejecutar un cierto nivel de gasto y endeudamiento. Al respecto, el Art. 100-6) de la Constitución Nacional impone al Poder Ejecutivo nacional la elevación del proyecto presupuestario al Congreso de la Nación, para que éste alto organismo fije el Presupuesto (Art. 75-8) de la Constitución Nacional).

¹⁵ JARACH, Dino “Finanzas públicas y derecho tributario”, p. 80, 1ª edición, editorial CANGALLO, Buenos Aires – Año 1983.

La historia argentina señala un permanente menosprecio por la Ley de Presupuesto, tanto en lo formal como en la sustancial. Formalmente algo se ha mejorado en los últimos años, porque se trata de elevar el proyecto de Ley de Presupuesto, en tiempo y forma, para su aprobación por el Congreso de la Nación. Pero sustancialmente nada se ha progresado, ya que la Ley de Presupuesto que resulta aprobada por el Parlamento, técnicamente no se condice con la realidad ni refleja sinceridad política, tanto de oficialista como de opositores.

Obsérvese que el Presupuesto aprobado para el año 2014, antes de los dos meses de iniciado el año ha quedado desactualizado, tal como lo acredita la previsión del valor del dólar estadounidense oficial establecido en \$ 6,33 ya fue holgadamente superado y el índice de inflación pronosticado en 10 % anual, también ha sido largamente superado. A su vez, el crecimiento real pronosticado del 6,2 % ya resulta una utopía.

Además no debe soslayarse, la eterna vigencia de poderes especiales asignados (convalidados por la Ley 26.124 denominada "ley de superpoderes"), que desde el año 2002 vienen siendo reconocidos a favor del Poder Ejecutivo nacional mediante las sucesivas prórrogas de emergencia económica, lo que demuestra que la deficiencia estructural que alumbró la crisis de la convertibilidad, continua vigente sin haberse vislumbrado posibilidades ciertas y sostenibles de superación, disfrazándose ello, a través la subestimación de la inflación y la sobreestimación del crecimiento. A través de estos decretos se formalizan las grandes ampliaciones presupuestarias y los discrecionales cambios de destino de muchas partidas en detrimento de otras.

Cuando el presupuesto no refleja técnicamente la realidad de las variables económicas, carece de toda utilidad como instrumento de orientación en la administración de los recursos públicos.

Tal falencia conlleva que el propio Poder Ejecutivo nacional sea la principal víctima la apariencia presupuestaria, porque ello se traduce el déficit público que solo puede financiarse con emisión monetaria ante aislamiento internacional que dificulta o impide acceder al financiamiento externo.

Las flagrantes violaciones que durante largos años ha experimentado la Ley de Presupuesto, demuestran el impacto negativo deslizado en el crecimiento de la productividad, el flujo del comercio internacional, el nivel de reservas internacionales, la fluidez de las inversiones extranjeras directas y en la creación de empleo formal en el sector privado.

A ello, debe sumarse el sacrilegio de excluirse del Presupuesto, la problemática de la refinanciación de las finanzas provinciales.

Las falencias señaladas y la ausencia de Presupuesto, en el sentido cabal de su razón de ser por las reiteradas violaciones a la que es sometido, no hacen más que manifestarse a través de la inflación y sus perspectivas de aceleración; lo que lleva a concluir que el índice de inflación no es ni más ni menos que una nota que califica la gestión de un gobierno.¹⁶

Es imprescindible recuperar la legitimidad del Presupuesto como verdadera herramienta de planificación de políticas públicas y el compromiso del gobierno en el uso de

¹⁶ Recordar a Marco Tulio Cicerón cuando sostenía (Año 55 a.C.): "El presupuesto debe equilibrarse, el Tesoro deber ser reaprovisionado, la deuda pública debe ser disminuida, la arrogancia de los altos cargos públicos debe ser moderada y controlada y la ayuda a otros países debe eliminarse para que Roma no vaya a la bancarrota. La gente debe aprender nuevamente a trabajar, en lugar de vivir a costa del Estado."

los recursos públicos, para lo cual el rol del Congreso de la Nación en el monitoreo de la ejecución del Presupuesto, es de vital trascendencia pública y ciudadana. Cuando hay apartamiento del Presupuesto significa que hay excesos de gastos y hay déficit, lo que es demostrativo que el sistema macroeconómico no está funcionando adecuadamente dentro de los marcos legales fijados, situación que se manifiesta a través del índice de inflación.

2.5. Violación de la Ley de Administración Financiera Pública.

Ante todo es preciso señalar que los funcionarios públicos jerárquicos no están exentos de responsabilidad civil por los actos que realizan en la prestación de sus funciones administrativas. El orden jurídico determina expresamente la responsabilidad civil de los funcionarios públicos, a título personal, por culpa o dolo, cuando sus actos pueden ocasionar un perjuicio a terceros y al propio Estado; y esa responsabilidad civil se traduce en la obligación de responder con la totalidad de su patrimonio, por las consecuencias dañosas derivadas de sus actos.

Es por ello, que la Constitución Nacional impone el requisito de la idoneidad para el desempeño de cargos públicos y esa imposición prevista en el Art. 16 de la Carta Magna es condición inexcusable de admisibilidad en la función pública, exigencia que descarta todo vínculo de amistad, afinidad política o barrial y de parentesco para acceder a tales funciones, por lo que fácil resulta deducir que un cargo público no es para el que quiere, sino para el que puede desempeñarlo eficazmente.

Tal exigencia obedece a que los funcionarios públicos jerárquicos tienen como obligaciones inexcusables, tres mandatos sujetos a rendición de cuentas:

- Cumplir y hacer cumplir la Constitución Nacional, las leyes y los reglamentos que se dicten, sin excepciones y bajo los mismos parámetros de ponderación.
- Respetar los principios y pautas éticas legales, actuando con honestidad, probidad, rectitud, buena fe y austeridad funcional y republicana.
- Velar siempre por los intereses del Estado y su rol de servidor de los ciudadanos para satisfacer el bienestar general, privilegiando el interés público.

El Art. 4º de la Ley 24.156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional, tiene entre sus objetivos primordiales *“garantizar la aplicación de los principios de regularidad financiera, legalidad, economicidad, eficiencia y eficacia en la obtención y aplicación de los recursos públicos”*, lo que a su vez no puede prescindir de *“un eficiente y eficaz sistema de control interno normativo, financiero, económico y de gestión”* ni de procedimientos adecuados para asegurar *“la conducción económica y eficiente de las actividades institucionales y la evaluación de resultados”*. Todo ello bajo el requisito de contar con un personal calificado para desempeñar con eficiencia las tareas que se le asignen en el marco de la mentada ley.

Todo indica que estos postulados, tal vez se exijan a los funcionarios medios y técnicos, pero no así a los funcionarios jerárquicos con poder de decisión, donde prevalece más el partidismo, la recomendación y la amistad, que la imprescindible meritocracia para el desempeño de tareas tan trascendentes para la sociedad.

Recuérdese que la Ley 25.164 de Empleo Público vigente en el ámbito nacional, regula los deberes y derechos del personal que integra el Servicio Civil de la Nación, el cual se encuentra constituido por las personas que prestan servicios en dependencias del Poder Ejecutivo nacional, inclusive entes jurídicamente descentralizados. Pero quedan expresamente exceptuados del régimen, todos aquellos funcionarios de jerarquía en la administración pública que se desempeñen como autoridad máxima del organismo o

repartición y/o que tengan poder de decisión en sus respectivos ámbitos de actuación, como ser el Jefe de Gabinete de Ministros, los Ministros, el Secretario General de la Presidencia de la Nación, los Secretarios, Subsecretarios, el Jefe de la Casa Militar, las máximas autoridades de organismos descentralizados e instituciones de la Seguridad Social y los miembros integrantes de los cuerpos colegiados.

Este nivel de funcionarios, es el que merece detenida y especial atención desde la óptica de la imputación de responsabilidades civiles por los daños y perjuicios que pudieran generar con sus decisiones.

Al respecto, es preciso tener presente que el Art. 1112 del ex Código Civil expresamente hace extensible su regulación a todos **“los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas”**, principio rector que ha hecho posible la reafirmación de la responsabilidad estatal, originada en el ejercicio irregular por los funcionarios de las obligaciones que la ley les demanda, sin por ello dejar de lado la que cabe a los mismos a título personal.

Pero la norma no distingue entre funcionarios jerárquicos y funcionarios comunes, por lo cual, la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria han consagrado que el funcionario público no responde civilmente en forma principal y directa sino de manera subsidiaria e indirecta, es decir, que luego de atribuida la responsabilidad del Estado ante los terceros damnificados por los hechos de sus funcionarios, recién es factible que el Estado accione contra el funcionario considerado responsable del hecho dañoso con la finalidad de lograr la repetición de la condena soportada.

En este sentido, soy de opinión que resulta válida la interpretación acerca de que la responsabilidad civil y personal del funcionario público jerárquico debe revestir carácter **principal, directa y solidaria**, al igual que la de los directivos de las sociedades comerciales.

¿Qué diferencia hay entre las decisiones que adoptan un ministro del gabinete y un presidente de una sociedad anónima? ¿Jurídicamente, no son ambos representantes y máximas autoridades? ¿Acaso ambos no administran recursos que pertenecen a terceros?

Téngase presente que el Art. 130 de la Ley 24.156 de administración financiera estatal, prevé indubitablemente la obligación a responder por los daños económicos causados al Estado por dolo, culpa o negligencia en el ejercicio de sus funciones, a **“toda persona física que se desempeñe en las jurisdicciones o entidades sujetas a la competencia de la Auditoría General de la Nación”**. Y en esa previsión queda involucrado todo el sector público nacional, incluso entidades estatales o no estatales donde el Estado intereses institucionales.

Pero hay que precisar que esta manda legal se refiere a la responsabilidad por los daños económicos que sufra el Estado por el ejercicio doloso, culposo o negligente por el accionar de sus funcionarios.

Si a ello le agregamos la necesidad de la profesionalidad e idoneidad que debe revestir y acreditar todo funcionario público para el desempeño de las funciones que le resulten asignadas, fácil resulta deducir que desde la óptica de la doctrina jurídica prevaleciente, que la responsabilidad del funcionario público debería calificarse como agravada, a mérito de lo prescripto en los Art. 901, 902, 903, 904 y concordantes del ex Código Civil, y ahora el art. 1725 del nuevo Código, con las consecuencias personales y patrimoniales que ellas reflejan.

Consecuentemente, no existen argumentos serios tendientes a justificar la existencia de interpretaciones normativas de la que deriven un régimen especial –y yo diría más benévolo- para los funcionarios públicos jerárquicos y el deber de reparar con su patrimonio, en toda su extensión, los daños provocados a los particulares como así también los daños ocasionados al patrimonio del Estado por su desempeño ineficiente.

También hay que reparar que el Art. 104-k) de la Ley 24.156, atribuye a la Sindicatura General de la Nación, la carga de *“poner en conocimiento del Presidente de la Nación los actos que hubiesen acarreado o estime puedan acarrear significativos perjuicios para el patrimonio público”*. Organismo que debe cursarle informes trimestrales puntualizando los perjuicios patrimoniales detectados.

Por otra parte, el Art. 85 de la Constitución Nacional atribuye al Poder Legislativo *“el control externo del sector público nacional en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos”*, el que se materializa a través de los dictámenes de la Auditoría General de la Nación, organismo con autonomía funcional y al cual compete *“el control de legalidad, gestión y auditoría de toda la actividad de la administración pública centralizada y descentralizada”* y, especialmente, *“la aprobación o rechazo de las cuentas de percepción e inversión de los fondos públicos.”*

La Ley 24.156, al referirse a la Auditoría General de la Nación, ratificando su personería jurídica propia, independencia funcional y financiera, precisa claramente su competencia en el *“control externo posterior de la gestión presupuestaria, económica, financiera, patrimonial, legal, así como el dictamen sobre los estados contables financieros de la administración central, organismos descentralizados, empresas y sociedades del Estado, entes reguladores de servicios públicos... y los entes privados adjudicatarios de procesos de privatización, en cuanto a las obligaciones emergentes de los respectivos contratos.”*

Asimismo la mencionada ley le asigna amplias facultades para *“fiscalizar el cumplimiento de las leyes y reglamentos en relación con la utilización de los recursos del Estado”*. Y para tal cometido, todas las entidades del sector público están obligadas a suministrar los datos necesarios y colaborar con la Auditoría General de la Nación.

Sin embargo, fuerza es reconocer que se advierte un procedimiento reglado, sencillo y operativo para sancionar las consecuencias de las irregularidades que pudieran ser detectadas.¹⁷

Para colmo de males, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ha eliminado la responsabilidad del Estado bajo el absurdo argumento de que tal responsabilidad no le corresponde al derecho civil sino al derecho administrativo, como si éste fuera de jerarquía ontológica superior al primero.

Y para suplir el vacío, se dictó la ley 26.944, pero solo con alcance nacional, por lo que se invita a las Provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherirse a sus términos. A su vez, el art. 9 de la citada ley, dispone que las disposiciones del Código Civil, no son aplicables a la responsabilidad del Estado nacional de manera directa ni subsidiaria. De modo que la responsabilidad del Estado y, principalmente, de los funcionarios queda en una nebulosa y a la suerte de las normas administrativas provinciales que rigen o se dicten en

¹⁷ DRUCAROFF AGUIAR, Alejandro “Responsabilidad civil de los funcionarios públicos”, LA LEY 2007-F, 1258.

la materia, con lo cual el gran dilema que se asoma para el futuro es que jurisdicción es más rigurosa o laxa en materia de responsabilidades.

Corolario.

Si los postulados consagrados en la Constitución Nacional, en la Carta Orgánica del Banco Central, en el Código Civil (derogado por la ley 26.994) y en la Ley de Presupuesto y en la Ley de Administración Financiera Pública hubieran y fueran cumplimentados por los gobernantes de turno, casi con seguridad la historia de la inflación en los últimos 40 años transcurridos, hubiera sido distinta y no tan devastadora al provocar el cercenamiento del futuro colectivo.

No olvidar las sabias palabras de HEMINGWAY quien sostenía que *“La primera panacea para una nación mal administrada es la inflación; la segunda es la guerra. Ambas traen una prosperidad temporal; ambas provocan una ruina permanente. Pero una y otra son el refugio de los oportunistas políticos y económicos.”* En las últimas cuatro décadas hemos pasados por ambas penurias.

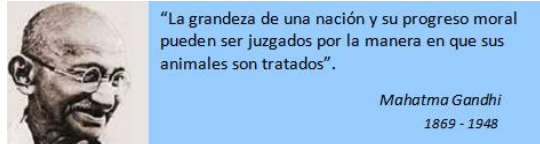
Reitero, el Derecho no tiene soluciones para las causas que originan la inflación, pero si puede prevenirla, al establecer normas que los gobernantes y funcionarios jerárquicos deben acatar, en lugar de tergiversarlas y adaptarlas a sus criterios personales.

~~

Derecho Ambiental

El Derecho Ambiental en el Nuevo Código Civil y Comercial: Una Bienvenida esperada y crítica

Por Hugo Mauricio Trigo¹



I.- INTRODUCCION.

La aprobación –o sanción- del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, ha suscitado debates, discusiones, idas y vueltas en relación a cuestiones omitidas o suprimidas del texto final que en poco tiempo entrará en vigencia para regir la vida “privada” de los ciudadanos de la República.

Es que como toda obra humana, el nuevo Digesto no está exento de críticas pero, en todo caso, las mismas quedarán para el final de éste intento.

Sin embargo, debemos estar seguros que estamos asistiendo a un hecho histórico, presenciándolo y viviéndolo, estamos siendo parte de él, sin que tal trascendencia implique ensalzar personalidades ni personalismos, mucho menos ideologías políticas. Simplemente es algo que, después de casi 150 años, debía inexorablemente ocurrir.

Resulta una creación nacida –según se ha promocionado- exclusivamente de la evolución de la Doctrina y Jurisprudencia Argentinas, sin abreviar en fuentes de otros derechos o sistemas jurídicos, ajenos a nuestra culturalidad, como estábamos acostumbrados. Es más, es en sí una pieza fundamental por su novedad en la inclusión de cuestiones y regulaciones inexistentes e impensadas en legislaciones de países hasta hoy considerados vanguardistas.

Por eso, de lo que no pueden quedar dudas es de su existencia e importancia y de eso se trata este principio de análisis respecto de una materia cuya incorporación al Derecho Privado ha sido largamente deseada y esperada por muchos: el Derecho Ambiental y la Tutela Preventiva. La magnitud y trascendencia de la cuestión en la vida cotidiana actual y futura lo merecía.

II.- LOS LIMITES DIFUSOS DE LAS RAMAS DEL DERECHO.

Desde siempre se trató al Derecho Privado como una rama separada, independiente y hasta, a veces, opuesta al Derecho Público. Compartimientos estancos que, ante la evolución de la vida, de la sociedad, de las relaciones humanas, de las situaciones jurídicas, mantenían cada uno sus principios y reglas sin que éstos “avasallaran” las fronteras del otro.

Hoy, vemos que eso podía –y puede- ser diferente.

¹ Abogado (Universidad Nacional de Mar del Plata) Matriculado en el Colegio de Abogados del Departamento Judicial Dolores. Autor del artículo "Nuevo avance arbitrario de un gobierno monopólico" publicado en Blog CIJUSO en el año 2.013 (http://www.blogcijuso.org.ar/?page_id=17).

Desde su mismo inicio, el Novel Código nos advierte de la denominada “Constitucionalización del Derecho Privado”, de la “Comunicabilidad de los Principios”, de la interrelación existente y necesaria –aunque no siempre advertida por los aplicadores- entre las Reglas Básicas del Derecho Privado y el Derecho Público.

Con ello, se hace difusa la línea que tradicionalmente separó a una rama de la otra, a un Derecho del otro como si fuesen cosas distintas sin posibilidad de comunión y de aplicación conjunta pero coherente y razonable.

No queda excluido de ese proceso y sistematización, lógicamente, el Derecho Ambiental.

III.- UNA BREVE RESEÑA A NUESTRO NOVEL CODIGO.

Resulta clarificador hacer, al menos, una breve reseña a la regulación en la materia que trae la nueva Ley de Fondo, para advertir la magnitud e importancia de la cuestión. Luego, trataré de realizar una conexión con la materia específica Ambiental, sus principios propios y sus objetivos, para concluir con la responsabilidad que el nuevo Código regula en relación al Estado, los funcionarios y los particulares.

III.- a) El Título Preliminar.

En el Título Preliminar se puede advertir ya una concreción de esas Reglas Básicas, de esos Principios Generales del Derecho desde antaño acuñados por el Derecho Privado como parte de su propiedad indiscutible pero que, hoy, hacen a la coherencia e interrelación de un solo sistema, manteniendo comunicación con los principios que rigen en el Derecho Público.

La Buena Fe es hoy una Pauta rectora general de todo el conjunto normativo, no limitada a la esfera contractual sino que cruza transversalmente todo el sistema del Código (Artículo 9).

Muy similar es lo que ocurre con el Abuso del Derecho plasmado actualmente en el Artículo 10 del Digesto que reza “*El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres...*”.

Hasta aquí nada nuevo salvo la ubicación de la norma. Sin embargo, concluye diciendo en el último párrafo que “*...El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.*”.

El ejercicio abusivo de un derecho propio, ha sido desde hace años un límite impuesto en la esfera no sólo del derecho Privado sino más exclusivamente contractual. El abuso era sólo considerado en la relación entre acreedor y deudor derivada de un contrato preexistente que los unía.

De hecho, el hasta hoy artículo 1.071 del Código Civil, se encuentra entre las normas dedicadas a los “actos lícitos”, sin que expresamente surja una posibilidad de aplicación general del principio, justamente general.

La norma sancionada recientemente, a través de la distinta organización y sistematización de tales reglas, ha venido a poner orden y las cosas en su lugar.

Hoy la Buena Fe y el Abuso del Derecho o el ejercicio abusivo de un derecho propio, no son un “coto de caza” del Derecho Privado ni mucho menos de la materia contractual.

III.- b) La Incidencia Colectiva, el Ambiente y el Abuso.

Aquí comienza, si se quiere, la particularidad que pretendo resaltar, la inclusión del Derecho Ambiental y la Incidencia Colectiva de manera expresa y contundente en el texto del Código.

Así expresa, por ejemplo, el **Artículo 14** de la nueva norma: *“Derechos individuales y de incidencia colectiva. En este Código se reconocen: a) derechos individuales; b) derechos de incidencia colectiva. **La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general.**”.*

El último párrafo del artículo transcrito, no es más que el reconocimiento del enorme Principio del Abuso del Derecho ya mencionado arriba –aunque aquí dirigido directamente a la materia Ambiental y la Incidencia Colectiva-, principio que fuera introducido normativamente por la Reforma de 1.968 –Ley 17.711- al Código Velezano saliente, gracias a la magnífica labor desarrollada por la Doctrina Nacional, sobre el cual se han escrito bibliotecas.

La primera particularidad es que aquí y ahora, se lo ha vinculado expresa y tajantemente con la materia ambiental, con la posibilidad de afectar la vida y la salud de todos los habitantes a pesar se resultar la conducta originante una mera acción privada, individual y hasta lícita.

En la actualidad, implica un gran trabajo y esfuerzo lograr la conexión, la vinculación entre lo que para muchos son materias distantes regidas por principios distintos e incomunicados. Citar, analizar e interpretar diversas normas que fueron sancionadas con más de un siglo de distancia del Código Civil y del Código de Comercio, liderados ambos por la propiedad individual y la libre empresa como nortes.

Hoy, tenemos una herramienta más y tan importante como lo es el Código para demostrar que la protección debida al planeta mismo y a quienes lo cohabitan, no es una preocupación de unos pocos, de una casta elitista de personajes inspirados en el altruismo, sino que es una obligación de todos: Estado, funcionarios, empresas y particulares.

El final del Artículo 14 deja claro que nunca un interés individual podrá justificar una conducta que, aún siendo lícita, afecte o pueda afectar al ambiente y a los derechos de la comunidad. Es decir, **siempre que con fundamento en el ejercicio de un derecho individual – personal, societario, comercial, económico, etc.- se puedan afectar derechos colectivos, el ejercicio de aquél derecho será considerado abusivo.**

III.- c) Los Bienes y Derechos de Incidencia Colectiva.

En la Sección 3ª del Título III, Libro Primero, se tratan los *“Bienes con relación a los derechos de incidencia colectiva.”.*

Allí, regla el **Artículo 240**: *“Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes. **El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1ª y 2ª debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva...**”.*

Cuando el Artículo menciona *“Las Secciones 1ª y 2ª”*, se refiere a la regulación de los bienes y las cosas en general, con relación a las personas, los bienes muebles e inmuebles, del dominio público como el privado, etc.

Se reafirma la generalización de la obligación de respetar al Ambiente y a los Derechos que todos titularizamos. El señorío sobre las cosas ya ha dejado de ser absoluto hace tiempo; hoy es más relativo que nunca y ha quedado expresado en la obra que nos regirá por años.

Hoy, en la sociedad actual, el uso y goce de los bienes y las cosas, la realización de actividades productivas -rentables o no-, debe tener presente, antes que sus fines, sus consecuencias.

III.- d) La Jurisdicción y el respeto a los Principios Ambientales.

La segunda parte del Artículo 240 expresa: “...***El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1ª y 2ª ...Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial.***”.

El **Artículo 241** impone: “***Jurisdicción. Cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable.***”.

Esto nos ubica directamente en el ámbito de la Constitución Nacional y por ello la “*constitucionalización*” mentada al iniciar este comentario. Desde el Artículo 41 de la Carta Magna se impone la creación o declaración de los Presupuestos Mínimos.

Ahora es una obligación legal en “cualquier” jurisdicción, respetar la normativa ambiental. Ya no es una cuestión de oportunidad, de momentos, de territorios, de gobiernos locales, de regiones, de emprendimientos: hoy, se tengan o no en la jurisdicción normas locales sobre protección ambiental, no podrán obviarse los lineamientos nacionales.

Aquí es oportuno realizar una disquisición en relación a los objetivos y los principios Ambientales.

En cuanto a los Objetivos de la Política Ambiental Nacional, el **art. 2º de la Ley General del Ambiente** (Nº 25.675) prescribe que serán: **a) Asegurar la preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de la calidad de los recursos ambientales**, tanto naturales como culturales, en la realización de las diferentes actividades antrópicas; **b) Promover el mejoramiento de la calidad de vida** de las generaciones presentes y futuras, en forma prioritaria; **c) Fomentar la participación social** en los procesos de toma de decisión; **d) Promover el uso racional y sustentable de los recursos naturales**; **e) Mantener el equilibrio y dinámica de los sistemas ecológicos**; **f) Asegurar la conservación de la diversidad biológica**; **g) Prevenir los efectos nocivos o peligrosos** que las actividades antrópicas generan sobre el ambiente para posibilitar la sustentabilidad ecológica, económica y social del desarrollo; **h) Promover cambios en los valores y conductas sociales** que posibiliten el desarrollo sustentable, a través de una educación ambiental, tanto en el sistema formal como en el no formal; **i) Organizar e integrar la información ambiental y asegurar el libre acceso** de la población a la misma; **j) Establecer un sistema federal de coordinación interjurisdiccional**, para la implementación de políticas ambientales de escala nacional y regional; **k) Establecer procedimientos y mecanismos adecuados para la minimización de riesgos ambientales, para la prevención y mitigación de emergencias ambientales y para la recomposición de los daños** causados por la contaminación ambiental.

A su turno, de la legislación especial o específica surgen los llamados Principios de Política Ambiental que deberán guiar la interpretación y aplicación de toda la normativa ambiental, sea ésta nacional o local, están expresamente establecidos y definidos en la **Ley General del Ambiente** (Nº 25.675), a través de su **artículo 4º** y son:

1) Principio de congruencia: La legislación provincial y municipal referida a lo ambiental o que tenga incidencia sobre el Ambiente deberá ser adecuada a los principios y normas fijadas en la Ley General; en caso de que así no fuere, éstos prevalecerán sobre toda otra norma que se le oponga⁽²⁾.

2) Principio de prevención: Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir⁽³⁾. Este Principio hoy aparece ratificado en el Código a través de la “Acción Preventiva” de la que más abajo nos ocuparemos.

3) Principio precautorio: Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente⁽⁴⁾.

4) Principio de equidad intergeneracional: Los responsables de la protección ambiental deberán velar por el uso y goce apropiado del ambiente por parte de las generaciones presentes y futuras⁽⁵⁾.

5) Principio de progresividad: Los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos⁽⁶⁾.

6) Principio de responsabilidad: El generador de efectos degradantes del ambiente, actuales o futuros, es responsable de los costos de las acciones preventivas y correctivas de recomposición, sin perjuicio de la vigencia de los sistemas de responsabilidad ambiental que correspondan⁽⁷⁾.

² Este Principio de Congruencia no hace más que ratificar la vigencia y obligatoriedad del Sistema de Presupuestos Mínimos que se impone desde la Máxima Ley de la Nación y, asimismo, salvaguardar el Principio Constitucional de Supremacía expresado en el art. 31 de la Carta Magna, según el cual “*La Constitución, las leyes de la Nación...son la ley suprema...y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella...*”. Asimismo, la propia Constitución establece la obligatoriedad y respeto del Sistema de Presupuestos Mínimos en el art. 41.

³ Dice un dicho de fuerte raigambre popular que vale más prevenir que curar. El Principio de Prevención no es otra cosa que la normativización o positivización de éste principio nacido del sentido común y de la lógica más elemental: no debe esperarse a que el daño se produzca máxime en una materia en la que la vuelta de las cosas al estado anterior será materialmente imposible en casi la totalidad de los supuestos.

⁴ El Principio Precautorio es una especie de medida cautelar ya preexistente en la ley. Las medidas preventivas del daño ambiental deben ser dispuestas y aplicadas aún cuando sobre su existencia no se tenga certeza con rigor científico. Es preferible hacer esperar a quien pretende desarrollar la actividad o la obra, antes que arriesgar la estabilidad del ambiente o los recursos.

⁵ La Intergeneracionalidad es otra concreción en la ley de una garantía emanada de la propia Constitución Nacional.

⁶ El Principio de Progresividad obedece a la “novedad” de la materia ambiental. Mal podría imponerse el cumplimiento sin más de los objetivos propuestos cuando no se cuenta con un sistema apto para ello en lo administrativo, en lo judicial, en lo educativo, etc.

⁷ El Principio de Responsabilidad, si bien resulta un tanto confuso en su redacción legal, implica que el sujeto -Estado o particulares-, de cuya conducta -por acción u omisión- derive o pueda derivar un daño al ambiente, cargará con el costo económico y “material” que conlleven las acciones necesarias para corregir el daño si es actual o bien prevenirlo si fuese futuro.

7) Principio de subsidiariedad: El Estado nacional, a través de las distintas instancias de la administración pública, tiene la obligación de colaborar y, de ser necesario, participar en forma complementaria en el accionar de los particulares en la preservación y protección ambientales⁽⁸⁾.

8) Principio de sustentabilidad: El desarrollo económico y social y el aprovechamiento de los recursos naturales deberán realizarse a través de una gestión apropiada del ambiente, de manera tal, que no comprometa las posibilidades de las generaciones presentes y futuras⁽⁹⁾.

9) Principio de solidaridad: La Nación y los Estados provinciales serán responsables de la prevención y mitigación de los efectos ambientales transfronterizos adversos de su propio accionar, así como de la minimización de los riesgos ambientales sobre los sistemas ecológicos compartidos⁽¹⁰⁾.

10) Principio de cooperación: Los recursos naturales y los sistemas ecológicos compartidos serán utilizados en forma equitativa y racional. El tratamiento y mitigación de las emergencias ambientales de efectos transfronterizos serán desarrollados en forma conjunta⁽¹¹⁾.

Todos estos principios, objetivos y presupuestos mínimos, deben guiar y ordenar toda actividad estatal o particular, social, comercial, individual o societaria, que pretenda realizarse en el territorio nacional. Ahora, es una obligación legal su respeto en todos los ámbitos.

III.- e) La Tutela Preventiva y la Legitimación.

Por último, en el Libro Tercero, dedicado a "**Los Derechos Personales.**", resultan particularmente importantes tres normas incluidas en el Título V, sección 2ª bajo el parágrafo "**Función preventiva y punición excesiva**", a saber: los arts. 1.710, 1.711 y 1.712.

Allí dice el **Artículo 1.710:** "**Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: ...b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo.**".

⁸ La Subsidiariedad impone al estado Nacional la obligación de "hacerse presente" junto a los particulares. Es decir, el hecho de que el Estado no sea en un caso concreto quien desarrolla la obra o actividad que pueda tener efectos sobre el ambiente, no lo exime de su participación complementaria pero activa junto al particular, de su deber de prestar colaboración, de estar en subsidio de él y hasta afrontar los costos en los supuestos en que los particulares no logren hacerlo, pues es, en definitiva, el garante máximo del ambiente calidad derivada de su carácter de dómimo, claro que en el ámbito de jurisdicción o competencia. La idea subyacente es que el daño ambiental jamás deberá quedar sin reparación.

⁹ La Sustentabilidad es, en la materia, la "piedra angular" de toda la cuestión ambiental. Aquél concepto que vió la luz por primera vez en el Informe Brundtland en 1987, se conecta a la vez con la intergeneracionalidad y, sobre todo, la racionalidad y razonabilidad en el aprovechamiento. Fija el primer y esencial parámetro al que debe ceñirse el desarrollo tanto económico como tecnológico.

¹⁰ La Solidaridad es establecida entre los Estados -Nación y Provincias o éstas entre sí- para los casos de efectos ambientales nocivos que trasciendan las fronteras de cada uno, es decir, cuando las consecuencias se concreten en o sobre más de un territorio o jurisdicción.

¹¹ El Principio de Cooperación resulta una complementación para el de Solidaridad en cuanto impone a los Estados tratar conjuntamente las consecuencias interjurisdiccionales. Pero a la vez es una reafirmación de los de Sustentabilidad, Intergeneracionalidad y prevención desde que reitera la obligación de utilizar y aprovechar los recursos atendiendo a la racionalidad y a la equidad.

Seguimos así en el camino de la “Constitucionalización”, pues la norma trae al llano de la legislación infraconstitucional la manda del Artículo 41 de nuestra Carta Magna que impone, en relación específica al Ambiente, a “*Todos los habitantes...el deber de preservarlo...*”.

Incluso, vemos que en su texto se prevé la posibilidad de que el daño pueda ser –o haya sido- causado por un tercero.

A su turno el **Artículo 1.711** dice: “***Acción preventiva. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución.***”.

Esta es una norma de carácter procesal. Crea, en el Código de fondo, una acción similar a la de daño temido, una especie de acción policial a la manera de las tradicionales para proteger la posesión.

Es absolutamente innovador que la norma, expresamente, exima de alegar y acreditar factores atributivos de responsabilidad y ello, entiendo, por una razón fundamental: no se está discutiendo la responsabilidad de ningún sujeto sino, por el contrario, de lo que se trata es de evitar, prevenir, anticipar un daño o su agravación. Queda para una etapa posterior, no admitida en ésta acción, la determinación de responsabilidad y eventualmente la reparación de daños.

La duda que podrá presentarse, se da con respecto a la acción madre de todas las acciones, máxime en el Derecho Ambiental: la acción de Amparo. Es que el amparo es la más efectiva, rápida y protectora de las acciones y, en la norma transcrita, se presenta la disyuntiva entre la nueva acción preventiva que no exige factor atributivo y la tradicional acción de amparo que sí lo requiere, sea objetivo, subjetivo. Pues en la acción de amparo deberá acreditarse el acto o la omisión del Estado o de un particular que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace ilegal o arbitrariamente derechos y garantías constitucionales. Siempre deberá atribuirse a alguien el hecho –acción u omisión- y alguien será el responsable o la acción no será admisible o no se declarará procedente.

¿Será entonces a través de ésta nueva acción que podrá encontrarse, quizás, el “***...otro medio judicial más idóneo...***”, claro que sólo a los efectos de la prevención? ¿Será ésta la verdadera acción popular tan reclamada? Por ahora los interrogantes quedan abiertos hasta tanto se comience a caminar con la nueva herramienta.

Y, finalmente, el **Artículo 1.712** expresa: “***Legitimación. Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño.***”.

La norma está ubicada inmediatamente después de la que otorga la denominada “acción preventiva”, por eso la legitimación que trata es sólo a los efectos de ésta última, es decir, la legitimación amplia o flexible viene a remediar, en cuanto a la prevención de daños se refiere, las lagunas y discusiones existentes hasta la fecha. Ya no será “cualquier persona”, el “afectado”, el “damnificado directo”, etc. Ni siquiera se requiere un interés legítimo sino que hora es lisa suficiente que se tenga “***interés razonable***”.

Definitivamente, el Código ha venido a reconocer pero también a modificar y crear.

IV.- LA RESPONSABILIDAD EN EL NUEVO CODIGO.

En relación a la cuestión Ambiental, el tema de la Responsabilidad Civil no es una materia menor ni que pueda ser tomada a la ligera.

No sólo se trata, en los casos en que sea posible, de reponer las cosas a su estado anterior a los hechos y de recomponer el Ambiente, sino que, en muchos de los casos –sea o no aquello posible-, deberá repararse el daño individual causado –o más bien injustamente sufrido-, y para tal pretensión resarcitoria deberá echarse mano al sistema de la Responsabilidad Civil que, desde la Ley 26.944 y en particular ahora, viene a presentar importantísimos cambios.

Primeramente, debemos deslindar la responsabilidad de los particulares pues, en caso que éstos sean los autores o causantes del daño ambiental en la esfera individual, ella se regirá por las normas comunes que trae el Nuevo Código y que mantiene, en lo sustancial, el sistema actualmente vigente.

Los cambios fundamentales se presentan en torno a la Responsabilidad Civil del Estado en cuanto persona jurídica y, consecuentemente, la de sus funcionarios. Hablo en particular de la regulación de la Responsabilidad por la intervención de cosas o de ciertas actividades en sus “supuestos especiales”.

Y sostengo su importancia porque el Estado es el dueño de los recursos naturales pero, además, es quien tiene a su cargo la obligación de control, la “garantía de seguridad o indemnidad” sobre el Ambiente.

IV.- a) La [ir]responsabilidad del Estado.

Luego de reglar la responsabilidad civil de las Personas Físicas y Jurídicas en general y la de sus administradores o directores, el nuevo compendio normativo trata la que correspondería al Estado y sus funcionarios. Hay que aclarar como adelantamos más arriba, que en el punto se mantiene en vigencia la ley 26.944⁽¹²⁾ de relativa reciente sanción por lo que

¹² La **Ley Nacional 26.944**, que mantiene en principio su vigencia aún después de sancionado el Nuevo Código, ya desde su artículo 1º limita fuertemente la responsabilidad del Estado y su alcance resarcitorio. **ARTICULO 1º:** Esta ley rige la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas. La responsabilidad del Estado es objetiva y directa. Las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria. La sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios. **ARTICULO 2º:** Se exime de responsabilidad al Estado en los siguientes casos: a) Por los daños y perjuicios que se deriven de casos fortuitos o fuerza mayor, salvo que sean asumidos por el Estado expresamente por ley especial; b) Cuando el daño se produjo por el hecho de la víctima o de un tercero por quien el Estado no debe responder. **ARTICULO 3º:** Son requisitos de la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima: a) Daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; b) Imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal; c) Relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue; d) Falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado; la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado. **ARTICULO 4º:** Son requisitos de la responsabilidad estatal por actividad legítima: a) Daño cierto y actual, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; b) Imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal; c) Relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño; d) Ausencia de deber jurídico de soportar el daño; e) Sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido. **ARTICULO 5º:** La responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional. En ningún caso procede la reparación del lucro cesante. La indemnización de la responsabilidad del Estado por actividad legítima comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas. Los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho a indemnización. **ARTICULO 6º:** El Estado no debe responder, ni aun en forma subsidiaria, por los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de los servicios públicos a los cuales se les atribuya o encomiende un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada.

puede suscitarse un conflicto de leyes y de donde el perjuicio al administrado derivará no sólo de las normas aplicables –únicamente las del Derecho Administrativo- sino mayormente de la vía exigida –administrativa al menos previa- y de los rubros y el *quantum* de la eventual reparación exigible.

Así expresa el Código sancionado:

Artículo 1.764.- *“Inaplicabilidad de normas. Las disposiciones del Capítulo 1 de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria.”.*

El Título al que se refiere la norma es el Título V del Libro Tercero que se dedica a las “Otras fuentes de las Obligaciones”; y el Capítulo 1 de “éste Título” no es otro que el dedicado a la Responsabilidad Civil.

Lisa y llanamente el Poder Ejecutivo Nacional al modificar en la materia el texto del Anteproyecto, suprimió sin ambigüedades ni eufemismos la posibilidad de atribuir responsabilidad civil al Estado y remite la eventual reclamación a las normas de Derecho Administrativo, con todo lo que ello implica. Buscar fines o intenciones espurios u ocultos no es el objeto de éste humilde trabajo. Sí dejar expresada la opinión de quien conoce y sabe de los laberínticos caminos de los procedimientos administrativos, de la burocracia estatal ineficaz –la eficaz es la que debería existir, claro-, del incumplimiento o del mal cumplimiento de actos –notificaciones inexistentes, p. ej.-, de la falta de respeto a los plazos impuestos, de la forzosa iniciación de procesos de amparo por mora de la administración, etc.

Artículo 1.765.- *“Responsabilidad del Estado. La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda.”.*

La remisión que la norma efectúa al Derecho Administrativo, podrá tener –en principio y teniendo en cuenta lo expresado precedentemente- dos consecuencia directas: 1) la muerte o supresión del derecho del administrado a reclamar los daños que pueda sufrir a raíz de una actividad del Estado, sea ésta lícita o ilícita pues el artículo no discrimina como sí lo hacía el Anteproyecto; 2) el ataque a la norma desde su misma entrada en vigencia por resultar arbitraria e inconstitucional (al igual que la Ley 26.944).

Tanto el sistema que consagra el Código como el adoptado por la Ley de Responsabilidad del Estado -26.944-, coartan, en mi opinión, arbitraria e inconstitucionalmente, la posibilidad de reclamación de los daños sufridos con carácter integral pues se limita sin razón valedera los eventuales rubros resarcibles y la aplicación de las normas de responsabilidad civil.

El texto del Anteproyecto, conforme a la redacción original, preveía:

Artículo 1.764.- *“Responsabilidad del Estado. El Estado responde, objetivamente, por los daños causados por el ejercicio irregular de sus funciones, sin que sea necesario identificar a su autor. Para tales fines se debe apreciar la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño.”.*

El Anteproyecto sostenía, al igual que el texto aprobado, la objetivación de la responsabilidad estatal pero hacía aplicable el sistema de responsabilidad civil o común, no reenviaba al Derecho Administrativo como único sistema jurídico aplicable.

Asimismo, en el Anteproyecto se trataban diferenciadamente las responsabilidades estatales según la causa se encontrara en la actividad lícita o ilícita.

Artículo 1.766.- *“Responsabilidad del Estado por actividad lícita. El Estado responde, objetivamente, por los daños derivados de sus actos lícitos que sacrifican intereses de los particulares con desigual reparto de las cargas públicas. La responsabilidad sólo comprende el resarcimiento del daño emergente; pero, si es afectada la continuación de una actividad, incluye la compensación del valor de las inversiones no amortizadas, en cuanto hayan sido razonables para su giro.”.*

No es el lugar ni el momento para analizar si las normas contenidas en el Anteproyecto brindaban justicia y protección al ciudadano contra la Administración, pues los textos fueron suprimidos algunos y modificados hasta casi desaparecer otros y en consecuencia, no serán ley aplicable. Sí creo que resulta válida tener al menos la posibilidad de contrastarlos para entender, en un primer acercamiento, de qué estamos hablando cuando se discute la [ir]responsabilidad del Estado y hasta dónde se tiene voluntad de cuidar, desde los más elevados peldaños del poder, al habitante común ampliando o restringiendo sus derechos.

IV.- b) La [ir]responsabilidad de los Funcionarios.

El Código sancionado expresa, de manera similar a lo que ocurre con el Estado mismo, que:

Artículo 1.766.- *“Responsabilidad del funcionario y del empleado público. Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda.”.*

No sólo se exime de responsabilidad al Estado por los daños que causen sus funcionarios en el ejercicio u ocasión de sus funciones desarrolladas lícitamente, sino que aún en el caso de ser ejercidas en forma irregular, es decir, desviada, se los responsabiliza según las normas del Derecho Administrativo excluyendo, otra vez, la posibilidad de reparación integral y la posibilidad de reclamar directamente en sede judicial por los daños derivados de funciones mal desempeñadas.

El texto del Anteproyecto, conforme la redacción original, establecía:

Artículo 1.765.- *“Responsabilidad del funcionario y del empleado público. El funcionario y el empleado público son responsables por los daños causados a los particulares por acciones u omisiones que implican el ejercicio irregular de su cargo. Las responsabilidades del funcionario o empleado público y del Estado son concurrentes.”.*

Sólo de la comparación textual de una norma –la sancionada- y otra –la proyectada en origen- se advierte la diferencia sustancial y la restricción de derechos al ciudadano común.

Ahora bien. No se refiere en particular al tema ambiental pero vale la pena detenerse en el punto. Lo que no se alcanza a vislumbrar es cuál podrá ser el motivo para discriminar de tal manera un funcionario de otros, al funcionario a secas y al titular de un establecimiento educativo, claro, que sea de gestión estatal.

Artículo 1.767.- *“Responsabilidad de los establecimientos educativos. El titular de un establecimiento educativo responde por el daño causado o sufrido por sus alumnos menores de edad cuando se hallen o deban hallarse bajo el control de la autoridad escolar. La responsabilidad es objetiva y se exime sólo con la prueba del caso fortuito. El establecimiento educativo debe contratar un seguro de responsabilidad civil, de acuerdo a los requisitos que fije*

la autoridad en materia aseguradora. Esta norma no se aplica a los establecimientos de educación superior o universitaria.”.

Al referirse al “titular”, está haciendo directa mención al Director o persona que se encuentre a cargo del establecimiento. No se refiere al dueño o propietario pues de lo contrario el Estado sería responsable en los términos de ésta norma contradiciendo el sistema antes analizado. El “titular” del establecimiento de gestión estatal no cabe duda que debe ser considerado un funcionario público, pues da fe de determinados actos, decide dentro de la institución, es la encarnación de la autoridad ejecutiva dentro del establecimiento, lo representa y a la vez representa al propio Estado en los actos que participe.

Lo que no se entiende, es por qué se excluye a los funcionarios de la responsabilidad civil común y se mantiene a los “titulares” de establecimientos educativos incluidos los estatales o de gestión pública, a los que se condena *ex ante* a sujetarse a las reclamaciones por la vía civil y en exceso porque la única posibilidad de eximición es por caso fortuito pero no se eximiría aún el titular si lograra probar la fuerza mayor o el hecho de un tercero que no pudo evitar.

Esto seguro tendrá incidencia en la conducta que los “Titulares” de los establecimientos de educación de gestión estatal comiencen a desarrollar, en las prohibiciones que se implementen, en fin, tendrá incidencia segura en la vida de las instituciones educativas gestionadas por el Estado.

IV.- c) Los conceptos y montos indemnizables.

Quizás sea éste el epicentro de la crítica a la exclusión -o eliminación- del Estado y sus funcionarios del régimen de la responsabilidad común. Aquí habrá que conjugar las normas de la Ley 26.944, las que trae el Nuevo Código y las especiales del Derecho Ambiental, además claro, de las Constituciones –Nacional y de las provincias- y los Tratados Internacionales.

El art. 1.764 del Código establece la inaplicabilidad de las normas del Cuerpo Normativo a la responsabilidad del Estado, regla que es ratificada por la Ley 26.944 en su art. 1°.

El art. 1.765 expresa que esa responsabilidad se regirá sólo por las normas del Derecho Administrativo.

El art. 1.766 hace lo propio con respecto a los funcionarios públicos.

Es claro que la reparación integral, la obligación de mantener indemne a la víctima de un daño injustamente sufrido, cuyo reconocimiento ha desvelado a la doctrina y a la jurisprudencia durante décadas de evolución, viene hoy a retroceder sin mayor explicación ni fundamento que, como es de suponer, evitar juicios contra el Estado.

Asimismo, la Ley 26.944 en su art. 1° excluye la posibilidad de aplicar sanciones patrimoniales –multas, astreintes, etc.- contra el Estado o sus agentes y funcionarios.

El art. 2° de la Ley citada exime al Estado de responsabilidad cuando medie caso fortuito o fuerza mayor y cuando el daño derive de la actividad de un tercero ajeno. Pensemos por un momento en los casos de daño al ambiente, en que el dueño de los recursos es el propio Estado. ¿Quién reparará?

El art. 6° de la citada Ley excluye de la obligación del Estado de reparar a “...los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de los servicios públicos a los cuales se les atribuya o encomiende un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada...”.

Resulta en extremo importante la norma o, en realidad, sus consecuencias. Los concesionarios y/o contratistas de servicios públicos son adjudicatarios o licenciatarios de servicios que debería prestar el Estado. Por ejemplo, creación y mantenimiento de rutas y autopistas, telefonía, etc. Si por el motivo que fuere el Estado decide no prestar tales servicios directa y personalmente y concederlos a un tercero, no puede derivar de ello un perjuicio al ciudadano, habitante, usuario. La norma dice literalmente que si un concesionario ocasiona un daño a un usuario en el desarrollo de la función concedida, el Estado no responderá. Podemos compartir la exclusión de esa responsabilidad cuando el concesionario se extralimita en sus funciones o en el desarrollo de la actividad, nunca cuando el daño se deriva del ejercicio legítimo o legal de esa actividad. Allí el Estado deberá ser –como hoy- tan responsable como el contratista o concesionario. Quien quiera ver en esto una “solución” a los inconvenientes surgidos de siniestros ocurridos en la última década –Tragedia de Once, por ej.-, podrá dar sus motivos y muchos podremos compartirlos. Sin embargo, quitar del sistema de responsabilidad dejando sin reparación justa al usuario, no es la solución. Sólo imaginemos dos situaciones: a) el caso en que por un siniestro y los eventuales reclamos el contratista presente su concurso preventivo y posterior quiebra, y b) el caso en que el siniestro se origine en la falta de mantenimiento y no exista control de la autoridad concedente, tampoco el Estado será responsable o lo será en la medida de sus propias reglas. ¿Cuánto más perjudicial será la aplicación práctica de la norma en lo relativo a los daños ambientales y colectivos?

V.- COLOFON. PRIMERAS CONCLUSIONES.

A modo de colofón trataré de esbozar algunas conclusiones que pueden considerarse preliminares puesto que aún no ha entrado en vigor el nuevo Digesto y de su aplicación efectiva surgirá todo un mundo jurídico nuevo.

Por un lado, debe celebrarse, reitero, sin bandería política alguna, la sanción de ésta enorme obra fruto de la investigación, recopilación, análisis y reflexión de los más prestigiosos juristas y doctrinarios de nuestro Derecho.

Se ha dado un gran salto cualitativo dejando atrás –o para comenzar a hacerlo- la vieja y arraigada concepción privatista eminentemente individualista del Derecho Privado, entendido como una isla dominada por una visión economicista de las relaciones sociales y personales.

Se han ampliado los derechos y las posibilidades de su ejercicio, se han incluido nuevas categorías de sujetos ya reconocidos en otros ámbitos y que el Derecho Civil debía receptor en forma expresa.

Se ha ampliado, en el caso concreto de los derechos de incidencia colectiva y cuestiones ambientales, la legitimación para actuar en prevención de los daños –tutela preventiva- o para impedir la agravación.

Creo, humildemente, que se perdió una gran oportunidad para reconocer expresamente en la Ley derechos sustanciales y básicos, fundamentales, como es el caso del “Acceso al Agua Potable”, previsto en el Anteproyecto de la Comisión Redactora (Art. 241), suprimido directamente por el P.E.N. al enviar el Proyecto al Congreso, el que fue aprobado sin mayor debate. Es al menos penoso que los intereses económicos y de empresas

internacionales o transnacionales –minerías por ejemplo- sigan pesando más que la necesidad de las personas que habitan la República.

Se dejó pasar, por último, la oportunidad de reconocer en los animales a algo más que una simple cosa según la concepción tradicional, sometida a la voluntad y egoísmo insensible muchas veces de su propietario y hasta del estado –animales sin dueño, abandonados, etc.-. Se omitió su consideración como verdaderos Sujetos de Derechos, aunque no sean personas humanas, cuestión bien distinta, o bien, como en otras legislaciones, Seres Sensibles –a fin de evitar posiciones y debates extremos-. Lo que es claro, es que no puede ya mantenerse la concepción clásica y ya superada en los hechos que no se hace cargo de la relación que debemos mantener con las restantes especies que habitan el planeta.

Cabe aquí resaltar una gran crítica al texto final aprobado pues, en torno a la Responsabilidad Civil del Estado y sus funcionarios, la remisión a las normas del Derecho Administrativo y la exclusión del estado en los casos de daños por prestación de servicios públicos concesionados, no es más que pretender, en los hechos, eximirlos lisa y llanamente si nos atenemos a la situación actual de nuestra Administración Pública.

Baste, al respecto, comparar las normas dedicadas al Estado y sus funcionarios y la dedicada a los Titulares de establecimientos educativos. Los primeros son eximidos prácticamente de toda de responsabilidad y los segundos resultan responsables en forma personal y directa hasta incluso excesivamente como si la Educación no fuera una de las funciones del Estado y como si los Directores de los establecimientos de gestión estatal no fueran funcionarios. Sinceramente se abren varios interrogantes respecto a la cuestión y por ahora, no tendrán respuesta cierta hasta tanto comience a caminar en el sendero de la aplicación de la nueva norma.

Claro que siempre es esperable más y es por eso que debemos seguir bregando.

No se trata de halagar una tarea porque sí, ni de alabar una Ley por obediencia debida. Es más, probablemente dentro de los miles de artículos que el Código contiene para regular la vida “privada” y las relaciones humanas, muchos sean desde el día uno de su vigencia tachados de injustos, de inconstitucionales. Quizás ese planteo surja de quien escribe éstas líneas y dependerá de la tarea que nos toque en la oportunidad llevar adelante. Pero eso no debe hacernos perder de vista la importancia y trascendencia de la obra, que está, en principio, destinada a perdurar en el tiempo.

Viene al caso recordar las sabias palabras del Poeta:

*“Todo pasa y todo queda, pero lo nuestro es pasar,
pasar haciendo camino, camino sobre la mar...
Caminante, son tus huellas del camino, y nada más
caminante no hay camino, se hace camino al andar,
al andar se hace el camino y al volver la vista atrás
se ve la senda que nunca se ha de volver a pisar
caminante no hay camino sino estelas en la mar.”*

Dolores, Marzo de 2.015

~~

Derecho del Transporte

La constitucionalización del Derecho del Transporte

Por Luis Cavalli¹

Dato fehaciente que agota las curiosidades de analistas de superficie y asimilan sin más los lectores de diarios y consumidores de conocimiento de la realidad tamizada y deformada por los diversos canales de televisión y medios internéticos, es que esta década es absolutamente contraria, antitética y opuesta a la década del noventa. El bombardeo mediático ha sido tal que nos dejó creer por un tiempo que ese relato se bastaba a sí mismo para demostrar su trascendencia y el sentido de su existencia. Sin embargo, un estudio un poco más detallado y fervoroso de la normativa del sistema de transporte, nos obligó a especiales desvelos de los que se suele prescindir en ocasiones más cómodas. El cotejo de los considerandos y objetivos incorporados en los artículos dispositivos de las normas vigentes, que con clara intención propedéutica nos ha legado el ideólogo de los noventa, disiparon las dudas sobre el presente, por lo que dejamos la complaciente lectura de los dichos de coyuntura, por la investigación de la normativa pura, comparando pasado y presente. ¿Y qué pasó? ¡Sorpresa! No hay nada que comparar, porque las normas son las mismas.

La normativa vigente del sistema de transporte argentino es la misma que fue sancionada en los inicios de la década del noventa.

Con un agravante fundamental: la normativa dictada por entonces y que se encuentra vigente en la actualidad, es previa a la reforma constitucional de 1994, de manera tal que no existe la constitucionalización del derecho, proceso necesario y obligatorio dentro de la jerarquía de normas que establece la propia Constitución Nacional en el derecho argentino. Este es uno de los fundamentos que esgrime el Mensaje 884 del Poder Ejecutivo Nacional al Congreso Nacional para proceder a la reforma y unificación del código civil y comercial.²

Solo encuentra, y de manera parcial, “comunidad de principios entre la Constitución Nacional, el derecho público y el privado”³, lo que se ha incorporado al Código Civil y Comercial de la Nación: lo referente al contrato de transporte y parte de la protección al usuario y consumidor.⁴ Lo que representa una porción muy menor del derecho del transporte, porque este es el conjunto de normas de derecho público y privado que regula la relación de las personas con el sistema de transporte. El sistema de transporte es el conjunto de vehículos que lo facilitan, la infraestructura que lo soporta, las operaciones y normas jurídicas, que interactúan entre sí y con el entorno, con el objetivo de trasladar desde un lugar a otro, personas o cosas.

¹ Abogado especialista en el Régimen Jurídico de los Recursos Naturales por la UBA. Sus últimos libros publicados son: “Ambiente Petróleo y gas” en coautoría con Pigretti, Eduardo y Bllorio Clabot, Dino. Ed Lajouane. 2011. “Derecho Ambiental de aguas” en coautoría con Pigretti y Bellorio Clabot. Ed Lajouane 2012. “Mariano Moreno. 1805-1811” Ed. Lajouane. 2010. “Derecho Agrario Ambiental” en Coautoría con Bellorio Calbot, Dino. Ed Ad Hoc. 2009. Fue hasta noviembre de 2011 Vicedecano de la Facultad de Derecho y Ciencias sociales de la Universidad de Belgrano. Es Profesor Asociado de la materia Derecho de los Recursos Naturales y Medio Ambiente de la UAI. Es miembro del Instituto de Ecología, Ambiente y Recursos Energéticos del CPACF. Es Profesor con ofertas de cursos a distancia de la Fundación CIJUSO.

² Mensaje N°884 del Poder Ejecutivo Nacional al Congreso de la Nación del 7 de junio de 2012 para solicitarle el tratamiento del Código Civil y Comercial de la Nación.

³ Idem ant.

⁴ Decimos parte, porque sigue vigente la Ley 24.240 y sus modificatorias.

La Constitución Nacional incorpora en el año 1994 con jerarquía superior a las leyes en el artículo 75 inciso 22 a los tratados de derechos humanos, que colocan a la persona humana como centro de toda protección jurídica. Estos derechos deben ser respetados por las demás personas, físicas o jurídicas y por los estados. Incorpora, asimismo, los derechos llamados de tercera generación, los derechos de incidencia colectiva, como género que contiene a los derechos de la no discriminación, a la competencia, los derechos de usuario y consumidor y a la protección ambiental. Respecto específicamente del transporte como factor fundamental del comercio y la producción, agrega a lo ya establecido en el artículo 75 inciso 18, el inciso 19, donde el Congreso Nacional debe promover al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones. Nada de esto se encuentra en los objetivos de la normativa del transporte actual.

La normativa del transporte vigente se edifica a partir de la Ley de Reforma del Estado N° 23.696/89, que elude la Constitución Nacional, con objetivos vinculados a principios neoliberales, que son la versión argentina de las diez recomendaciones del Consenso de Washington. Quienes elaboraron esas recomendaciones constataron, diez años después, su fracaso, argumentando que se debió al excesivo “fundamentalismo de mercado” de sus impulsores. A pesar de ello no tenemos en la Argentina la misma visión traducida, no en palabras, sino en medidas concretas plasmadas en normas jurídicas, que hayan producido la corrección necesaria que habría que haber realizado a partir del fracaso de esas políticas, y de manera notoria en el sistema de transporte argentino.⁵ Por ello:

Es necesario en el derecho del transporte abrogar la normativa de los noventa y elaborar una normativa que contenga su constitucionalización, lo que implica la comunidad de principios entre la Constitución Nacional, el derecho público y el privado.

La transformación revolucionaria de los noventa

En noviembre de 1989 el entonces Presidente Carlos Menem sintetizó cual iba a ser la política pública del sistema de transporte para las décadas siguientes: “*Ramal que para, ramal que cierra*”, refiriéndose a los ferrocarriles. Basada en la omnipotente Ley de Reforma del Estado N° 23.696, la norma consecuente que reguló y regula actualmente el transporte automotor de pasajeros por carretera, el Decreto 958/ 92 explicita la justificación de su dictado en que, “la demanda de servicios de transporte de pasajeros se ha incrementado y se incrementará en el futuro como consecuencia de la *reconversión de los servicios ferroviarios* y de las ventajas relativas que aquéllos presentan en materia de flexibilidad y diversidad.”⁶

Donde *reconversión* es equivalente a desaparición, desmejoramiento, abandono del mantenimiento de la infraestructura, estancamiento y deficiencia de la calidad de servicio del ferrocarril. El mismo Decreto fija los fines que persigue la norma, en el marco de la Ley de Reforma del Estado: “*adaptar el régimen del transporte terrestre de pasajeros a los principios de apertura y competencia que ha implementado el Gobierno Nacional en otros sectores del transporte...*” Estas simples afirmaciones son una síntesis sencilla de lo que fue y es la política pública y privada⁷ del sistema de transporte argentino.

⁵ Analizamos esta situación más adelante en este artículo.

⁶ Considerandos del Decreto 958/92

⁷ Decimos pública y privada porque el sistema fue concebido desde el sector privado y materializado en el público. La empresa que fuera operadora de la Línea ferroviaria Sarmiento, le fue concedido un recorrido de línea de colectivo urbano y suburbano que sigue paralelo a las vías del Sarmiento. ¿Coincidencia? ¿Es este un mercado libre de oferta y demanda donde una empresa compite consigo misma? ¿Habría sido casualidad el desmejoramiento de la calidad de servicio del Tren Línea Sarmiento?

Perdidos y desorientados por la crisis del país, los gobernantes del noventa se aferraron a un programa, el llamado Consenso de Washington, que aparecía como claro y concreto, aunque demasiado simple y rudimentario, pero que emanaba de la usina financiera que había nacido para salvar al mundo occidental después de la segunda Guerra Mundial.⁸ Y lo ejecutaron con más profundidad y rigidez que la que el programa exigía.

Esta inflexible manera de ejecutar la implementación de un modelo de economía de mercado, se contrasta con los fundadores de la Argentina moderna, quienes construyeron a finales del Siglo XIX y principios del XX la más extensa línea de ferrocarriles del mundo en su momento, luego la red de caminos y que no se amilanaron en ponerle freno al capital inglés⁹. Carlos Pellegrini dijo "Cuando hace falta, el Estado debe meterse en la vida económica, y si no es indispensable, no debe hacerlo. Así de sencillo".

Objetivos de la infraestructura jurídica del sistema de transporte

Ahora bien, ¿Cuáles eran los objetivos y fines perseguidos por las normas jurídicas de los noventa? ¿Cuáles son los actuales? ¿Cuáles fueron y son sus resultados? ¿Se mantienen vigentes estas normas? ¿Armonizan con los fines, derechos y garantías establecidos en la Constitución Nacional?

La política general de la década del noventa es el cumplimiento de las diez recomendaciones del Consenso de Washington.

Se puede afirmar sin hesitación que la política general iniciada con profundidad reformista en 1989 es el cumplimiento leal y fiel de las diez recomendaciones del Consenso de Washington. La dialéctica del período no ha tenido más alimento.

Las diez recomendaciones del Consenso de Washington, fueron: 1. Disciplina en la política fiscal. 2. Redirección del gasto público a la educación primaria, la atención primaria de salud e infraestructura. 3. Reforma tributaria, ampliando la base tributaria. 4. Tasa de intereses que sean determinadas por el mercado y positivas (pero moderadas) en términos reales; 5. Tipos de cambio competitivos; 6. Liberación del comercio: liberación de las importaciones, con un particular énfasis en la eliminación de las restricciones cuantitativas; cualquier protección comercial deberá tener aranceles bajos y relativamente uniformes; 7. Liberalización de las barreras a la inversión extranjera directa; 8. Privatización de las empresas estatales; 9. Desregulación: abolición de regulaciones que impidan acceso al mercado o restrinjan la competencia. 10. Seguridad jurídica para los derechos de propiedad.¹⁰

La justificación por sus autores

Urge poner de manifiesto en los prolegómenos de este análisis, que la afirmación que el Gobierno asumido en 1989 centró y redujo su política de gobierno a la ejecución concreta en la Argentina de los diez mandamientos de Washington, no es una apreciación subjetiva de los hechos, un juicio de valor o una calificación axiológica, ni se deja llevar por la ola demonizadora de esta etapa de la Argentina¹¹. Esta condición de "alumno ejemplar", de

⁸ Los acuerdos de Bretton Woods, donde nacieron el FMI y el Banco Mundial fueron el escenario de la derrota de la doctrina de Keynes, protagonista vencido en aquellos debates.

⁹ Pellegrini reconvirtió al Estado tierras en poder de empresas de ferrocarriles inglesas, que los concesionarios no habían pagado.

¹⁰ El autor de los diez puntos fue John Williamson, y llevadas adelante por los organismos creados en Bretton Woods: Banco Mundial y Fondo Monetario Internacional.

¹¹ Los argentinos parece que no podemos sino manejarnos en los extremos: Una cosa o es buena o es mala, sin matices intermedios. Sin embargo a pesar del relato (de las dos facciones que más se hacen

seguidores fieles y leales a las recomendaciones del Consenso de Washington fue expresada por quién fuera Presidente de la Nación, Carlos Menem, en su intervención ante las Juntas de Gobernadores del Fondo Monetario Internacional y del Grupo del Banco Mundial en las deliberaciones anuales conjuntas del 6 de octubre de 1998. Los principales logros expuestos allí por el Presidente Menem fueron tres: La eliminación de la corrupción estructural, de las empresas estatales y del déficit fiscal. Estas reformas estructurales permitieron inaugurar una economía de mercado sólida y competitiva¹². La Argentina era presentada por el entonces director gerente del FMI, Michel Camdessus, como un ejemplo a imitar por otros países en el mundo.¹³ También fue expresada esta condición de seguidores de los mandatos de Washington por quién las pondría en ejecución, el Ministro de Economía desde 1991 a 1996, Domingo Felipe Cavallo. Este afirmó en el año 2004 que “En el segundo semestre de 1998 Argentina era considerada en Washington como la más exitosa economía entre aquellas que han reestructurado su deuda dentro del marco de planificación Brady. Ninguno de los patrocinadores del Consenso de Washington estaba interesado en señalar que las reformas económicas argentinas diferían con sus diez recomendaciones. Por el contrario, era considerada como la mejor pupila del FMI, el Banco Mundial y el gobierno de EE.UU.”¹⁴

La realidad es que a finales del año 2001, esta política ejecutada con generoso financiamiento y fiscalización casi asfixiante del Banco Mundial y del Fondo Monetario Internacional, llevó a la Argentina a una crisis económica, social, política e institucional muy profunda. El estallido social, el colapso económico, el quiebre institucional, fue la conclusión y el resultado visible de una etapa de ejecución ortodoxa y fiel de estas políticas neoliberales. Fue notable que los propios organismos multilaterales no fueron capaces de visualizar previamente las dificultades, (o las ocultaron por necesidades internas), y no tuvieron la capacidad de afrontar y solucionar la situación de crisis y emergencia que ellos mismos habían creado.

El mismo John Williamson, autor de las recomendaciones, frente al evidente fracaso de los diez mandamientos del Consenso, manifestó su desagrado y quiso diferenciarse de sus ejecutores en Latinoamérica poniendo de manifiesto que el defecto y fracaso estuvo en haberlas implementado con un exacerbado economicismo liberal, que llamó *fundamentalismo de mercado*: “Desafortunadamente, mi prosaica¹⁵ lista de reformas que podía lograr un consenso... vino a ser interpretada como un manifiesto político de la derecha ‘neoliberal’, o la revelación de lo que las instituciones con base en Washington estaban tratando de imponer en el resto del mundo”.¹⁶

escuchar) que pretende diferenciar a la década del noventa con la década actual como si fueran antagónicas es una falacia. La infraestructura jurídica de los noventa se mantiene intacta.

¹² Intervención del Presidente de la Nación, Carlos Menem, ante las Juntas de Gobernadores del Fondo Monetario Internacional y del Grupo del Banco Mundial en las deliberaciones anuales conjuntas del 6 de octubre de 1998.

¹³ Nemiña Pablo. *The World Bank and the IMF in the recent argentine crisis. Bet er together or separated?* Ponencia presentada en el Workshop on the World Bank, Le Kuan Yew Scho l of Public Policy, National

University of Singapore, 18 de septiembre de 2006. Ya para entonces según Claudio Loser, funcionario del FMI, citado en el artículo, este organismo visualizaba sus fracasos en distintos países y necesitaba mostrar un éxito, aunque fuera disfrazándolo, y ese modelo era la Argentina. Baste leer las palabras del Presidente Menem en su discurso del 6 de octubre de 1998 para entrever el intento de hacer aparecer a los organismos creados en Bretton Woods como útiles y necesarios.

¹⁴ Cavallo, Domingo (2004). «Clase N° 6. *Argentina hasta la crisis brasileña*». Harvard University.

¹⁵ No es necesario recurrir a la Poética de Aristóteles o a la obra de igual nombre de Hegel para comprender el significado de prosáico, como contrario de poético, este último concepto concebido como de jerarquía estética, literaria y axiológica superior. Es claro el sentido de menosprecio que quiso darle Williamson a sus recomendaciones.

10. Williamson John. “Did the Washington Consensus Fail?”. Peterson Institute for International Economics Outline of speech at the Center for Strategic & International Studies. Washington, DC. November 6, 2002

La reforma del sistema de transporte en normas jurídicas

La implementación de todas las políticas, incluso la sectorial del sistema de transporte, que implicaron reformas profundas, fueron plasmadas detalladamente en normas jurídicas. Inconstitucionales, unas, desordenadas, inconexas, avasalladoras otras, pero implacables en el cumplimiento de sus fines.

El sistema de transporte argentino mantiene la normativa que toma como ley fundamental y primera la ley 23.696 de Reforma del Estado, que es del año 1989. La consideración de norma fundante de esta Ley significa, a *contrario sensu*, ignorar la Constitución Nacional. Una lectura de los considerandos de las leyes, decretos y resoluciones desde 1989 a la fecha, nos muestra la evidente elusión de los mandatos de los artículos constitucionales. Este soslayamiento, esta evitación de la Constitución Nacional como si fuera una dificultad o un problema, no es un tema menor, ya que nuestra Carta Magna hace referencia no solo a la jerarquía existente entre las diversas normas¹⁷, sino que trae referencia explícita al comercio y al transporte, tanto de manera directa como indirecta, al referirse a la circulación de los buques, de las mercaderías, al tránsito de personas o cosas, a los puertos, a los caminos, a las vías férreas, a los canales navegables, a la aduanas, al crecimiento equitativo de las provincias y regiones. A la protección de los derechos de incidencia colectiva. Al desarrollo humano.

Con base en la Ley de Reforma del Estado, cada modo de transporte tiene un decreto regulatorio, con objetivos y fines que se vinculan con la ideología que el autor del Consenso de Washington llama *fundamentalismo de mercado*. Todas estas normas están vigentes, incluso sus entes reguladores, que fueron la novedad del momento, (Aunque intervenidos por la Administración Nacional, facultada por las inmortales leyes de emergencia económica). Ellas son:

- Norma madre: Ley 23.696 de Reforma del Estado y Decreto 2284/91. Vigentes. Ley de emergencia económica 23.697, sigue en 2002 con la Ley 25.561 y se mantiene vigente hasta finales del 2015 por la ley de presupuesto del año 2013. Permite al Poder Ejecutivo intervenir entes reguladores, con lo cual le quita el sentido esencial a estos organismos, que tendrían que ser independientes del poder político y administrado por técnicos idóneos en la materia.
- Para ferrocarriles, basadas en la Ley 23.696 de Reforma del Estado: Decretos 1140/91 Reglamento de Ferrocarriles y 1141/91 de Concesión de líneas ferroviarias. Este decreto establece (De manera inconstitucional) cuáles artículos de las leyes se cumplen y cuáles no. Vigentes.
- Los trenes metropolitanos siguen en la misma situación jurídica, con el mero cambio de la creación de un ente coordinador, que se denomina Ferrocarriles Argentinos Sociedad del Estado. Los trenes de carga siguen concesionados a privados.
- Se modificaron los pliegos de concesión y los concesionarios sin seguir las leyes administrativas del Estado, ni lo acordado en los contratos de concesión respectivos. En al actualizadas, las facultades de revisión están dadas por la ley de creación de Ferrocarriles Argentinos S.E.
- Para transporte automotor de pasajeros por carretera: Decretos 958/92 para la Jurisdicción Nacional y 656/94 para Transporte urbano y suburbano de pasajeros. Vigentes.
- Desarticulación de la Dirección Nacional de Vialidad: Ley 23.696. Creación del OCCOVI, para supervisar la red caminera concesionada a particulares, Organismo técnico independiente. Intervenido por el PEN. Decreto 87/2001. Vigente.
- Ley de Puertos 24.093. Crea la figura de puertos de los particulares, en contra de lo que establece el Código Civil, tanto de Vélez, vigente al momento de su sanción, como el unificado. Vigente.

¹⁷ Artículos 31 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.

- Ley Nº 25.561 De emergencia pública, concesiona el dragado y señalización de los ríos. Creación del Órgano de Control de Concesiones de Redragado y Señalización. Decreto Nº 311/2003 crea la Unidad de Renegociación y análisis de Contratos de Servicios Públicos. Se prorrogan los contratos de concesión con los mismos concesionarios, eludiendo las normas administrativas de concesiones del Estado. Vigente.
- Creación de la Comisión Nacional de Regulación del Transporte. Decreto 660/96. Organismo técnico e independiente del poder político, desdibujado con la nueva conformación. Vigente.
- Privatización de Aeropuertos. Decreto 500/97. Vigente.

Los resultados de la normativa del sistema de transporte

La infraestructura jurídica que define los objetivos, fines y funcionamiento integral del sistema de transporte argentino se mantiene intacta a pesar de los resultados obtenidos en cada uno de los modos de transporte, en la infraestructura que los soporta y en la gestión de quienes han sido y son operadores de los distintos modos, luego de transcurridos veinticinco años de su sanción.

¿Cuáles han sido los resultados de la actual infraestructura jurídica en el sistema de transporte argentino? Son los siguientes:

- ▶ Desmantelamiento de la red ferroviaria, con deterioro de sus niveles de calidad en las líneas sobrevivientes. No se consiguieron los dos fines supremos de la reforma del Estado: Los operadores privados no fueron eficaces y eficientes, por un lado, y por otro el Estado no redujo su gasto, porque igual siguió soportando costos vía subsidios a las empresas, con lo cual el ahorro presunto no justificó el negativo efecto social, económico y productivo de la destrucción del sistema ferroviario.¹⁸
- ▶ Desaparición de pueblos y de producciones regionales como consecuencia de la desaparición del tren.¹⁹
- ▶ Priorización ahistórica del uso del camión en el transporte de carga, generando mayores costos de fletes, ocupación del espacio en puertos y ciudades, mayor generación de gases efecto invernadero, destrucción de la infraestructura vial.²⁰
- ▶ Promoción del uso del automóvil particular, lo que significa: mayor consumo de combustibles fósiles, mayor emisión de gases efecto invernadero contributivos del cambio climático, inequitativo uso del espacio público, colapso de autopistas deficientes, congestión en calles, aumento de accidentes, inseguridad vital.
- ▶ Infraestructura vial deficiente, descoordinada de la política de promoción del transporte automotor.²¹
- ▶ Preferencia de construcción de autopistas de accesos a metrópolis aumentando el ciclo negativo de concentración vehicular, congestión y contaminación. Impacto negativo en el derecho de uso de las ciudades por parte de la población en general.²²

¹⁸ UTN. Haedo. Capítulo III "Breve Historia de los Ferrocarriles Argentinos, su Construcción, su Destrucción, su Importancia, y Proyecto de Recuperación". En su conjunto, para todas las concesiones y los 10 años de las mismas, el subsidio suma 1.009 millones de dólares, nada más que para los trenes metropolitanos.

¹⁹ Se calcula que desaparecieron producto de no parar allí el ferrocarril 1200 pueblos. Fuente: UTN. Haedo. Estudio citado. Página 28.

²⁰ No hay datos precisos y seguros sobre los porcentajes, pero FADEAC calcula que el 90 por ciento del transporte de carga se realiza por camión y el 6 % por ferrocarril. Dato este último elaborado por CNRT.

²¹ Reporte de Competitividad del Foro Económico Mundial que se elabora desde hace más de 30 años, y examina los factores que permiten a una nación alcanzar los niveles de crecimiento y prosperidad a largo plazo. En el Ranking, la Argentina ocupa estos puestos: **Sistemas y servicios portuarios (101), ferroviarios (103), de las rutas viales (106).**

²² Fuente: OCCOVI. Estadísticas autopistas por peaje.

- ▶ Altos índices de siniestralidad en el tránsito por carretera. En la última década hubo ocho mil muertes anuales por accidentes de tránsito.²³
- ▶ En las ciudades, donde vive el 92% de los argentinos, el transporte produce contaminación atmosférica y acústica, más vibración que debilita el patrimonio del espacio urbano.²⁴
- ▶ Concentración y posición dominante de la operación del Sistema de transporte por parte de pocas empresas.²⁵
- ▶ Sistema de subsidios que genera mala calidad del servicio, desidia empresaria, falta de emprendimientos de mejora.
- ▶ Existencia de un sector sin regulación ni control: “remises” y “charters” “moto mandados” (Mensajería urbana en moto y reparto de alimentos en moto).²⁶
- ▶ El irregular y descoordinado del sistema de transporte significa alto consumo de espacio, tiempo, energía y recursos financieros.²⁷
- ▶ Inequidad. En sistema de economía de mercado en el transporte la pobreza genera inequidad en el acceso físico y económico al transporte, a la seguridad, a la calidad ambiental, a la comodidad y a la conveniencia.²⁸
- ▶ La existencia de aceras y sendas peatonales o bicisendas inadecuadas dificultan o imposibilitan el desempeño del papel de peatón y ciclista.
- ▶ Existencia deficitaria de transporte público en lo espacial, que implica largas caminatas a las paradas o estaciones de ómnibus o ferroviarias.
- ▶ Deficitaria existencia de transporte público en lo temporal, con inexistencia o deficitaria existencia de viajes nocturnos, y fuera de los “horarios pico”.
- ▶ Incertidumbre de los horarios de los recorridos y pasadas por las paradas o estaciones en el transporte público de pasajeros urbano y suburbano.
- ▶ Irregularidad en los tiempos de recorrido del transporte automotor de pasajeros urbano e interurbano. Escasez de fiscalización por parte del poder público.
- ▶ Ambiente construido orientado a las necesidades del automóvil, operando contra las necesidades del transporte público o no motorizado.
- ▶ Necesidad de los sectores pobres de poseer automóvil para desplazarse ante la falta de transporte público acrecienta la posesión de vehículos inseguros y extremadamente contaminantes.
- ▶ Existencia aún de transportes con tracción a sangre.
- ▶ Existencia de camiones en mal estado tolerado por situaciones de emergencia ya superados, como las de los recuperadores urbanos.
- ▶ Circulación de “carritos” empujados por personas para el acarreo de residuos por las calles, poniendo en peligro a terceros y a los propios recuperadores urbanos.²⁹
- ▶ Impactos en los tiempos de caminata y espera del transporte público.
- ▶ Molestias causadas por el uso de transportes públicos de pasajeros, automotor o ferroviario, atiborrados de pasajeros en los horarios pico. Daños a la salud por viajar parado tiempo excesivo. Inseguridad.³⁰

²³ Fuente: Luchemos por la Vida. Asociación Civil.

²⁴ Fuente: Banco Mundial. Población urbana. Argentina. Año 2014. <http://datos.bancomundial.org/>

²⁵ La situación ha quedado evidenciada con el ocaso del Grupo Plaza (Cirigliano) luego de los accidentes de la Línea Sarmiento. El grupo poseía la concesión de la Línea Sarmiento de ferrocarriles, varias líneas de colectivos y talleres de mantenimiento, que quebraron.

²⁶ La regulación jurídica de los remises y motos mandado es de competencia municipal. Aún son pocas las ciudades que han podido darle un orden a los dos transportes.

²⁷ Corporación Andina de Fomento. Ver los datos del “Estudio de Movilidad urbana, espacio, medio ambiente y equidad”. Dirección de Análisis y Programación Sectorial de la Vicepresidencia de Infraestructura de CAF. Año 2010

²⁸ Gutierrez Andrea: *Gestión metropolitana del transporte colectivo en Buenos Aires* en Revista Iberoamericana de urbanismo N° 8. “La cobertura territorial y el nivel de servicio del autotransporte público disminuyen conforme crecen los usuarios de nivel socioeconómico bajo”.

²⁹ Fuente: Investigación Propia. Baste recorrer las calles de Buenos Aires, sobre todo entre 20 y 23 hs.

³⁰ La falta de respuestas a esta situación ha generado la reacción inocua pero catártica de los usuarios. Comunidad Tren en las redes sociales tienen miles de seguidores.

- ▶ Mayor exposición a la contaminación atmosférica en áreas de tráfico intenso, con impactos directos en la salud.³¹
- ▶ Mayor exposición a la inseguridad en el tráfico.
- ▶ Falta de cruce de peatones adecuados. Barreras para peatones constituidas por autopistas o vías férreas.³²
- ▶ Mayor exposición a las congestiones, lo que impacta directamente el tiempo de viaje y provoca cansancio, stress y reducción de la productividad.³³
- ▶ Menor frecuencia horaria de transporte público para hacer viajes en los períodos fuera del horario pico.³⁴
- ▶ Para las mujeres dificultad para abordar vehículos llenos de pasajeros por sus desventajas físicas frente a las de los hombres, problema que se agrava cuando la mujer está acompañada de un niño.
- ▶ Peligro para la mujer de acoso sexual al usar el transporte público³⁵.
- ▶ Puertos “privados”, otorgados inconstitucionalmente por la ley 24.093, sin efectiva fiscalización estatal, contaminantes y elusivos del pago de impuestos y fiscalización de lo que transportan los buques que allí atracan³⁶.
- ▶ Deficiencia de la infraestructura de puertos y canales navegables³⁷. Carencia de planificación en función del comercio internacional, las nuevas tecnologías y portes de los buques.
- ▶ Superposición de normas y estándares jurídicos distintos internos nacionales para una misma actividad de transporte en el MERCOSUR y la Región.

La reforma integral de la infraestructura jurídica del sistema de transporte

A partir del diagnóstico de la situación actual del Sistema de Transporte Argentino, plasmado en el conjunto de normas jurídicas que hemos denominado infraestructura jurídica del sistema, se hace necesaria la reforma integral de esa infraestructura.

El primer paso esencial, es la abrogación lisa y llana de la ley de reforma del estado y sus normas consecuentes. El segundo y coetáneo paso es elaborar un conjunto de normas sistematizado y coherente que sea el soporte jurídico de un sistema de transporte argentino que persiga los fines y objetivos fundamentales que han sido plasmados como mandatos de orden jerárquico superior en la Constitución Nacional.

Este nuevo conjunto de normas debe establecer la comunidad de principios entre la Constitución Nacional, el derecho público y el privado.

La nueva infraestructura jurídica del sistema de transporte argentino debe establecer un marco racional y eficiente para fijar objetivos, la implementación de políticas, medidas, acciones y decisiones en el sistema de transporte a corto, medio y largo plazo.

³¹ UTN. Rosario. Danial Andres y otros. Página 7.El 90 por ciento de la contaminación atmosférica se debe a la quema de combustibles de origen fósil.

³² Este es el motivo por el cual se intenta soterrar la Línea Sarmiento.

³³ Para mayor abundamiento ver “Congestión de tránsito: el problema y cómo enfrentarlo CUADERNOS DE LA CEPAL. 2003. Autor: Bull Alberto.

³⁴ El sistema de subsidios a las empresas agrava esta situación, al pagar sobre pasajero transporte mediante declaración jurada. Hoy el subsidio es el 77 % del ingreso empresario.

³⁵ En Córdoba la normativa del transporte urbano de pasajeros obliga al uso de un cartel que diga "prohibido los roces entre pasajeros". No se cumple. En Japón hay vagones exclusivos para mujeres.

³⁶ El artículo 2340 del Código Civil, que replica el nuevo Código Unificado, establece el dominio público de los puertos.

³⁷ Foro Económico Mundial. En el Ranking, la Argentina ocupa el puesto 101 en **Sistemas y servicios portuarios sobre un total de 140 países ranqueados.**

Los objetivos de la nueva infraestructura jurídica del sistema de transporte argentino debe estructurarse partir de los objetivos constitucionales que son de orden jerárquico superior.

Objetivo general:

- Constitucionalizar el derecho del transporte, estableciendo la comunidad de principios entre la Constitución Nacional, el derecho público y el privado, convirtiendo al transporte en un sistema puesto al servicio del mejoramiento de la calidad de vida de la persona humana, en el marco del proceso de desarrollo sustentable de la República Argentina.³⁸

Objetivos específicos

- Consolidar un sistema de transporte único, integrado, seguro, accesible, inclusivo, universal, eficiente, confortable.
- Integrar el Sistema de Transporte Argentino con la región y el mundo.
- Ubicar a la persona humana como centro de la actuación, gestión y planificación del sistema de transporte en todos sus modos.³⁹
- Promover al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones;⁴⁰
- Promover a que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras, preservando el ambiente.⁴¹

Políticas, medidas y acciones:

- a.- Unificar en un solo sistema los distintos subsistemas, tanto por modo como por jurisdicción de transporte, en su esfera regulatoria, en su gestión, en su planificación y en la actuación de sus protagonistas. No debe haber subsistemas de transporte sino un solo sistema donde la política pública, la regulación, la actuación y el control sea uno solo. Establecer mecanismos de coordinación entre jurisdicciones, que, respetando cada una de ellas, se orienten al bien común, en este caso al bien del usuario.
- b.- Integrar a los distintos modos de transporte para que no compitan entre sí, convirtiendo al sistema de transporte en ineficiente, ineficaz y perjudicial para el Estado que ostenta el dominio público de la infraestructura, para el usuario que es el destinatario final del sistema, y para las empresas operadoras concesionarias de los servicios de transporte y empresas que actúan en el sector.
- c.- Establecer un marco de complementariedad y coordinación entre los distintos modos y entre las infraestructuras y servicios bajo la jurisdicción y competencia de distintas Administraciones y Organismos, de nuestro Sistema Federal de Gobierno.
- d.- Establecer medidas para que la calidad del servicio de transporte y su infraestructura reúnan las condiciones de seguridad estrictas de manera de no causar daño alguno a las personas o cosas.

³⁸ La *centralidad de la persona* humana nos permite evitar caer en los prejuicios ideológicos tanto de los que creen que el "mercado" resuelve todos los problemas de transporte, de aquellos que creen que si el dominio de la empresa u operación del transporte es estatal es mejor para la sociedad, o si el dominio es ostentado por una clase social. El concepto es una aplicación concreta de la doctrina del Papa Francisco expuesta en el Parlamento Europeo.

³⁹ La centralidad de la persona humana rige para el transporte de pasajeros como para el de cargas. El transporte de carga, que es parte integrante esencial del comercio, debe tener como fin, también, satisfacer las necesidades de la persona humana en un marco de desarrollo sustentable.

⁴⁰ Objetivos de la Constitución Nacional. Artículos 75 inciso 18 y 19.

⁴¹ Constitución Nacional. Artículo 41.

- Implementar medidas que reduzcan al extremo el índice de accidentes de tránsito.
- e.- Planificar el sistema de transporte de manera que las personas tengan la posibilidad de acceso cercano al medio de transporte para su traslado.
- f.-Considerar en las acciones del ordenamiento territorial del espacio el fácil acceso de los modos a los puntos de carga y descarga de mercaderías, ubicándose estos en lugares que no causen perjuicio al resto de la comunidad.
- g.-Regular la tarifa de transporte público de pasajeros que debe ser accesible económicamente para el usuario, realizando las pertinentes y necesarias diferenciaciones entre los usuarios, según edad, sexo, discapacidad, nivel de ingresos, distancia entre hogar y trabajo, cantidad de transbordo.
- g.1.-En el aspecto tarifario el Estado en el nivel que corresponda debe fijar las tarifas de acuerdo al costo real del servicio, según cálculos realizados en forma conjunta entre el organismo público correspondiente y las empresas del sector y en función de los nuevos fines de la normativa. A efectos de una progresiva nivelación de las tarifas del transporte de pasajeros entre el actual nivel subsidiado a la oferta y el costo real, se pasará a un sistema de subsidio a la demanda, con las diferenciaciones indicadas en el punto anterior.
- h.- Contemplar de manera inclusiva en las medidas políticas y acciones concretas las diferencias reales entre las personas, de manera que se contemplen las diferencias de género, edad, salud, económico-sociales, ubicación geográfica.
- i.-Priorizar el transporte público por sobre el particular, el ferrocarril sobre el camión o colectivo, la peatonalidad en el ambiente construido sobre el espacio para vehículos.
- J.-Evitar cualquier forma de discriminación.
- K.- Proteger los derechos al ambiente, a la competencia, del usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general.
- l.- Orientar las medidas y acciones dentro del proyecto de desarrollo sustentable nacional. En este sentido el sistema de transporte debe estar orientado al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones; a que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras, preservando el ambiente.
- Ll.-Promover los programas de investigación y desarrollo y los avances tecnológicos aplicados a la gestión y explotación de infraestructuras y servicios de transporte.
- m.-Mejorar la calidad en los servicios, incluyendo sistemas de mantenimiento adecuados, optimización en el uso de las infraestructuras y servicios disponibles, en todos los modos de transporte.
- Reubicar los puertos en función de los nuevos fines jurídicos.
- Darle constitucionalidad a los puertos, abrogando y sustituyendo la ley de puertos, eliminando los puertos privados. Seguir la normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.
- Adecuar los puertos y los canales navegables a las necesidades del comercio exterior.
- Promover el transporte fluvial.

Conclusión

1.- A pesar de lo que aparece en la superficie de los análisis, sostenida por amigos y enemigos, de que entre la década actual y la del noventa existe una profunda antítesis, la normativa vigente del sistema de transporte argentino es la misma que fue sancionada en la década del noventa.

2.- La política general de la década del noventa es el cumplimiento de las diez recomendaciones del Consenso de Washington.

3.- Los gobernantes del noventa se encargaron de plasmar en normas jurídicas, con alto nivel de detalle y profundidad todas y cada una de las políticas impulsadas. La implementación de todas las políticas, incluso la sectorial del sistema de transporte, que implicaron reformas profundas, fueron plasmadas detalladamente en normas jurídicas. Inconstitucionales, unas, desordenadas, inconexas, avasalladoras otras, pero implacables en el cumplimiento de sus fines. Este conjunto de normas jurídicas se mantienen hoy sosteniendo el edificio normativo del sistema de transporte argentino. Los cambios operados en la actualidad son modificaciones parciales que respetan el esquema general de la infraestructura jurídica ya montada. Inclusive con la gravedad de realizar modificaciones sin respetar las normas administrativas del Estado: cambio de concesionarios, modificación de contratos y pliegos, compras directas, prórroga de concesiones y permisos.

4.- A pesar de haberse producido la Reforma Constitucional en el año 1994, las normas del transporte, previas a la reforma, no fueron sustituidas por las que se deberían corresponder siguiendo los fines perseguidos por los constituyentes y el orden jerárquico de las normas jurídicas que establece la propia Constitución.

5.-La infraestructura jurídica que define los objetivos, fines y funcionamiento integral del sistema de transporte argentino se mantiene intacta a pesar de los resultados obtenidos en cada uno de los modos de transporte, en la infraestructura que los soporta y en la gestión de quienes han sido y son operadores de los distintos modos, luego de transcurridos veinticinco años de su sanción.

Propuesta

Atento lo expuesto se hace necesario:

- Constitucionalizar el derecho del transporte, que consiste en efectivizar la comunidad de principios entre la Constitución Nacional, el derecho público y el privado.
 - Abrogar la infraestructura jurídica existente.
 - Elaborar y sancionar una normativa integral, sistemática, y coherente que convierta al transporte en un sistema puesto al servicio del mejoramiento de la calidad de vida de la persona humana, en el marco del proceso de desarrollo sustentable de la República Argentina.
 - Consolidar un sistema de transporte único, integrado, seguro, accesible, inclusivo, universal, eficiente, confortable.
 - Ubicar a la persona humana como centro de la actuación, gestión y planificación del sistema de transporte en todos sus modos.
 - Promover al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones;
- Promover a que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras, preservando el ambiente.

~~

Derecho del Consumidor

Los Daños Punitivos en el Derecho Argentino. Experiencia en el Derecho comparado

Por Fernando Shina¹

1. Introducción. Los desacuerdos domésticos. La Ley 26.361 incorporó al código consumerista institutos inéditos para nuestro ordenamiento jurídico; entre ellos, los *daños punitivos*. La escuela nacional, como era previsible, no se puso de acuerdo acerca de su naturaleza jurídica. Para unos se trata de una indemnización y para otros de una reparación en la que prevalece el aspecto penal. Desafortunadamente, en nuestra academia existe una marcada tendencia a convertir en perpetuas las cuestiones de menor transcendencia intelectual; los DP no escapan a esa predisposición. Los daños punitivos son definidos por la propia norma que los regula como '*multas civiles*' que el juez '*puede*' aplicar, '*a pedido de parte*'. El jurista Edgardo **LÓPEZ HERRERA**, en su reciente y muy cuidada obra, *Los Daños Punitivos*, explica extensamente la cuestión referida a la naturaleza jurídica de los DP.² Algunos autores, que sin ser mayoría tampoco carecen de prestigio, consideran a los DP extravío para el sistema jurídico argentino.³

¿Naturaleza jurídica o Finalidad jurídica? No participo de las eternas discusiones que siempre dejan a la cuestión en un estado de neutralidad semejante al 'punto muerto', como la inercia que imita al movimiento sin moverse. Tampoco soy un entusiasta de los pragmatismos exagerados, que siempre anulan los contenidos de las ideas, sin embargo, entiendo que en

¹ Profesor de la Maestría en derecho Civil Patrimonial, en la materia Derecho del Consumidor de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Profesor invitado de la a Mestría en derecho de la Empresa y de los Negocios en la Universidad de la Sabana, Bogotá. Colombia. Profesor Titular. Curso de Posgrado, Defensa del consumidor.

Pontificia Universidad Católica Argentina. Abogado (UBA - 1987); especialista en relaciones de consumo. Fue Asesor legal de la Dirección General de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de la provincia de Chubut. Se ha desempeñado como docente en diversas cátedras de Derecho Civil de la Universidad de Buenos Aires.

Ha publicado et al, "Daños al consumidor. Análisis de la ley 1480 de Colombia, agosto de 2014 Editorial Astrea - La Sabana. (ISBN 978-958-58404-1-6)". "Daños al consumidor ", de Editorial Astrea, año 2014, " La Responsabilidad Objetiva : El artículo 1113 del Código Civil". Ediciones Jurídicas de Cuyo. Es autor de numerosos artículos específicos de Derecho del Consumidor. Ha disertado en diversas conferencias y seminarios sobre el Buenos Aires.

² No son una indemnización por daños sufridos ni tienen por finalidad mantener la indemnidad de la víctima, objetivo que se consigue con la acción común de daños de carácter netamente resarcitorio, o como diría la terminología estadounidense, compensatoria. Sin embargo es probable que tangencialmente indemnicen como sería el caso en que en tal o cual país exista una infracompensación por razones distintas (política legislativa, dificultad probatoria, deficiencias judiciales, etc.). Todo sistema jurídico indemniza sólo ciertos daños porque la indemnización de todos los daños a todos los damnificados puede hacer llegar la responsabilidad al infinito. Por ejemplo, en algunos sistemas el daño moral se indemniza sólo cuando existe un delito criminal, o bien no se indemnizan los daños morales en los contratos, como era el sistema argentino antes de la reforma de la ley 17.711. Si bien no puede hablarse de tomen el lugar del daño causado, sustituyendo el perjuicio por un equivalente, los daños punitivos sí pueden ser catalogados como una "reparación." Reparar, del latín *reparare* quiere decir también "desagraviar, satisfacer al ofendido" y "remediar o precaver un daño". Y, el Código Civil argentino, como el español y el francés, manda "reparar" el daño (Edgardo **LÓPEZ HERRERA**. *Los Daños Punitivos*. Ed. Abeledo Perrot, Año 2008, página 20/21).

³ En la doctrina argentina, que otrora brindara al mundo de habla hispana impares contribuciones jurídicas y maestros de talla internacional, últimamente ha prosperado una tendencia acrítica -en ocasiones hasta obsecuente- que ha llevado a aplaudir irracionalmente cualquier novedad, sin detenerse a analizar si se trata de un buen aporte -los que suelen ser escasos en nuestro país en este tiempo - o un simple dislate, -los que en los últimos años abundan...No puede soslayarse que la forma en que se plasmaran los daños punitivos en la reforma de la Ley 24.240 no podría haber sido más deficiente. Casi podría decirse que el legislador de la Ley 26.361 no ha dejado error por cometer. (Marcelo J. **LÓPEZ MESA**. *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Ed. Ed. Pontificia Universidad Javeriana. Biblioteca Jurídica Dike. ISBN 978-958-000-000-0, año 2009, página 229 y 230).

este debate resulta más eficiente buscar la finalidad jurídica de los daños punitivos antes que su naturaleza jurídica.

En mi opinión Los DP consisten en un plus indemnizatorio que se impone al agente dañador, a favor del damnificado. Y la finalidad de ese incremento del castigo es de provecho para las relaciones de consumo porque disminuyen la dañosidad, al persuadir al agente dañador de que es conveniente evitar los daños y evitar el pago de sanciones elevadas. Y eso es todo cuanto puede decirse desde su raíz profunda, lo demás es ideología, que tampoco llega a ser una idea.

No obstante, hay muy buenos argumentos que se oponen a su progreso. Voy a tratar de abordar también esas críticas, pero liberando al instituto de reparos ideológicos que simulan ser filosóficos.

Indemnizar y Disuadir. La finalidad que tienen los DP no es solamente indemnizatoria, sino que procuran disuadir al dañador evitando la imitación de conductas similares. Es decir, los DP cumplen un doble propósito: uno, de carácter netamente individual, al reparar la violación de un derecho subjetivo; el otro social, al intentar que la ocurrencia de daños disminuya.

La promiscuidad del daño y su reparación. Los DP quiebran la intimidad excesiva que suele darse entre los daños padecidos y las indemnizaciones que se fijan para compensarlos. En las relaciones de consumo, esa intimidad no lleva al amor sino a la promiscuidad, permitiendo que las víctimas y los agentes dañadores se fusionen en un entramado normativo sin que pueda saberse si el indemnizado obtuvo algún provecho, o si quien ocasionó el daño se llevó todas las ventajas. La promiscuidad siempre termina perjudicando al más débil. Los principios liberales que consideraban atroz que una indemnización fuera superior a un daño, con el correr de los tiempos se ha convertido en una especie de libertinaje, permitiendo que las sanciones causen risa frente a las utilidades que se perciben. Ocurre lo mismo en el amor, ni doncella ni consorte se benefician con las libertades exageradas, la trama amorosa requiere ciertas restricciones.

La Desvinculación del daño y la reparación. La desvinculación del daño padecido por la víctima y la penalidad impuesta al agente dañador es la clave para entender el funcionamiento de los Daños Punitivos. Esta duplicidad entre el daño y la pena no debe causar espanto, porque permite que el Derecho intervenga sobre la conducta del sujeto dañador para prevenir la ocurrencia de daños. El monto elevado de la penalidad busca disuadir al sujeto, evitando que emprenda conductas ilícitas por temor a que una eventual condena indemnizatoria resulte ser mucho más elevada que el valor económico del daño que ha ocasionado. En ese sentido sostengo que la finalidad preventiva de los DP es más importante que la referida a la reparación concreta del daño.

Reparar los daños: una ficción peligrosa. El Daño Reparado y el No Daño. La ancestral idea de que el daño es reparable es peligrosa. Esconde una ficción que termina derogando la idea misma que el Derecho elaboró sobre el concepto *daño* y, por añadidura, también anula a las nociones de '*víctima*' y la de 'agente dañador'. Analicemos un poco más detenidamente esta reflexión. Es sabido que las indemnizaciones tradicionales procuran compensar a la víctima de un daño reponiéndole *exactamente* lo que perdió a su causa. Pero, si se admite que el daño desaparece por efecto de su reparación, también se anula la idea de *víctima* luego de ser compensada, y la de *dañador* luego de remediar el daño.

Esta lógica induce a reflexionar que un *daño* causado deliberadamente es aceptable si luego es *reparado*. Si se analiza con profundidad se descubre que tras esta idea subyace un

pragmatismo economicista antagónico con la ética. Algunos estudiosos norteamericanos han propuesto argumentos similares al examinar a los daños punitivos. Si se aprueba esta figura intelectual, y se acepta que la reparación de los daños vuelve las cosas al estado anterior al perjuicio, el *'daño reparado'* equivale al *'no daño'*. Entonces, ¿por qué no permitir la ocurrencia de todo daño que luego pueda ser compensado?⁴ ¿Por qué prohibir lo que puede ser enmendado?

Si se acepta que una indemnización retrotrae las cosas al mismo punto previo al suceso dañoso, directamente no existiría el concepto de daño, ni el de víctima, ni el de agente dañador. Los DP, al menos en su formulación teórica, superan los reparos de esta cuestión; porque al mismo tiempo que castigan un daño concreto, tienen un efecto disuasivo sobre el agente dañador, evitando que repita la conducta reprochable.⁵ El daño no desaparece pero promete no repetirse, lo que es bastante semejante a su desaparición, y ciertamente es un objetivo más plausible que reparar en el presente lo que ya es parte de la historia. Los daños no se reparan, pero pueden evitarse, o al menos disminuir su ocurrencia.

2. La cuestión económica. Como había señalado antes, el monto económico que pueden alcanzar los DP es muy elevado, lo que le ha valido numerosas críticas. Son muchos, y muy acreditados, los autores que les endilgan a los DP tres problemas graves:

- (1) constituyen una reparación excedente para el damnificado;
- (2) son un obstáculo para las inversiones empresarias y, por consiguiente, atentan contra la creación de nuevos empleos.
- (3) incentivan la promoción de juicios.

Debo admitir que las críticas son serias y bien fundadas en lo teórico, pero también en el campo de los hechos. En muchas regiones de Estados Unidos prohíben las legislaciones específicas prohíben la aplicación de los DP porque los consideran perjudiciales para el desarrollo económico. Algunos datos estadísticos informan que las corporaciones no invierten en aquellas localidades que admiten su aplicación. Aún sus defensores aceptan que los DP son una tentación para la promoción de juicios, pero también indican que actúan como un estímulo para que los damnificados, animados por una indemnización millonaria, controlen a las compañías. De esta forma, los particulares colaboran con una actividad de suma importancia que difícilmente pueda ser llevada adelante por el Estado. No hay mejor *inspector* que un usuario indignado, que encima es tentado a recibir una pequeña fortuna.

⁴ In economic models of liability, "perfect compensation" leaves the victim indifferent between no harm and harm with compensation. In other words, perfect compensation restores the victim to the same indifference curve as if no injury had occurred. A liability system with perfect compensation would make victims indifferent about the behavior of injurers. If victims are indifferent, then injurers should be free to decide how to act. These facts pose the theoretical question, "Why not permit everything and hold injurers liable for the consequences?" To develop the foundation for a theory of punitive damages, I will sharpen this question and answer it. (Robert D. Cooter. *Punitive Damages, social norms, and economic analysis*. Ver artículo publicado en www.law.duke.edu).

⁵ En definitiva, lo que justifica la aplicación de los *daños punitivos* no es el análisis apriorístico de su naturaleza, sino la promesa silenciosa pero implícita que formulan: la disminución de los daños. Los *daños punitivos* parten de la idea de que la mejor forma de resarcir un daño es evitar que se produzca. (Fernando **SHINA**. Una nueva obligación de fuente legal: los daños punitivos. En *Obligaciones* 30/09/2009 - Jurisprudencia Argentina - Abeledo Perrot, página 46).

Insuficiencia de las Indemnizaciones Tradicionales. El sistema de indemnizaciones tradicionales es deficiente, sobre todo en materia de derechos del consumidor. Veamos un poco más detenidamente esta cuestión.

Si el costo de la reparación es equivalente al costo del daño, pero menor al precio requerido para hacer que un producto sea más seguro, el agente dañador puede '*elegir*' qué daño realizar (y luego reparar) y qué daño evitar.

Nadie va a invertir en hacer productos más seguros si el precio de esa inversión supera el valor de la pena que deberá abonar si ocurre un evento dañoso. Como si fuera el anverso de una misma medalla, aparece otra idea asociada a ésta que cierra un círculo lleno de vicios: pocos usuarios presentarán sus quejas en los tribunales si de antemano saben que la reparación será de menor valor que los gastos necesarios para tramitarla. En resumen: las indemnizaciones exiguas promueven una sensación de impunidad que empeora la calidad de los bienes y servicios ofrecidos en el mercado. En este esquema, los DP juegan un rol preponderante; su correcta aplicación le agrega al dañador un *gasto* que va más allá de la exacta reparación del daño causado, destruyendo la posibilidad de que se realicen especulaciones de costo-beneficio reñidas con la ética.

David Friedman, jurista norteamericano especialista en Análisis Económico del Derecho, señala que cuando las indemnizaciones benefician a las víctimas, con reparaciones que superan el valor nominal del daño padecido, se las estimula a que investiguen a las compañías proveedoras de bienes y servicios. Si la recompensa que reciben los usuarios luego de padecer el daño no les resulta atractiva, la tarea preventiva es más lenta y menos eficaz.

La prevención del Estado, en casi todos los países del mundo (y particularmente en el nuestro), es insuficiente a causa de la inepticia propia de las burocracias elefantinas; ello, sin considerar otros vicios que empeoran su condición. Cuánto más alto sean los premios que se otorguen a las víctimas, mayor será su voluntad de investigar los comportamientos ilícitos de las corporaciones.⁶

Los Daños Punitivos y el Derecho Penal. Sebastián PICASSO y Alberto J. BUERES también se pronuncian negativamente frente a los DP; éstos reconocidos estudiosos señalan que las sanciones que se siguen de su aplicación son propias del derecho penal, siendo desaconsejable que tales punitivos provengan del derecho privado.⁷ Esta última opinión, que vincula los DP con el Derecho penal no es seguida por la mayoría de la escuela nacional. No encuentro mucho fundamento en el razonamiento que sostiene que aquellas conductas que merecen la aplicación la sanción punitiva prevista en el artículo 52º bis LDC sean, al mismo tiempo, figuras típicas del Código Penal. (Ver nota Nº 12).

⁶ Under such a system, detecting and prosecuting torts is the job of the victim. The higher the damages he receives when successful, the greater his incentive to find and convict those who have committed torts against him. (An Economic Explanation of Punitive Damages. David Friedman. (Para ver el artículo completo, acceder a www.daviddfriedman.com/academic/Punitive/Punitivehtm).

⁷ La gran mayoría de los casos en los que, según la doctrina que propicia su admisión, resultaría aconsejable aplicar 'daños punitivos', puede subsumirse sin dificultad en delitos reprimidos por la legislación penal vigente. Así, la comercialización de productos elaborados defectuosos, a sabiendas de la posibilidad de que de ellos se derive un daño grave o la muerte de la víctima, constituirá, si el peligro se concreta, el delito de lesiones u homicidio doloso (con dolo eventual); el medio de prensa que difunde noticias injuriosas o agraviantes podrá incurrir en el delito de calumnias o injurias...En ese marco, la introducción de los 'punitive damages' imortaría trasladar al derecho privado competencias que el ordenamiento jurídico ya cumple por medio del derecho penal. Sebastián PICASSO y Alberto J. BUERES en *Ley e Defensa del Consumidor*, Tomo 1. Ed. La Ley, año 2009, página 599).

Sin embargo, sería interminable la lista de acciones dañosas merecedoras de aplicación de DP, pero que no pueden tipificarse como delitos. Los DP, como toda norma del Derecho privado o público, tienen un objetivo preventivo y otro sancionador que en el caso del Derecho civil procura compensar a la víctima de un ilícito civil. Son éstas las únicas semejanzas que los DP tienen con el Derecho penal. Pero son una pena del Derecho privado, y no son las únicas que existen en nuestro ordenamiento jurídico; como bien apunta **LÓPEZ HERRERA**, existen penas privadas de naturaleza patrimonial y también las hay de contenido extrapatrimonial.⁸

Los peligros de la mudanza de los consumidores al Derecho Penal.

Quien se ha mudado muchas veces conoce las incomodidades de ese angustiante desplazamiento. A pesar del entusiasmo que el hecho ocasiona, o del optimismo con el que nos fuimos preparando los días o las semanas previas, inaugurar una casa no siempre es una tarea grata.

Los motivos de una mudanza son diversos. Quizás el nuevo hogar sea mejor o más amplio que el que antes teníamos, o quizás decidimos ajustar nuestro hábitat geográfico para incrementar nuestras finanzas, o calmar a nuestros acreedores. También nos mudamos porque nuestros hijos, que siempre crecen demasiado rápido, se han marchado a estudiar o a iniciar su vida joven. Y tampoco es infrecuente que precipitados por un sueño de dudosas apelaciones de la memoria, decidamos intercambiar los beneficios de un amor estable por otro más complaciente con nuestras confusas urgencias, o porque se dio la situación inversa, y entonces tenemos que abandonar el hogar, o lo que de él queda. En todas las mudanzas acechan los mismos problemas. Por ejemplo, la imposibilidad de descifrar a qué cerradura pertenece cada una de las llaves que nos dieron en la inmobiliaria, o las insolubles asimetrías entre las fichas eléctricas de la nueva casa y nuestros artefactos eléctricos –ya obsoletos- que traemos de la vieja. O el enigmático mecanismo que el horno tiene para su encendido, que la mayoría de las veces convierte frustra el sencillo trámite de calentar una pizza de muzzarela y dos empanadas de humita; y esta situación se repite cuando intentamos encender el calefón o regular la temperatura del agua, y evitar que nuestro primer baño no se convierta en una cita con un tribunal de la *non Santa* Inquisición, obligándonos a una veda higiénica involuntaria. Todas estas cuestiones, desde luego, podrían evitarse si uno tuviera mucho dinero y el tiempo suficiente para planificar la mudanza salteando, o al menos previniendo estos obstáculos. Pero coincidirá conmigo el lector; nadie con esas características se muda tantas veces.

Bien. La mudanza de los consumidores y usuarios a la sistémica penal, que más no sea para obtener la indemnización punitiva del artículo 52° bis LDC, trae los mismos problemas o parecidos que antes. Veamos.

Llevar al ámbito penal las cuestiones que pueden solucionarse utilizando la ley 24.240 ocasiona una inversión de todos los amparos que esa ley dispuso para los consumidores y los usuarios. Los beneficios establecidos en la LDC, que, dicho sea de paso, son consecuentes con la categoría constitucional de esos derechos se alterarían al llegar al fuero penal, porque allí quien se convierte en ‘parte débil’ -y por consiguiente acreedora de mayores garantías del sistema- es la persona sujeta al proceso criminal, que no es otro, en el caso de las relaciones de consumo, que el proveedor de bienes y servicios. Lo digo sin ambigüedades: lo peor que le

⁸ Los daños punitivos participan de la naturaleza de una pena privada, accesoria y excepcional que se impone al demandado a título preventivo y como sanción o satisfacción al ofendido en virtud de haber incurrido en conductas sumamente disvaliosas. ... el ordenamiento jurídico nacional conoce penas privadas pecuniarias como la cláusula penal, los intereses sancionatorios, los intereses punitivos; y penas privadas no pecuniarias como la pérdida de la patria potestad o la indignidad para suceder. (Edgardo **LÓPEZ HERRERA**. *Los Daños Punitivos*, Ed. Abeledo Perrot, Año 2008, página 23).

puede pasar a un usuario es que su reclamo sea investigado por un juez penal, salvo claro está, que su afectación sea debida a la comisión de un delito. En ese fuero, las dudas que en el suyo lo amparan, pasan a beneficiar al otro; las cargas probatorias dinámicas (Artículo 53° LDC), que tanto alivian su tarea procesal, en la mudanza se perderían, y el consumidor estaría obligado no ya a colaborar con la marcha del proceso, sino aportar pruebas que, por cierto, casi nunca encontraría, dejando por falta de mérito trunca la investigación. En los hechos, es seguro que no se llegaría a una condena. Quienes proponen penalizar este instituto, en verdad alientan su derogación.

El enriquecimiento sin causa. Otra reprobación que se les hace a los DP es que al estar desligada su tasación del daño efectivamente padecido por la víctima, ésta se enriquecería injustamente a costas del responsable del daño. El enriquecimiento sin causa que, dicho sea de paso, no es una institución específicamente regulada por el Código Civil, es otra de las críticas favoritas de los detractores de los DP.

El argumento que sostienen en este caso es que resulta injusto que un patrimonio (el del consumidor) se enriquezca a expensas de otro (el del proveedor de bienes y servicios) por aplicación de una indemnización superior al monto del daño padecido. Veamos cómo funciona este razonamiento en la práctica. Se sabe que los establecimientos comerciales que atienden gran cantidad de personas diariamente, se organizan para recibir al público y alcanzar sus necesidades en un tiempo razonable, evitando demoras innecesarias que causan mal humor. Así, buena parte del trabajo de estas empresas consiste en reducir el tiempo de espera de sus clientes, previniendo que la gente haga *colas* lentas. Bien. Ahora supongamos que un banco de Buenos Aires se ha comprometido con la casa matriz de Japón a atender un cliente cada 7 u 8 minutos en promedio; sin embargo, decide contratar a dos empleados en vez de cuatro, número sugerido por la central nipona para lograr la meta de tiempo de espera. A causa de esta disminución del número de empleados, los usuarios del banco argentino demorarán en el local el doble de tiempo que los clientes del mismo banco en Londres o en Nueva York. Ahora imaginemos que un día martes a las 11 de la mañana, Horacio Lynch (que es cliente de ese banco porque su empleador deposita ahí su salario) ingresa a la entidad para efectuar unos cuantos trámites sencillos (pago de la luz, servicio de TV por cable, segundo vencimiento del gas, última prórroga de las cuotas atrasadas del colegio de sus hijos, y pago puntual de la cuota 4 del crédito que solicitara para comprarle una **Play Station 3** a su hijo mayor, y una **Wii** para su hija más pequeña). Ese mismo martes, Horacio tiene turno con su analista a las 11,45 AM a unas veinte cuadras del banco. La cola ese día es interminable; al entrar, Horacio ya tiene veinte personas delante. Mientras se come la uñas, exasperado porque todas las cajas menos dos están cerradas, su fila avanza tan lentamente que parece no avanzar; hacia las 11,25 AM., Horacio sigue prácticamente en el mismo lugar; mira el reloj cada dos segundos, transpira; sabe que la demora pone en peligro su llegada puntual al consultorio del influyente analista *lacanianao*, profesor Carlos Chamorro, con quien está tratando angustias de probable raíz materna. El resultado provisorio de esta terapia es más positivo de lo que Horacio había imaginado antes de iniciarla. Vivian, la mujer de HL, está muy feliz con el tratamiento de su esposo, y cree que en poco tiempo más Horacio podrá sentarse a la mesa con ella y los niños sin evocar con una nostalgia enfermiza los días de su infancia en los que su madre le preparaba el uniforme para ir a la escuela inglesa que, con más orgullo social que esfuerzo personal, había elegido para educarlo. A las 11,40 AM Horacio sale del banco corriendo; ha pagado todas sus obligaciones exigibles y le quedan unos pocos pesos en el bolsillo. Sin embargo, toma el primer taxi que pasa y, finalmente, llega al consultorio del Dr. Chamorro minutos más tarde del horario asignado a su consulta. A causa de los nervios y del estrés, Horacio arruina su ansiada sesión despotricando contra el banco, y llorando sin consuelo. El Profesor Chamorro, preocupado por el retroceso de su paciente, no vacila en señalarle que debe aumentar el número de sesiones semanales. Al llegar a su casa, Horacio no puede dejar de pensar en la

decepción que su tropiezo terapéutico le ocasionará a su mujer; inquieto, mientras toma compulsivamente un mate ya lavado, imagina cómo le explicará a Vivian lo ocurrido sin que su enojo se prolongue más allá de un par de días silenciosos y lentos. Para entretenerse, y así aliviar el peso insoportable que el tiempo tiene en los instantes previos a un suceso desagradable, Horacio hace cuentas simples. El transporte que se vio obligado a tomar por la demora en el banco le costó \$ 18; ese mismo traslado en colectivo le hubiera salido \$ 1,20. Es decir, que la merma en su patrimonio puede cuantificarse en unos \$ 16,80. Para no *enriquecerse indebidamente*, debería iniciar un pleito contra el banco, aguardar unos dos años de incierta tramitación, y reclamar esos \$16,8 con más los intereses y costas. Por su parte, el banco - gracias al ahorro que supone el pago de dos empleados menos - ha incrementado su patrimonio (en verdad su rentabilidad) en miles de pesos (millones de pesos si se realizan cálculos proyectivos de costo beneficio y de volumen de clientela). Lector: ¿alguna vez te ha pasado algo parecido? En caso afirmativo, ¿se te ocurriría iniciar un juicio para equilibrar tu patrimonio empobrecido en \$ 16,80? ¿Tienes idea lo barato que resulta para los proveedores de bienes y servicios incumplir sus obligaciones si luego tienen que pagar indemnizaciones de tan escaso valor? ¿Para qué un banco invertiría dinero en mejorar el servicio si es más barato pagar sanciones de montos ridículos? ¿Te puedes imaginar cuántos de estos reclamos directamente **NO** se hacen para no perder el tiempo que una indemnización grotesca sería incapaz de compensar? ¿No te resulta paródico pensar que Horacio Lynch se puede enriquecer a costa del banco? Lo cierto es que las relaciones consumo (que nos abarcan a todos, dado que todos somos consumidores) tratan sobre este tipo de cuestiones que enfrentan a un individuo con una corporación que dispone a voluntad la forma, las modalidades y el precio del bien o servicio ofrecido. Casi por regla, el daño padecido por los consumidores es de menor cuantía frente a las descomunales cifras de dinero que están en juego en la comercialización masiva de bienes y servicios. Es una obviedad mayúscula decir que contratar a dos empleados en vez de cuatro se traduce en mayores utilidades para el proveedor a costa del ofrecimiento de un servicio defectuoso que soportan los clientes (Lector, ¿alguna vez fuiste a un supermercado o a un banco en el cual todas las cajas disponibles funcionen simultáneamente?).

Las teorías restrictivas de los DP tienden a consolidar esta situación perniciosa con argumentos que oscilan entre la candidez y el cinismo. La experiencia internacional ha demostrado que los DP cumplen una finalidad preventiva fenomenal que mejora las relaciones de consumo. La amenaza de sanciones excepcionales actúa como un impulso para que los proveedores se aseguren que los productos que venden sean menos riesgosos, y los servicios que ofrecen sean más eficientes. Considerar el '*enriquecimiento sin causa*' de los consumidores, sin reflexionar sobre los colosales beneficios indebidos que provienen de las inversiones insuficientes es dejar la cuestión a mitad de camino, y para colmo en el camino opuesto al que eligieron los ordenamientos jurídicos más desarrollados del mundo.

No alcanza con repetir en latín principios romanos que ya tienen 21 siglos de vigencia; es preciso volver a pensar esas reglas para que sigan siendo útiles en el siglo 21. Es imperioso entender la tremenda asimetría que existe entre un consumidor individual y un proveedor de bienes y servicios que, cada vez en mayor medida, es una gigantesca organización transnacional con un patrimonio que no pocas veces supera al PBI de un país. La desigualdad de poder entre un banco, o un hipermercado, o una empresa automotriz y un usuario es tan grande que es imposible pensar en un enriquecimiento del débil a costillas del fuerte. Y esto no es una cuestión ideológica. Creo que ni siquiera es una cuestión jurídica. Es una noción de lógica elemental que parte de medir los poderíos de unos y otros. Los daños punitivos también sirven para equilibrar las fuerzas desiguales que conviven en el mercado del consumo.⁹

⁹ Los daños punitivos según Owen también sirven para proteger el poder, la confianza y la verdad. Con respecto al poder señala que una gran parte de los casos de daños punitivos involucran su abuso,

Una buena parte del bienestar de una persona pasa por satisfacer adecuadamente sus necesidades de consumo, evitando los abusos que se producen por las notables desventajas entre los proveedores de bienes y servicios y las personas que los consumen. Avancemos.

Otras críticas del Derecho extranjero. En los Estados Unidos los DP también reciben duras censuras provenientes de la academia. Sobre todo después de que la Corte Suprema se pronunciara (en el año 2003) en el expediente **State Farm v Campbell**¹⁰ En esos autos, el Máximo Tribunal estableció que las reparaciones tradicionales eran, en principio, suficientes para compensar el daño padecido, limitando la aplicación de los DP a casos extraordinarios.¹¹ Sin embargo, debe comprenderse que esta formulación no significa que los *punitive damages* vayan a desaparecer de los Estados Unidos, sino que la Corte ha querido limitar las cuantificaciones excesivas. La llamada 'industria del juicio', y una economía (la norteamericana) que durante la década del noventa tuvo un auge espectacular, elevaron los montos de los DP a cifras multimillonarias que hoy resultan preocupantes dentro de un contexto económico completamente distinto. Más adelante se hace un examen completo de este caso en el que, insisto, el Tribunal Superior no declaró la inconstitucionalidad de los *punitive damages*, sino que debatió sobre su cuantía. Pero también hay voces doctrinarias en contra de los punitivos.

Un grupo de juristas, pertenecientes a distintas universidades de los Estados Unidos, señalan la inoperancia de estas sanciones. Sus militantes sostienen que las indemnizaciones tan elevadas comprometen la competitividad de las empresas. Otra crítica importante está dirigida a los jueces y a los criterios que utilizan para tasarlos. Los autores afirman que los veredictos suelen imponer *punitive damages* para castigar las ecuaciones de costo-beneficio que realizan las empresas. Sin embargo, esos cálculos económicos no constituyen una infracción legal, sino la regla general en el ámbito empresarial. Reducir los costos para optimizar los réditos es el motor de crecimiento empresarial, y también el de toda la economía de los Estados Unidos y del resto del mundo.¹² No hay nada ilegítimo en hacer estimaciones de costo-beneficio. Las empresas no podrían subsistir sin hacerlas. Estos estudiosos afirman que los jurados penalizan a las compañías por el simple hecho de hacer especulaciones de costo-beneficio. Acompañan sus críticas con estadísticas inquietantes: las corporaciones que realizan esta clase de análisis financieros aumentan en un 5% sus chances de sufrir una condena que incluya daños punitivos.

La segmentación de la producción. Desde la Teoría económica del Derecho, también se suman reproches a los DP. Veamos. A medida que la industrialización se hace más sofisticada, los costos de producción son más segmentados; esta circunstancia, sin embargo,

entendido como control que una persona tiene sobre el bienestar de otra, motivado, por ejemplo, por las relaciones que existen entre las personas por la posesión de diferentes tipos de recursos, como ser fuerza, inteligencia, conocimiento, dinero, cargos políticos o posición social, etc. Mientras más poder tenga el victimario y menos poder tenga la víctima será más factible que se produzca un gran abuso de poder. Es que a medida que el poder se incrementa, también lo hace la posibilidad de dañar a otros, lo que no puede tener otro correlato que un aumento de responsabilidad. (Edgardo **LÓPEZ HERRERA**. *Los Daños Punitivos*, Ed. Abeledo Perrot, Año 2008, página 37).

¹⁰ State Farm Mutual Auto Insurance v Campbell, Supreme Court of the United States, 538 – 408 (2003)

¹¹ It should be presumed a plaintiff has been made whole for his injuries by compensatory damages, so punitive damages should only be awarded if the defendant's culpability, after having paid compensatory damages, is so reprehensible as to warrant the imposition of further sanctions to achieve punishment or deterrence. *Id.*, at 575. JUSTICE **KENNEDY**, who delivered the opinion of the Court.

¹² Now cases of this nature and the legal theories behind them are not simple excesses that need some reform. I think that strike at the heart of a competitive economy. The use of cost benefits analysis, employing guidelines to constrain costs, maintaining or enhancing output by using less expensive components, these are the engines of economic growth in the U.S. and around the world. **George Priest, Professor of law, Yale Law School.**

no es considerada por los jueces. Pongo un ejemplo para explicar el efecto de esta segmentación de las líneas de producción. Cada parte que integra un producto es analizada según sea la probabilidad de falla que su uso puede ocasionar en los consumidores. Las compañías invierten más capital en la parte del producto cuya probabilidad defectuosa sea superior. Si una pieza del producto tiene escaso riesgo de causar daño, los empresarios deciden invertir dinero en el desarrollo de otros componentes que son estadísticamente más peligrosos. Pongamos por caso una licuadora. Evidentemente, es más importante hacer enchufes seguros que emplear dinero en el desarrollo de una empuñadura que, potencialmente, no genera ningún riesgo para el usuario. Las sentencias que incluyan sanciones punitivas deberían hacer un análisis que evalúe esta realidad. Las estadísticas son una guía muy preciada para los inversionistas, y ninguna corporación va a prescindir de ellas. Sin embargo, los jueces no hacen ningún estudio, ni estimación de probabilidad dañosa referido a cada una de las partes que integran un producto. Todas las investigaciones que realizan los empresarios antes de lanzar un producto al mercado son descartadas en tribunales. Los magistrados, algunas veces por ignorancia, o comodidad o simple demagogia, se limitan a demonizar a empresas y empresarios. Se conforman con decir *“ha muerto una persona porque la empresa no utilizó un material más confiable.”* La mayoría de las veces, la diferencia entre precios y calidades de los materiales no supera los U\$ 10. Entonces el jurado dice: *“la empresa dejó morir a una persona para ahorrarse U\$ 10”* Los jueces deberían considerar la relación entre el accidente y su probabilidad de ocurrencia antes de que ocurra, porque justamente esa relación es el mejor índice para determinar cuán reprochable ha sido el comportamiento de la corporación. Hacer un juicio, sin considerar esa relación de probabilidad estadística distorsiona la realidad. Los empresarios no saben que el accidente va a ocurrir, ni tampoco pueden prever cuántos accidentes van a ocurrir. Ni siquiera pueden especular acerca de si todos los consumidores utilizan los productos con idoneidad. Quienes tienen la tarea de desarrollar un producto sólo cuentan con un cálculo estadístico de probabilidades que pueden ser altas o bajas.¹³

En definitiva, para esta escuela los DP son admisibles si están destinados a castigar conductas que - estadísticamente – son riesgosas para la seguridad de los consumidores o usuarios.

La situación de los DP en la Argentina. Los daños punitivos se convirtieron en ley positiva en la Argentina por la reforma que la Ley 26.361, de abril de 2008, realizó sobre la Ley 24240. La citada ley incorpora al estatuto consumerista el artículo 52º bis que expresamente contempla los DP dentro del universo de reparaciones que benefician los consumidores en las relaciones de consumo.¹⁴ El monto de la sanción punitiva tiene un techo de \$ 5.000.000,00., establecido en el artículo 47º de la ley. De acuerdo al texto legal, el Juez tiene la facultad de imponer la sanción a pedido de parte; pudiendo establecer su cuantía de acuerdo a la gravedad del daño y demás circunstancias del caso. Coincido con la doctrina que afirma que la

¹³ What Jurors should do (rationally) is compare the expected benefits with the costs before the accident, rather than being in insight position of saying we have an identified victim, and there is a certainty of death after the Fact. The company did not know beforehand that this was going to be the case. The central theme of this paper is that juries do a very bad job in figuring out when to award punitive damages. **W. Kip Viscusi, Jr., John F. Cogan, Jr. Professor of Law & Economics, Harvard Law School**

¹⁴ **Art. 52 bis - Daño Punitivo.** Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley.

norma debió ser más precisa en cuanto a su procedencia y aplicación, evitando que pueda ocasionar veredictos fronterizos con la pura arbitrariedad.¹⁵

Aspectos constitucionales de los DP. A pesar del entusiasmo que esta herramienta jurídica me ocasiona, reconozco que los DP pueden violar garantías constitucionales como la defensa en juicio y el debido proceso. Si una compañía es castigada durante la tramitación de un pleito con el máximo de la pena prevista en el artículo 52 bis, ¿puede otro usuario o consumidor iniciar un nuevo pleito exactamente igual? ¿Cuántas veces puede una compañía ser sancionada por el mismo hecho? ¿A todos los usuarios le corresponderá la misma indemnización, o la compañía les podrá oponer distintas defensas a cada reclamante? ¿El proveedor, podrá defenderse invocando la figura de la culpa concurrente? En caso afirmativo, ¿esa concurrencia de culpas, es igual para todos los casos que se demanden? De acuerdo a cómo se respondan estos interrogantes, puede ocurrir que únicamente el usuario que primero llegue a Tribunales tenga derecho a este resarcimiento; o puede ocurrir que una empresa sea demanda, por la misma causa, más de una vez. Miles de veces.¹⁶

La Cuantificación de los DP. En el derecho comparado hay experiencia respecto a estas importantísimas cuestiones. Por ejemplo, el caso **Philip Morris v Williams**¹⁷, referido a los daños provocados por consumo de tabaco. Un primer fallo le impuso a la tabacalera una multa punitiva que superó más de 100 veces el valor de la indemnización total. La Corte Suprema de los Estados Unidos redujo sustancialmente esta condena y analizó los aspectos constitucionales derivados de la aplicación de los *punitive damages*. En los países con más experiencia en la utilización de este instituto jurídico, el monto de la punición nace de un análisis que, necesariamente, debe considerar diversos puntos: **(i)** Un estudio de la ecuación de costo-beneficio realizado por el proveedor; **(ii)**, una evaluación referida a la probabilidad de ocurrencia del daño efectivamente ocurrido; **(iii)** un examen acerca de si los daños sufridos por la víctima fueron en su patrimonio o en su persona; **(iv)** una comprobación que permita determinar si la conducta de la empresa es habitual o constituye un caso aislado. Tasar con prudencia y ajustado criterio las sumas dinerarias contenidas en las sentencias es una tarea fundamental que les corresponde a los jueces. Si los magistrados no ponderan adecuadamente los montos de sus veredictos pueden ocurrir dos situaciones igualmente graves: **1)** que la pena sea exigua, privando de esta forma que los DP cumplan su finalidad disuasoria; **2)** que la sanción sea excesiva, determinando la quiebra de una compañía.

El tope previsto en Argentina. En nuestro país, el legislador de la ley 26.361 optó por una solución que consiste en tarifar la pena, imponiéndole un máximo objetivo. Efectivamente, el monto de la sanción tiene un techo establecido en el artículo 47º, inciso b, LDC (\$5.000.000,00). En mi opinión, sujetar la suma punitiva a un monto fijo es un error. Para algunas empresas, el pago de una indemnización de \$ 5 millones es un monto irrisorio frente a

¹⁵ En primer lugar deja al arbitrio de un solo hombre la fijación del monto de esta multa. En segundo no brinda pautas claras, objetivas y previsibles de cómo se establecerá dicha multa. Los únicos parámetros que da son que la multa se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, lo que equivale a decir que quien la imponga la fijará como él crea mejor, es decir, según su particular arbitrio. De ahí a la discrecionalidad no hay ni un solo paso, porque ya se está plenamente en su terreno. (Marcelo J. López Mesa, Ob cit., página 230/231)

¹⁶ Por lo demás, el principio *non bis in idem* impediría que, una vez pagada la multa a favor de la primera víctima que haya obtenido sentencia favorable, los restantes damnificados como consecuencia de un hecho único tengan derecho a percibir idéntico importe, lo que generaría una intolerable desigualdad entre las víctimas. (LORENZETTI, Ob. cit. Página 561).

¹⁷ SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. PHILIP MORRIS USA, PETITIONER v. MAYOLAWILLIAMS, personal representative of the ESTATE OF JESSE D. WILLIAMS, DECEASED on writ of certiorari to the supreme court of Oregon. February 20, 2007]. Más adelante se examinará este caso en profundidad.

la magnitud de su giro empresario; por tanto, esa limitación en determinados casos anula la finalidad disuasiva que los *punitivos* tienen. Quizás hubiera sido preferible no establecer un monto máximo de condena, dejando que el valor surja de los hechos ventilados en cada caso y de la prueba aportada por las partes. Anclar una indemnización a una suma fija es una solución simplista y dogmática. Ello, sin mencionar que nuestra economía registra los índices inflacionarios más altos del mundo, lo que hace que en poco tiempo las sumas fijas de dinero se deprecien al ritmo de la inflación.

No debemos olvidar que el fenómeno inflacionario castiga tantos a uno como beneficia a otros que, con el mero paso del tiempo, la inflación logran disminuir el valor de sus obligaciones exigibles. Es obvio que en este contexto de depreciación monetaria, los proveedores se benefician con los efectos inevitables de la inflación. Los montos fijos destinados a funcionar en sistemas económicos inflacionarios fracasan. Y también fracasan los sistemas económicos inflacionarios. Pero ese es otro asunto.

Los Daños Punitivos en el Derecho comparado.

A continuación, presento una serie de casos que tuvieron lugar en los Estados Unidos. La selección de casos tiene que ver con la importancia que ellos tuvieron, y porque de una u manera, indican tendencias. Estimo que en el menor o en el mayor tiempo esas tendencias llegarán a nuestros tribunales. Notará el lector cómo el fallo extranjero explora uno por uno todas las cuestiones importantes del instituto que se analiza.

Por último, quiero aclarar que prácticamente todos los casos que presento en este libro son expuestos en forma libre. La narración de los hechos tiene por finalidad lograr una lectura entretenida, que prescinde del lenguaje formal que normalmente este tipo de trabajos utiliza. Lo mismo debo decir de los personajes que aparecen en este libro. Son ficciones. En pocos casos, ellos son reales. Sin embargo, he respetado los criterios jurídicos establecidos por los magistrados intervinientes. Al pie de página, el lector encontrará siempre el texto original del fallo citado. Del mismo modo, se ofrece la identificación correcta del caso, y el lugar donde se puede hallar la fuente original y consultarla sin restricciones. Por lo demás, son todos asuntos muy famosos; su búsqueda es realmente sencilla. Abundan las páginas Web que a ellos se refieren.

Grimshaw v. Ford Motor Company¹⁸ **- 1981 -**

Probablemente, la historia más famosa referida a los daños punitivos se remonta a fines de la década del 70, aunque su aplicación ya aparece en algunos fallos del siglo XIX, cuando en los tribunales americanos se discutía acerca de los factores subjetivos y objetivos de atribución de responsabilidad. Las circunstancias que rodearon el caso *Grimshaw*, sumado a que terminó sus días siendo un éxito de taquilla cinematográfica, le dieron renombre internacional. En la actualidad, este *leading case* es analizado por todas las escuelas de derecho del mundo, sobre todo en aquellas donde se pone énfasis en el estudio de la teoría económica del derecho.

La síntesis de los hechos puede resumirse señalando que la **Ford Motor Company**, en su esfuerzo por ganar un mercado muy competitivo y rentable decide la fabricación de un

¹⁸ El caso que se presenta es una versión libre que pretende ser amena y cumplir una finalidad didáctica. No obstante, está basada en el caso real de **Grimshaw v. Ford Motor Inc.** El asunto original se encuentra publicado, con cientos de artículos y comentarios, en muchas páginas de Internet.

nuevo auto compacto: el **Ford Pinto**. Una vez que fue tomada la decisión, decenas de ingenieros y operarios fueron puestos a trabajar frenéticamente en pos de ese objetivo. La presentación en sociedad del nuevo Ford Pinto promete mucho ruido y más dinero. Está por nacer el hijo menor de un grande de la industria automotor. La codicia saca cuentas durante sueños intranquilos.

Durante el proceso fabricación, se detecta una falla en el diseño del Pinto. Sin demoras, la anomalía es reportada al jefe de turno, quien a su vez la anuncia al gerente de planta y así sucesivamente, hasta que el reporte llega a manos de las máximas autoridades de la compañía. El informe era preocupante pero, sin embargo, ni las luces, ni las máquinas de la fábrica se apagaron. Con el correr de los días la información siguió su camino, entrando y saliendo de distintas oficinas sin que nadie la quisiera demorar en la propia más allá de lo indispensable. Finalmente, los directivos más importantes de la compañía se reúnen para tratar la cuestión. La cosa era seria: corregir el defecto de diseño resultaba tres veces más caro que pagar las muertes que podían ocurrir.

El informe realizado por los especialistas fue seguido por unos minutos de silencio y reflexión que se difuminaron por la sala, como si todos los presentes estuvieran dictando a su conciencia un arrepentimiento anticipado e inútil. Es difícil saber si demoró más hacer el cálculo que tomar la decisión, o viceversa. Pero lo cierto es que la fabricación del Ford Pinto siguió adelante y al poco tiempo estaba en la calle. Algunos estudios, que posteriormente se hicieron públicos, demostraron que rediseñar el modelo para hacerlo más seguro a los usuarios le salía a la compañía 147 millones de dólares, mientras que el costo estimado de indemnizaciones totales para cubrir muertes, heridas y unidades destrozadas fue tasado en 49,5 millones de dólares.

Lily **Gray** y Richard **Grimshaw**, de 13 años, viajaban en un Ford Pinto cuando fueron embestidos por otro vehículo que iba a unos 50 Km por hora. A raíz del choque, el Ford estalló y luego se incendió. La mujer murió en el acto, el chico quedó con heridas devastadoras. Se había cumplido el vaticinio de muerte; lo que parecía una adivinación maquillada con exactitudes prestadas, resultó ser una predicción rigurosa. Sin embargo, lo que hace que esta tragedia sea digna de estudio es que hubo una gruesa equivocación en los cálculos que hizo la compañía en sus reuniones palaciegas: fallaron escandalosamente las estimaciones referidas al costo que cada muerte le ocasionaría a la firma automotriz. Los expertos jamás previeron que se descubriría que la compañía había hecho una estimación económica de costo-beneficio que indicaba la conveniencia de pagar las indemnizaciones antes que prevenir las muertes de los usuarios. Por otra parte, también es justo destacar que hacer ecuaciones económicas de costo beneficio no es ilegal. Ford, más allá de la moral repugnante aplicada al caso, no actuó en contra de la ley. A decir verdad, la estimación de la compañía no fue arbitraria. Su cálculo consistió en determinar que no efectuar las modificaciones de diseño que el Ford Pinto necesitaba para ser más seguro le iba a traer un costo de 180 víctimas fatales, 180 víctimas heridas y 2100 vehículos destrozados. La compañía utilizó como base del cálculo la cifra de U\$ 200.000,00 por cada persona muerta y U\$ 67.000,00 por cada persona herida y U\$ 700,00 por cada vehículo accidentado. Sin embargo, no fue la Ford quien inventó esas cifras, ni quien cuantificó el *valor vida*, sino que el dato le fue proporcionado por la Agencia Nacional de Seguridad Vial. La información con la que hizo sus cuentas era de fuentes oficiales, y no secretas o reservadas. Por lo tanto, las compañías, sobre todo aquellas dedicadas a la producción de bienes de consumo masivo, como lo son los automóviles, habitualmente hacen ecuaciones de costo-beneficio que consideran ese *valor vida*. Ese fue su principal argumento en el pleito; sin embargo, elementales nociones de ética hicieron que esos cálculos fueran precisamente la base de su condena. Es importante destacar que, más allá de lo ocurrido en el caso *Grimshaw*, no es moralmente reprochable que las compañías hagan cuentas de costo-

beneficio. Sería peor que no las hicieran, o que no tuvieran información oficial certera o confiable. Generalmente, las grandes corporaciones utilizan esos cálculos para hacer que los productos elaborados sean más seguros para los consumidores.

La automotriz jamás sospechó que se le aplicarían daños punitivos por haber hecho cálculos de costo-beneficio; en ese sentido el caso *Grimshaw* modificó precedentes judiciales, con la provechosa idea de que los pronósticos de beneficio y costo queden subsumidos a una regla ética de mayor jerarquía. No se exagera al decir que, gracias a este veredicto, en la actualidad, ni Ford ni otras corporaciones se atreverían a hacer cálculos tan inescrupulosos; todo el *establishment* económico tomó nota de la sentencia. También lo hicieron los consumidores, las ligas que los representan; y los abogados de parte.

Rendido a la evidencia aritmética, que probaba que el precio a pagarse por la muerte de X personas era más económico que el de modificar el diseño de un automóvil, el juez de la causa sufrió un enojo mayúsculo. Es probable que durante insomnios lentos haya imaginado miles de maneras de castigar tanta ambición y tan poco recato. Como a menudo sucede, el desvelo ilumina ideas que solo aparecen en la soledad que la penumbra acentúa, como si la luz representara a las alegrías del amor, y la sombra su recuerdo vengativo. La belleza de un poema, o la extrema lucidez de una idea sólo se consiguen cuando los brillos del día se fatigan, y la suave opacidad de la vigilia derrotada preludia lo sublime.¹⁹

En resumen: la sentencia condenatoria que este Juez le aplicó a la compañía automotriz fue de 125 millones de dólares, solamente en concepto de *punitive damages*. Sin embargo, la sentencia fue reducida en las sucesivas apelaciones hasta quedar firme en 3.5 millones de dólares. Esta diferencia enorme en los montos aplicables quizás sea la principal crítica que los detractores de los *daños punitivos* les imputan. Y en parte, hay que coincidir con ellos porque semejante brecha hace que sean imposibles de anticipar con alguna precisión. ¿Cómo podría un abogado asesorar a un cliente, diciéndole que la eventual sentencia será de un monto variable de 3.5 a 125 millones de cualquier moneda? ¿Cómo puede una empresa hacer sus cálculos financieros si su probabilidad de error es de un rango 1/100 o superior? Pero, sin perjuicio de estas cuestiones que deben resolverse adecuadamente, lo importante es que el Juez de grado en *Grimshaw* fundó su veredicto en la aplicación de los *punitive damages*. Ese criterio quedó firme: las ecuaciones de costo beneficio, aunque lícitas, no gozan de impunidad, ni están eximidas del deber ético. Quizás el magistrado haya querido dejar su impronta para el futuro, o quizás se haya indignado ante lo escandaloso del cálculo financiero. Pero lo cierto es que las compañías comprendieron que era preferible corregir errores que pagar las muertes. Fue un castigo ejemplar. Y funcionó. Sin dudas marcó un importante avance en el complejo mundo de las relaciones de consumo.

Epílogo. Al poco tiempo, el Ford Pinto salió de tribunales y, con la merecida fama de los fracasos estrepitosos, llegó a Hollywood donde la chatarra fue convertida en película. Las estadísticas informan que luego de **Grimshaw v Ford** las demandas contra las grandes corporaciones se multiplicaron, y los *punitive damages* actuaron como un verdadero enemigo de la industrialización salvaje. Sin embargo, no pudieron evitar que los pleitos también sufrieran un proceso de industrialización, más próximo a la teoría económica que a los rigores de la ética. En la actualidad, en los Estados Unidos, hay cada vez más demandas, y más condenas, y montos cada vez más elevados. El juicio también tiene su industria y el leguleyo, puesto a calcular honorarios, imita al mejor industrial. ***Humanos, demasiado humanos,***

¹⁹ **Homenaje a un grande de la literatura universal**: Así como una piedra fosforescente, colocada en la oscuridad, emite una irradiación y expuesta a plena luz pierde toda su fascinación de joya preciosa, de igual manera la belleza pierde su existencia si se le suprimen los efectos de la sombra. (**Junichiro Tanizaki**. El Elogio de la Sombra. Ed. Siruela, año 1994)

hubiera dicho un filósofo alemán; seguramente sin admitir que él tampoco quedó a salvo del código de exageraciones que legisla la conducta humana.

BMW OF NORTH AMERICA v. GORE

1996²⁰

En el año 1996, la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso **BMW v Gore**, estableció que la cuantificación de los daños punitivos se debe estimar en base a tres ejes. El sumario del caso cuenta que el señor **Ira Gore** compró un automóvil 0 Km. de marca BMW en una concesionaria autorizada en el Estado de Alabama. Con posterioridad a la compra **Gore**, de tanto mirar el lustroso **BMW** negro, descubrió que había sido repintado antes de serle entregado. Por tal motivo inicia un juicio por daños y perjuicios, solicitando la aplicación de daños punitivos contra el distribuidor de la firma **BMW** en Norteamérica. En su queja, el Dr. Gore manifiesta que no fue informado acerca de que la unidad había sido repintada; dicha conducta omisiva constituye un caso de fraude a la ley de defensa de los consumidores. En el juicio, la automotriz admite que tiene una política, a nivel nacional, de no informar a los consumidores las *pequeñas* reparaciones que deben ser hechas a las unidades antes de ser entregadas. El costo de esas reparaciones, para caer dentro de la política corporativa de *no información* o *'secreto'* frente al cliente, no debe superar al 3% del precio que la concesionaria oficial vende el vehículo. Las reparaciones hechas sobre la unidad de **Gore** se encontraban dentro de esta categoría, razón por la cual se mantuvieron en secreto.

Un primer fallo estableció una indemnización de **4 mil dólares** en concepto de daños compensatorios y otra de **4 millones de dólares**, por daños punitivos. Tras varias apelaciones, el Tribunal Superior de Alabama entendió que esa sanción punitiva era excesiva y la reajustó a **2 millones de dólares**. Para llegar a esa cifra, el tribunal multiplicó los 4 mil dólares fijados, por la cantidad de unidades similares a la de **Gore** vendidas, no solamente en Alabama, sino en todo el país.

Este caso es de una importancia decisiva porque la Corte estableció que la sanción de 2 millones de dólares impuesta a **BMW** era inconstitucional.²¹ Asimismo, fijó una serie de pautas para que los DP no sean exagerados. **Uno:** La pena debe ser graduada de acuerdo a la conducta del demandado. Así, aumenta la pena cuanto más desleal ha sido comportamiento del demandado. **Dos:** la pena debe ser proporcional al daño padecido por la víctima, considerando especialmente si el daño es económico o físico en sentido amplio. **Tres:** los

²⁰ Supreme Court of United States, U.S. 559, 1996 – **BMW OF NORTH AMERICA v. GORE**

²¹ Texto del fallo original: Respondent Gore purchased a new BMW automobile from an authorized Alabama dealer, he discovered that the car had been repainted. He brought this suit for compensatory and punitive damages against petitioner, the American distributor of BMW's, alleging, *inter alia*, that the failure to disclose the repainting constituted fraud under Alabama law. At trial, BMW acknowledged that it followed a nationwide policy of not advising its dealers, and hence their customers, of pre delivery damage to new cars when the cost of repair did not exceed 3 percent of the car's suggested retail price. Gore's vehicle fell into that category. The jury returned a verdict finding BMW liable for compensatory damages of \$4,000, and assessing \$4 million in punitive damages. The trial judge denied BMW's post-trial motion to set aside the punitive damages award, holding, among other things, that the award was not "grossly excessive" and thus did not violate the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment. See, e. g., *TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp.*, 509 U. S. 443, 454. The Alabama Supreme Court agreed, but reduced the award to \$2 million on the ground that, in computing the amount, the jury had improperly multiplied Gore's compensatory damages by the number of similar sales in all States, not just those in Alabama. **Held: The \$2 million punitive damages award is grossly excessive and therefore exceeds the constitutional limit. Pp. 568-586.**

daños punitivos deben ser cotejados con la indemnización total aplicada en otros casos similares. Los argumentos más importantes que utilizó la Corte Suprema estadounidense para resolver en **BMW v Gore** fueron:

(1) La aplicación de daños punitivos no lesiona ningún derecho constitucional; sin embargo, en algunos casos pueden resultar violatorios de la Constitución. Esta última situación se da cuando la sanción es inmoderada.

(2) Cada Estado provincial es soberano, y puede aplicar las sanciones punitivas que considere necesarias para proteger a sus consumidores y a su economía.²²

(3) Para resguardar derechos de rango constitucional, el individuo debe estar informado, no solamente que determinada conducta es prohibida y sujeta a coerción por parte del Estado, sino que también debe conocer con precisión la severidad de la pena que se le habrá de imponer.

(4) La firma **BMW** no tenía suficiente conocimiento de la magnitud de la sanción que el Estado de Alabama le podía aplicar en concepto de *daños punitivos*. Esta circunstancia, hace que la Corte entienda que una sanción de 2 millones de dólares es excesiva y, como tal, violatoria de derechos constitucionales.²³

(5) El daño sufrido por el actor no fue físico, sino económico. Las reparaciones que le fueron hechas al auto no afectaron su calidad, ni empeoraron sus capacidades técnicas, ni lo hicieron más inseguro. No hay indicios que sugieran que la conducta seguida por la **BMW** pueda ser calificada como de *absoluto desprecio o indiferencia frente a la salud o seguridad de los otros*. Las reparaciones autorizadas por la **BMW** eran de menor cuantía y no se ha probado que actuara de mala fe. Además, la empresa tampoco siguió adelante con esta política luego de ser advertida acerca de su ilegalidad.²⁴

²² Texto del fallo original: Because such awards violates due process only when it can fairly be categorized as "grossly excessive" in relation to the State's legitimate interests in punishing unlawful conduct and deterring its repetition, cf. *TXO*, 509 U. S., at 456, the federal excessiveness inquiry appropriately begins with an identification of the state interests that such an award is designed to serve. Principles of state sovereignty and comity forbid a State to enact policies for the entire Nation, or to impose its own policy choice on neighboring States. See, e. g., *Healy v. Beer Institute*, 491 U. S. 324, 335-336. Accordingly, the economic penalties that a State inflicts on those who transgress its laws, whether the penalties are legislatively authorized fines or judicially imposed punitive damages, must be supported by the State's interest in protecting its own consumers and economy, rather than those of other States or the entire Nation. Gore's award must therefore be analyzed in the light of conduct that occurred solely within Alabama, with consideration being given only to the interests of Alabama consumers. Pp.568-574.

²³ Texto del fallo original: Elementary notions of fairness enshrined in this Court's constitutional jurisprudence dictate that a person receive fair notice not only of the conduct that will subject him to punishment but also of the severity of the penalty that a State may impose. Three guideposts, each of which indicates that BMW did not receive adequate notice of the magnitude of the sanction that Alabama might impose, lead to the conclusion that the \$2 million award is grossly excessive. Pp.574-575.

²⁴ Texto del fallo original: None of the aggravating factors associated with the first (and perhaps most important) indicium of a punitive damages award's excessiveness—the degree of reprehensibility of the defendant's conduct, see, e. g., *Day v. Woodworth*, 13 How. 363, 371—is present here. The harm BMW inflicted on Gore was purely economic; the presale repainting had no effect on the car's performance, safety features, or appearance; and BMW's conduct evinced no indifference to or reckless disregard for the health and safety of others. Gore's contention that BMW's nondisclosure was particularly reprehensible because it formed part of a nationwide pattern of tortious conduct is rejected, because a corporate executive could reasonably have interpreted the relevant state statutes as establishing safe harbors for nondisclosure of presumptively minor repairs, and because there is no evidence either that BMW acted in bad faith when it sought to establish the appropriate line between minor damage and damage requiring disclosure to purchasers, or that it persisted in its course of conduct after it had been

(6) Debe existir una proporción entre los daños compensatorios y los daños punitivos. En este caso, esa relación es de 500 a 1. Es decir, el monto impuesto por los tribunales en concepto de daños punitivos es 500 veces superior al daño económico efectivamente padecido por el litigante. Si bien no es posible establecer un límite matemático para determinar cuándo una sanción punitiva es violatoria de la constitución, una relación de 500/1 entre los daños compensatorios y los punitivos atenta contra derechos de rango constitucional.²⁵

(7) Por todos estos motivos, la Corte Suprema de los Estados Unidos entendió que la conducta desplegada por la firma **BMW** no fue tan grave como para merecer los daños punitivos que se le habían impuesto. La apelación fue concedida y los DP fueron reducidos.

State Farm Mutual Auto Insurance v Campbell.²⁶
-2003-

Unos años más tarde, en el caso State Farm v. Campbell, la Corte norteamericana estableció que el criterio más importante para calcular el castigo, es la conducta del agente dañador. Asimismo, volvió a establecer que si la indemnización total de daños era de un millón de dólares, la aplicación de daños punitivos por un valor de 145 millones era violatoria de derechos constitucionales.²⁷ A fin de establecer cuándo una conducta es reprochable, la Corte presentó una lista de puntos que deben considerarse: **(a)** en primer término se debe analizar si el daño sufrido por la víctima fue de tipo físico o económico; **(b)** se debe examinar el grado de indiferencia o desinterés que mostró el agente dañador frente a la seguridad y protección de los otros; **(c)** si la conducta del agente dañador es aislada o si es una forma habitual de actuar. No debe olvidarse que la función de los punitivos es evitar que el daño ocurra; **(d)** los jueces deben evaluar si el daño fue provocado intencionalmente, por negligencia, o por imprudencia²⁸.

adjudged unlawful. Finally, there is no evidence that BMW engaged in deliberate false statements, acts of affirmative misconduct, or concealment of evidence of improper motive. Pp. 575-580.

²⁵ Texto del fallo original: The second (and perhaps most commonly cited) indicium of excessiveness—the ratio between the plaintiff's compensatory damages and the amount of the punitive damages, see, e. g., *TXO*, 509 U. S., at 459 also weighs against Gore, because his \$2 million award is 500 times the amount of his actual harm as determined by the jury, and there is no suggestion that he or any other BMW purchaser was threatened with any additional potential harm by BMW's nondisclosure policy. Although it is not possible to draw a mathematical bright line between the constitutionally acceptable and the constitutionally unacceptable that would fit every case, see, e. g., *id.*, at 458, the ratio here is clearly outside the acceptable range. Pp. 580-583.

²⁶ *State Farm Mutual Auto Insurance v Campbell*, Supreme Court of the United States, 538 – 408 (2003)

²⁷ Texto del fallo original: *Held*: A punitive damages award of \$145 million, where full compensatory damages are \$1 million, is excessive and violates the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment. Pp. 416-429.

²⁸ Texto del fallo original: To determine a defendant's reprehensibility—the most important *indicium* of a punitive damages award's reasonableness—a court must consider whether: the harm was physical rather than economic; the tortious conduct evinced an indifference to or a reckless disregard of the health or safety of others; the conduct involved repeated actions or was an isolated incident; and the harm resulted from intentional malice, trickery, or deceit, or mere accident.

También es importante señalar que para la Corte, la imposición de una medida punitiva es extraordinaria, asumiendo que la indemnización ordinaria es en principio suficiente para compensar a la víctima. Sin embargo, su aplicación es admisible cuando la gravedad de la conducta del demandado indique la conveniencia de aplicar un castigo ejemplar que inhiba su repetición.²⁹

El fallo confirma que los daños punitivos deben tener una relación con los daños compensatorios. Los daños punitivos que superan en cien veces o más el valor de la indemnización ordinaria son, en principio, confiscatorios de la propiedad.

Philip Morris USA v Williams.
-2007-³⁰

¿Es justo que los daños punitivos sean 100 veces superiores al monto establecido en concepto de daños y perjuicios O, por el contrario, constituye una condena excesiva y, por tanto, violatoria del derecho de propiedad y el debido proceso?

En este caso, que sigue la línea evolutiva de **BMW v Gore**, la Corte Suprema de Estados Unidos se ocupó de resolver la constitucionalidad de los daños punitivos. El dilema propuesto en el debate fue determinar si los jueces pueden establecer, como base del cálculo de las condenas punitivas, los daños económicos padecidos por terceros ajenos al juicio, o si por el contrario, esa estimación viola derechos constitucionales como el de propiedad y debido proceso.

La Corte resolvió que estimar el monto de los DP considerando el daño padecido por terceros ajenos al juicio concreto, es violatorio del derecho de propiedad establecido en la en la Decimocuarta Enmienda Constitucional. En otras palabras: para calcular los punitivos no se debe considerar el daño ocasionado a personas que son ajenas al juicio.³¹ La cuestión es de suma importancia, puesto que como habíamos visto en **BMW v Gore**, la base del cálculo que tomaron los tribunales fue el daño económico padecido por el actor multiplicado por la cantidad de unidades que la automotriz vendió en todo el país. En '**Philip Morris**', la Corte resuelve que esa fórmula no es ajustada a la Constitución nacional, por ser violatoria de derecho de propiedad como del debido proceso.

Jesse Williams era un fumador empedernido. En las instancias de grado, la actora logró demostrar que la muerte de **Williams** se debió a su adicción al tabaco. El argumento

²⁹ Texto del fallo original: It should be presumed that a plaintiff has been made whole by compensatory damages, so punitive damages should be awarded only if the defendant's culpability is so reprehensible to warrant the imposition of further sanctions to achieve punishment or deterrence

³⁰ **SUPREME COURT OF THE UNITED STATES** - PHILIP MORRIS USA, PETITIONER v. MAYOLA WILLIAMS, PERSONAL REPRESENTATIVE OF THE ESTATE OF JESSE D WILLIAMS, DECEASED -February 20, 2007

³¹ Texto del fallo original: The question we address today concerns a large state-court punitive damages award. We are asked whether the Constitution's Due Process Clause permits a jury to base that award in part upon its desire to *punish* the defendant for harming persons who are not before the court (*e.g.*, victims whom the parties do not represent). We hold that such an award would amount to a taking of "property" from the defendant without due process.

principal consistió en sostener que su marido fumaba con la convicción de que el tabaco no le iba a producir ninguna enfermedad, y que esa conciencia errónea había sido favorecida porque la corporación tabacalera lo había conducido a pensar que el fumar no era perjudicial para su salud.

Para los jueces de instancia, tanto la conducta de **Williams** como la de **Philip Morris** fueron negligentes. Pero la tabacalera, según el veredicto, fue deshonesta al no poner énfasis suficiente para lograr que los consumidores entiendan que el tabaco es causa de enfermedades gravísimas. A causa de esta conducta deshonesta se le impuso una condena de U\$ 821.000, en concepto de daño material y daño moral, y una condena de 79,5 millones de dólares en concepto de daños punitivos.³²

Una instancia judicial posterior determinó que los daños punitivos aplicados eran excesivos y los redujo a 32 millones de dólares. Sin embargo, la Cámara de Apelaciones de Oregon desestima la queja de Philip Morris y vuelve a subir la condena a los 79.5 millones de dólares que originariamente se le habían impuesto. La tabacalera intenta un recurso extraordinario ante el Tribunal Superior de Oregon, pero el mismo es rechazado, razón por la cual la queja sigue su curso hasta la Corte Suprema Nacional. La Corte manda a revisar el caso, ordenando que se siga el criterio aplicado en **State Farm v. Campbell**.³³

La tabacalera funda su queja en base a dos argumentos centrales:

Primero: Los jueces deben dar claras especificaciones referidas a la aplicación de los *punitive damages*. No se debe permitir que se tome como base de cálculo los daños que eventualmente hayan sufrido otras personas ajenas a la controversia judicial. En otras palabras, no se debe considerar cuántas personas murieron a causa del tabaco en el Estado de Oregon, sino examinar únicamente la cuestión traída a juicio por el actor. Calcular la indemnización que le corresponde al fumador Williams, multiplicando la cantidad de personas que murieron en todo el Estado de Oregon a causa de su adicción al cigarrillo es excesivo, porque cada una de esas personas tiene, a su vez, la posibilidad de demandar a la compañía. Pero, si por cada demanda la corporación debe pagar los daños punitivos que sufrieron otras personas estaría pagando miles de indemnizaciones repetidas, lo que constituye una violación al derecho constitucional de propiedad y del debido proceso. En resumen, para establecer una tasación ajustada a derecho, se deben establecer los daños sufridos en cada caso.³⁴

³² Texto del fallo original: This lawsuit arises out of the death of Jesse Williams, a heavy cigarette smoker. Respondent, Williams' widow, represents his estate in this state lawsuit for negligence and deceit against Philip Morris, the manufacturer of Marlboro, the brand that Williams favored. A jury found that Williams' death was caused by smoking; that Williams smoked in significant part because he thought it was safe to do so; and that Philip Morris knowingly and falsely led him to believe that this was so. The jury ultimately found that Philip Morris was negligent (as was Williams) and that Philip Morris had engaged in deceit. In respect to deceit, the claim at issue here, it awarded compensatory damages of about \$821,000 (about \$21,000 economic and \$800,000 non economic) along with \$79.5 million in punitive damages.

³³ Texto del fallo original: The trial judge subsequently found the \$79.5 million punitive damages award "excessive," see, e.g., *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 517 U. S. 559 (1996) , and reduced it to \$32 million. Both sides appealed. The Oregon Court of Appeals rejected Philip Morris' arguments and restored the \$79.5 million jury award. Subsequently, Philip Morris sought review in the Oregon Supreme Court (which denied review) and then here. We remanded the case in light of *State Farm Mut. Automobile Ins. Co. v. Campbell*, 538 U. S. 408 (2003) . 540 U. S. 801 (2003) . The Oregon Court of Appeals adhered to its original views. And Philip Morris sought, and this time obtained, review in the Oregon Supreme Court.

³⁴ Texto del fallo original: Philip Morris then made two arguments relevant here. First, it said that the trial court should have accepted, but did not accept, a proposed "punitive damages" instruction that specified the jury could not seek to punish Philip Morris for injury to other persons not before the court.

Esta cuestión marca una divisoria en materia de sanciones punitivas. En definitiva, se debate sobre la naturaleza jurídica de los *punitive damages*. Una opinión sostiene que los DP procuran beneficiar a las víctimas; la otra, que se busca castigar a los demandados para que no repitan su conducta.

Segundo: También se queja Philip Morris porque entiende que una relación de 100/1 entre los daños compensatorios y punitivos no es razonable. Dicha relación surge porque los daños compensatorios fueron de 821.000 dólares y los punitivos en 79.5 millones de dólares, es decir que los tribunales multiplicaron la indemnización comensatoria por cien para establecer el valor de la condena punitiva.³⁵ Esta modalidad de cálculo ya había sido rechazada por la Corte Suprema en **State Farm v. Campbell** y **BMW v. Gore**.

En este sentido, es común mencionar la fórmula de cálculo conocida bajo el nombre de '*single digit multipliers*' (multiplicadores de un dígito) como límite razonable para la aplicación de sanciones punitivas. Así, los DP no podrían superar al monto equivalente de multiplicar las indemnizaciones compensatorias por nueve. Siguiendo la fórmula del '*single digit*' la sanción que le correspondería a la tabacalera sería de **821.000 X 9 = 7.389.000** como máximo.

Sin embargo, y a pesar de los precedentes señalados, el Tribunal Superior de Oregon desestimó la queja de Philip Morris, sentenciando que la aplicación de daños punitivos no era violatoria de derechos constitucionales, ni aún en el caso de que para su computación se considerara el daño padecido por terceras partes ajenas al pleito. Por lo tanto, decide que analizando el alto grado de reproche que la conducta de la tabacalera merecía, la sanción de 79.5 millones de dólares no era excesiva.³⁶

In particular, Philip Morris pointed out that the plaintiff's attorney had told the jury to "think about how many other Jesse Williams in the last 40 years in the State of Oregon there have been. ... In Oregon, how many people do we see outside, driving home ... smoking cigarettes? ... [C]igarettes ... are going to kill ten [of every hundred]. [And] the market share of Marlboros [*i.e.*, Philip Morris] is one-third [*i.e.*, one of every three killed]." App. 197a, 199a. In light of this argument, Philip Morris asked the trial court to tell the jury that "you may consider the extent of harm suffered by others in determining what [the] reasonable relationship is" between any punitive award and "the harm caused to Jesse Williams" by Philip Morris' misconduct, "[but] you are not to punish the defendant for the impact of its alleged misconduct on other persons, who may bring lawsuits of their own in which other juries can resolve their claims" *Id.*, at 280a. The judge rejected this proposal and instead told the jury that "[p]unitive damages are awarded against a defendant to punish misconduct and to deter misconduct," and "are not intended to compensate the plaintiff or anyone else for damages caused by the defendant's conduct." *Id.*, at 283a. In Philip Morris' view, the result was a significant likelihood that a portion of the \$79.5 million award represented punishment for its having harmed others, a punishment that the Due Process Clause would here forbid.

³⁵ Texto del fallo original: Second, Philip Morris pointed to the roughly 100-to-1 ratio the \$79.5 million punitive damages award bears to \$821,000 in compensatory damages. Philip Morris noted that this Court in *BMW* emphasized the constitutional need for punitive damages awards to reflect (1) the "reprehensibility" of the defendant's conduct, (2) a "reasonable relationship" to the harm the plaintiff (or related victim) suffered, and (3) the presence (or absence) of "sanctions," *e.g.*, criminal penalties, that state law provided for comparable conduct, 517 U. S., at 575-585. And in *State Farm*, this Court said that the longstanding historical practice of setting punitive damages at two, three, or four times the size of compensatory damages, while "not binding," is "instructive," and that "[s]ingle-digit multipliers are more likely to comport with due process." 538 U. S., at 425. Philip Morris claimed that, in light of this case law, the punitive award was "grossly excessive." See *TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp.*, 509 U. S. 443, 458 (1993) (plurality opinion); *BMW, supra*, at 574-575; *State Farm, supra*, at 416-417

³⁶ Texto del fallo original: The Oregon Supreme Court rejected these and other Philip Morris arguments. In particular, it rejected Philip Morris' claim that the Constitution prohibits a state jury "from using punitive damages to punish a defendant for harm to nonparties." 340 Ore. 35, 51-52, 127 P. 3d 1165, 1175 (2006). And in light of Philip Morris' reprehensible conduct, it found that the \$79.5 million award was not "grossly excessive." *Id.*, at 63-64, 127 P. 3d, at 1181-1182.

Finalmente, el caso llega al máximo tribunal nacional. En **Philip Morris v Williams**, la Corte solamente debatió dos cuestiones: **Primera**, si es constitucional la sentencia del Superior Tribunal de Oregon, en cuanto castiga a la tabacalera por el daño sufrido por terceros extraños a la controversia. **Segunda**, si es inconstitucional el veredicto por no guardar una proporción racional entre los daños punitivos impuestos al demandado y el daño efectivamente sufrido por el actor.³⁷

Opinión de la mayoría conducida por el Juez Breyer. Este magistrado guió la opinión que resultó ser mayoría. Los aspectos más destacados del decisorio son:

(1) Esta Corte viene sosteniendo desde hace mucho que cada Estado puede imponer los daños punitivos que considere adecuados para proteger las relaciones de consumo de sus habitantes. Pero, también ha dicho que no se puede admitir que la aplicación de las condenas punitivas resulte arbitraria al momento de determinar su cuantía.

(2) Como ya fuera resuelto en **BMW v. Gore**, y **State Farm v Campbell**, es absolutamente necesario que las personas sean informadas, no solamente acerca de cuál conducta les está prohibida realizar, sino también qué pena le podría corresponder si la cometen. En su defecto, cabría la posibilidad de que se dicten sentencias arbitrarias o caprichosas que poco tienen que ver con la ley.³⁸

(3) Se deben examinar los aspectos constitucionales asociados a la aplicación de los daños punitivos. La Constitución impone ciertas restricciones formales para determinar la necesidad de aplicar DP. También existe un límite a su tasación. La Constitución prohíbe la aplicación de daños punitivos groseramente excesivos. Las cuantificaciones que superen la fórmula aritmética de multiplicar las indemnizaciones regulares por números mayores a un dígito son propensas a caer en excesos.³⁹

³⁷ Texto del fallo original: Philip Morris then sought certiorari. It asked us to consider, among other things, (1) its claim that Oregon had unconstitutionally permitted it to be punished for harming nonparty victims; and (2) whether Oregon had in effect disregarded "the constitutional requirement that punitive damages be reasonably related to the plaintiff's harm." Pet. for Cert. (I). We granted certiorari limited to these two questions.

³⁸ Texto del fallo original: This Court has long made clear that "[p]unitive damages may properly be imposed to further a State's legitimate interests in punishing unlawful conduct and deterring its repetition." *BMW, supra*, at 568. See also *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U. S. 323, 350 (1974) ; *Newport v. Fact Concerts, Inc.*, 453 U. S. 247, 266–267 (1981) ; *Pacific Mut. Life Ins. Co. v. Haslip*, 499 U. S. 1, 22 (1991) . At the same time, we have emphasized the need to avoid an arbitrary determination of an award's amount. Unless a State insists upon proper standards that will cabin the jury's discretionary authority, its punitive damages system may deprive a defendant of "fair notice ... of the severity of the penalty that a State may impose," *BMW, supra*, at 574; it may threaten "arbitrary punishments," *i.e.*, punishments that reflect not an "application of law" but "a decision maker's caprice," *State Farm, supra*, at 416, 418 (internal quotation marks omitted); and, where the amounts are sufficiently large, it may impose one State's (or one jury's) "policy choice," say as to the conditions under which (or even whether) certain products can be sold, upon "neighboring States" with different public policies, *BMW, supra*, at 571–572.

³⁹ Texto del fallo original: For these and similar reasons, this Court has found that the Constitution imposes certain limits, in respect both to procedures for awarding punitive damages and to amounts forbidden as "grossly excessive." See *Honda Motor Co. v. Oberg*, 512 U. S. 415, 432 (1994) (requiring judicial review of the size of punitive awards); *Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc.*, 532 U. S. 424, 443 (2001) (review must be *de novo*); *BMW, supra*, at 574–585 (excessiveness decision depends upon the reprehensibility of the defendant's conduct, whether the award bears a reasonable relationship to the actual and potential harm caused by the defendant to the plaintiff, and the difference

(4) Computar los daños padecidos por terceras personas ajenas a la litis viola tanto el derecho de la propiedad, como el debido proceso judicial. Si un demandado tiene que pagar una indemnización estimada en base a daños ocasionados a personas ajenas al juicio, es obvio que no pudo ejercer su legítima defensa. Se le impide que oponga las defensas que eventualmente tuviera contra cada uno de los litigantes. Además, hacer cálculos en base a cantidades de personas, cuyo número se ignora con exactitud, es abrir paso a la absoluta arbitrariedad. Por ejemplo, ¿cuántas personas sí sabían, a diferencia de Williams, que el tabaco producía cáncer? ¿Todas las personas que fuman se ven afectadas de la misma forma? ¿No hay causas asociadas a las enfermedades y que dependen del cuadro clínico de cada paciente? ¿Todos los fumadores se enferman? Es evidente que las partes que intervienen en un juicio no podrán contestar ninguna de estas preguntas. Al menos no podrán hacerlo con certeza, apenas podrán especular una respuesta. Por lo tanto, la sentencia que resulte de ese pleito tampoco tiene que darlas. Los veredictos se deben dar en base a las convicciones logradas por el juez, luego de evaluadas las pruebas aportadas por los litigantes. Una sentencia no puede basarse en meras especulaciones del juzgador. Un veredicto de esta naturaleza abría las puertas a la arbitrariedad, y también a la completa incertidumbre de los litigantes. Sería, en definitiva, una sentencia repugnante al debido proceso garantizado por la Constitución⁴⁰

(5) No hay ningún principio del derecho que le confiera a los jueces la autoridad de aplicar a los demandados sanciones por los daños padecidos por personas ajenas a la litis. Se puede, sin embargo, considerar la conducta del demandado como potencialmente dañosa y castigarla por ese motivo; en este supuesto, los *punitive damages* tendrían como finalidad evitar que la conducta potencialmente peligrosa se repita. Pero es un caso totalmente distinto al que estamos analizando. Uno se refiere a compensar a cada víctima por el eventual daño sufrido por todas ellas juntas. El otro, a castigar severamente a un demandado para evitar que repita su conducta potencialmente dañosa para un grupo indeterminado de personas.⁴¹

between the award and sanctions “authorized or imposed in comparable cases”); *State Farm, supra*, at 425 (excessiveness more likely where ratio exceeds single digits). Because we shall not decide whether the award here at issue is “grossly excessive,” we need now only consider the Constitution’s procedural limitations.

⁴⁰ Texto del fallo original: In our view, the Constitution’s Due Process Clause forbids a State to use a punitive damages award to punish a defendant for injury that it inflicts upon nonparties or those whom they directly represent, i.e., injury that it inflicts upon those who are, essentially, strangers to the litigation. For one thing, the Due Process Clause prohibits a State from punishing an individual without first providing that individual with “an opportunity to present every available defense.” *Lindsey v. Normet*, 405 U. S. 56, 66 (1972) (internal quotation marks omitted). Yet a defendant threatened with punishment for injuring a nonparty victim has no opportunity to defend against the charge, by showing, for example in a case such as this, that the other victim was not entitled to damages because he or she knew that smoking was dangerous or did not rely upon the defendant’s statements to the contrary.

For another, to permit punishment for injuring a nonparty victim would add a near standardless dimension to the punitive damages equation. How many such victims are there? How seriously were they injured? Under what circumstances did injury occur? The trial will not likely answer such questions as to nonparty victims. The jury will be left to speculate. And the fundamental due process concerns to which our punitive damages cases refer—risks of arbitrariness, uncertainty and lack of notice—will be magnified. *State Farm*, 538 U. S., at 416, 418; *BMW*, 517 U. S., at 574.

⁴¹ Texto del fallo original: Finally, we can find no authority supporting the use of punitive damages awards for the purpose of punishing a defendant for harming others. We have said that it may be appropriate to consider the reasonableness of a punitive damages award in light of the *potential* harm the defendant’s conduct could have caused.

(6) La Corte ya había admitido en **BMW v Gore**, que el más importante de los indicios que sugieren la conveniencia de aplicar daños punitivos es el grado de reproche que merece la conducta del demandado. El hecho de que haya tantas víctimas de enfermedades asociadas al consumo del tabaco, es un claro indicio de que la conducta de las tabacaleras es altamente reprochable y, por tanto, merecedora de sanciones igualmente elevadas. El tribunal acepta esa circunstancia como cierta, pero insiste en que no por ello se puede calcular el monto de los daños punitivos multiplicando las compensaciones regulares por el número de víctimas.⁴²

(7) Existe una gran diferencia entre considerar el daño ocasionado a los otros, como un aspecto agravante de la conducta, y el hecho de tomar el daño sufrido por una víctima y directamente multiplicarlo por el número de potenciales víctimas. El primer argumento es razonable, pero no lo es el segundo. Es decir, el daño potencial a los otros puede usarse para hacer un examen de conducta, y así establecer un relación apropiada entre la conducta de **Philip Morris** y el daño causado a **Williams**. Pero no es un criterio idóneo compensar a Williams por la totalidad de los daños eventualmente sufridos por otras víctimas que no son parte de este pleito.⁴³

(8) Finalmente, de acuerdo a todos los argumentos desarrollados, la Corte sostuvo que la queja de la tabacalera no debió ser desestimada por el Superior Tribunal de Oregon. Por lo tanto, su dictado contrario resulta violatorio de garantías constitucionales. Luego de fundar así su fallo, la Corte devuelve el expediente a la instancia de grado para que dicte un nuevo fallo de acuerdo a las pautas fijadas en este decisorio.⁴⁴

⁴² Texto del fallo original: Respondent argues that she is free to show harm to other victims because it is relevant to a different part of the punitive damages constitutional equation, namely, reprehensibility. That is to say, harm to others shows more reprehensible conduct. Philip Morris, in turn, does not deny that a plaintiff may show harm to others in order to demonstrate reprehensibility. Nor do we. Evidence of actual harm to nonparties can help to show that the conduct that harmed the plaintiff also posed a substantial risk of harm to the general public, and so was particularly reprehensible—although counsel may argue in a particular case that conduct resulting in no harm to others nonetheless posed a grave risk to the public, or the converse. Yet for the reasons given above, a jury may not go further than this and use a punitive damages verdict to punish a defendant directly on account of harms it is alleged to have visited on nonparties.

⁴³ Texto del fallo original: The instruction that Philip Morris said the trial court should have given distinguishes between using harm to others as part of the “reasonable relationship” equation (which it would allow) and using it directly as a basis for punishment. The instruction asked the trial court to tell the jury that “you *may* consider the extent of harm suffered by others *in determining what [the] reasonable relationship is*” between Philip Morris’ punishable misconduct and harm caused to Jesse Williams, “[*but*] you are not to punish the defendant for the impact of its alleged misconduct on other persons, who may bring lawsuits of their own in which other juries can resolve their claims” App. 280a (emphasis added). And as the Oregon Supreme Court explicitly recognized, Philip Morris argued that the Constitution “prohibits the state, acting through a civil jury, from using punitive damages to punish a defendant for harm to nonparties.” 340 Ore., at 51–52, 127 P. 3d, at 1175.

⁴⁴ Texto del fallo original: As the preceding discussion makes clear, we believe that the Oregon Supreme Court applied the wrong constitutional standard when considering Philip Morris’ appeal. We remand this case so that the Oregon Supreme Court can apply the standard we have set forth. Because the application of this standard may lead to the need for a new trial, or a change in the level of the punitive damages award, we shall not consider whether the award is constitutionally “grossly excessive.” We vacate the Oregon Supreme Court’s judgment and remand the case for further proceedings not inconsistent with this opinion. **It is so ordered.**

Los Daños Punitivos y la protección ambiental

Exxon shipping Co et al v Baker et al.

-25 de Junio de 2008 - ⁴⁵

“Los testigos han manifestado que antes de que la embarcación saliera de puerto la noche del desastre, el Capitán Hazelwood había tomado, por lo menos, 5 vodkas dobles, lo que constituye una medida de alcohol que no hubiera resistido ninguna prueba de alcoholemia...” Juez Souter, quien condujo la opinión de la Corte Suprema en este fallo. ⁴⁶

En este caso la Corte Suprema de Estados Unidos también decidió bajar los daños punitivos impuestos contra la compañía petrolera. En su origen, la sentencia de primera instancia los había establecido en 5 mil millones de dólares. Pero las instancias sucesivas los limitaron a 2.500 millones de dólares, y la Corte Suprema, por último, los bajó a 500 millones de dólares. Más allá de los montos, que en parte son acordes a los tremendos daños ambientales producidos, los argumentos de la Corte siguen la misma línea que los casos vistos. La reseña del caso cuenta que en un accidente de navegación, una embarcación derramó sobre el agua millones de galones de petróleo crudo. Uno de los hechos más notables del caso es que el capitán de la embarcación, **Mr. Joseph Hazelwood**, era un alcohólico rutinario que no interrumpía sus hábitos ni siquiera en horarios de trabajo. Aún 11 horas después del derrame de combustible, su sangre seguía derramando alcohol. El veredicto condenó al capitán y a la compañía, siendo la responsabilidad de esta última indirecta, y derivada de su obligación de garantía respecto de los actos realizados por sus empleados. En resumen, la Corte Suprema Americana estableció las siguientes pautas con relación a los DP.

(1) Los Daños punitivos aplicados a **Exxon** son excesivos de acuerdo a la legislación marítima. Los DP deben ser iguales a la condena establecida en concepto de daños compensatorios.⁴⁷ Como se ve, la Corte vuelve a mostrar su preferencia de calcular los daños punitivos en base a una escala 1/1 respecto de los daños compensatorios. Parecería que este es el criterio que se está imponiendo en los últimos años, y que únicamente podría modificarse si se demuestra que la conducta del litigante demandado fue *escandalosamente reprochable*.

(2) Tradicionalmente, los daños punitivos únicamente eran aplicables a casos en los cuales la conducta de los demandados había sido escandalosamente negligente, o indiferente frente a la vida, seguridad o integridad de los terceros. Se los utilizaba para castigar conductas deplorables. En la actualidad, los daños punitivos son utilizados para castigar conductas indeseables y, sobre todo, para evitar que se repitan.⁴⁸

⁴⁵ SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, EXXON SHIPPING CO. ET AL. V. BAKER et al. Certiorari to the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit Argued February 27, 2008—Decided June 25, No. 07–219. 2008

⁴⁶ Texto del fallo original: Witnesses testified that before the *Valdez* left port on the night of the disaster, Hazelwood downed at least five double vodkas in the waterfront bars of Valdez, an intake of about 15 ounces of 80-proof Cite as: 554 U. S. ____ (2008) 3 Opinion of the Court alcohol, enough “that a non-alcoholic would have passed out.” 270 F. 3d, at 1236. JUSTICE SOUTER

⁴⁷ Texto del fallo original: The punitive damages award against Exxon was excessive as a matter of maritime common law. In the circumstances of this case, the award should be limited to an amount equal to compensatory damages. Pp. 15–42

⁴⁸ Texto del fallo original: The prevailing American rule limits punitive damages to cases of “enormity,” *Day v. Woodworth*, 13 How. 363, 371, in which a defendant’s conduct is outrageous, owing to gross negligence, willful, wanton, and reckless indifference for others’ rights, or even more deplorable

(3) Cada Estado tiene una legislación propia en materia de daños punitivos. Del mismo modo, algunos Estados les imponen límites a su aplicación; como fijar una suma máxima de condena, o que no superen en *x* el monto resultante de la condena por daños compensatorios. Es frecuente que sean cuantificados utilizando un sistema mixto..⁴⁹

(4) Los Daños Punitivos han recibido severas críticas en las últimas décadas. porque las sentencias imponían montos desproporcionados. Los estudios más recientes indican que, en líneas generales, la relación de los daños compensatorios con punitivos se mantiene en una escala de 1/1, siendo aún menor en muchos casos. El verdadero problema que los daños punitivos es que es muy difícil predecir su cuantificación. Sin embargo, el esfuerzo de las Cortes de todo el país va en la dirección de encontrar criterios que permitan unificar la cuestión asumiendo que las diferencias de montos que se aplican son realmente inaceptables.⁵⁰

(5) Una sanción siempre debe ser previsible, y debe serlo también en la severidad de su aplicación. No se trata de saber solamente que determinada conducta es indeseable, sino también de establecer qué castigo le corresponderá en caso de ocurrir. Aún el *hombre malo* que describe Holmes⁵¹ debe saber cuáles serán las consecuencias de tomar una acción u omitirla. Es fundamental que se sepa de antemano qué pena le corresponderá a cada daño provocado⁵²

(6) Para terminar, la Corte trata de establecer un criterio aplicable al derecho marítimo en materia de daños punitivos. De esta forma, al igual que en los fallos referidos a relaciones contractuales de consumo, el Tribunal Supremo procura encontrar parámetros racionales que le quiten a los daños punitivos ese carácter tan imprevisible que los hace peligrosos. La Corte analiza dos alternativas. **Primera:** ponerle un límite económico máximo a los daños punitivos.

behavior. The consensus today is that punitive damages are aimed at retribution and deterring harmful conduct. Pp. 17–21.

⁴⁹ Texto del fallo original: State regulation of punitive damages varies. A few States award them rarely, or not at all, and others permit them only when authorized by statute. Many States have imposed statutory limits on punitive awards, in the form of absolute monetary caps, a maximum ratio of punitive to compensatory damages, or, frequently, some combination of the two. Pp. 21–23.

⁵⁰ Texto del fallo original: American punitive damages have come under criticism in recent decades, but the most recent studies tend to undercut much of it. Although some studies show the dollar amounts of awards growing over time, even in real terms, most accounts show that the median ratio of punitive to compensatory awards remains less than 1:1. Nor do the data show a marked increase in the percentage of cases with punitive awards. The real problem is the stark unpredictability of punitive awards. Courts are concerned with fairness as consistency, and the available data suggest that the spread between high and low individual awards is unacceptable.

⁵¹ Es casi seguro que el fallo se refiere a Oliver Wendell Holmes, jr. juez de la Corte Suprema de Estados durante los años 1902 a 1932. Este famoso juez es uno de los juristas más citados de la historia judicial de los Estados Unidos.

⁵² Texto del fallo original: In this context, the unpredictability of high punitive awards is in tension with their punitive function because of the implication of unfairness that an eccentrically high punitive verdict carries. A penalty should be reasonably predictable in its severity, so that even Holmes's "bad man" can look ahead with some ability to know what the stakes are in choosing one course of action or another. And a penalty scheme ought to threaten defendants with a fair probability of suffering in like degree for like damage. Cf. *Koon v. United States*, 518 U. S. 81 . Pp. 28–29.

Segunda: atar los daños punitivos a los compensatorios, y utilizar para su cuantificación un índice o relación proporcional entre ambos. Por ejemplo, establecer que los daños punitivos no superen en *x* cantidad de veces a los daños compensatorios, o bien que los punitivos surjan de multiplicar la suma obtenida en los compensatorios por un número multiplicador según una fórmula $DP = DC \times I$ ⁵³ Cabe destacarse que este es el sistema que utilizan varios Estados, y de a poco se va consolidando como una tendencia a nivel nacional en Estados Unidos. Pero, la pregunta fundamental sigue siendo: ¿cuál es la relación de proporciones aplicable? Una respuesta podría ser la *relación proporcional media*; es decir aquella que ha sido utilizada en un determinado número de casos. De hecho, existen estudios que demuestran que la relación más frecuente para fijar daños punitivos es la escala 1/1. Es decir, $DP = DC$; según estudios recientes, en muchos casos los daños compensatorios son superiores a los punitivos, con lo cual la escala podría ser aún menor que 1/1. Por lo tanto, las sentencias que apliquen daños punitivos según la escala 1/1, o una relación levemente inferior (por ej. 1/0.8) serán razonables en casos como éste, en los cuales no hay evidencias de que haya existido una conducta excepcionalmente reprochable por parte del demandado. Por eso, la Corte sostiene que en derecho marítimo, la cuantificación punitiva que utiliza una relación de 1/1 con las sanciones compensatorias es adecuada a derecho.⁵⁴ Y así resolvió en **Exxon v. Baker**, adecuando los daños punitivos a la relación de 1/1, lo que en los hechos significó una reducción de 2 mil millones de dólares a favor de **Exxon Shipping Co.**⁵⁵

6. Jurisprudencia Argentina.

En noviembre de 2009, en el expediente **Cañadas Pérez María c/ Bank Boston**⁵⁶ se les reconoce a los DP esa doble finalidad (reparadora y disuasoria) que venimos sosteniendo a lo largo de este ensayo. También se los desvincula de los daños efectivamente padecidos por la víctima.⁵⁷

⁵³ DP: Daños punitivos. DC: Daños compensatorios.

⁵⁴ Texto del fallo original: The more promising alternative is to peg punitive awards to compensatory damages using a ratio or maximum multiple. This is the model in many States and in analogous federal statutes allowing multiple damages. The question is what ratio is most appropriate. An acceptable standard can be found in the studies showing the median ratio of punitive to compensatory awards. Those studies reflect the judgments of juries and judges in thousands of cases as to what punitive awards were appropriate in circumstances reflecting the most down to the least blameworthy conduct, from malice and avarice to recklessness to gross negligence. The data in question put the median ratio for the entire gamut at less than 1:1, meaning that the compensatory award exceeds the punitive award in most cases. In a well-functioning system, awards at or below the median would roughly express jurors' sense of reasonable penalties in cases like this one that have no earmarks of exceptional blameworthiness. Accordingly, the Court finds that a 1:1 ratio is a fair upper limit in such maritime cases. Pp. 39-42.

⁵⁵ Texto del fallo original: Applying this standard to the present case, the Court takes for granted the District Court's calculation of the total relevant compensatory damages at \$507.5 million. A punitive-to-compensatory ratio of 1:1 thus yields maximum punitive damages in that amount. P. 42

⁵⁶ **Cañadas Pérez María c/ Bank Boston NA s/ daños y perjuicios" - CNCIV - SALA F - 18/11/2009** Fuente: **elDial.com A59C7**. Publicado el 04/12/2009.

⁵⁷ Cita del Fallo Original "... los "daños punitivos" han sido definidos como aquellos "otorgados ... para castigar al demandado por una conducta particularmente grave, y para desalentar esa conducta en el futuro". También se los define como "sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro (conf.: Pizarro, Ramón D., "Daños punitivos", en "Derecho de Daños", segunda parte, La Rocca, Buenos Aires, 1993, p. 291/292; citado en Picasso, S., "Nuevas categorías de daños en la ley de defensa del consumidor" publicado en Suplemento especial La Ley, "Reforma a la ley de defensa del consumidor", abril de 2008)." Fuente: **elDial.com A59C7**. Publicado el 04/12/2009.

Más aún, el fallo destaca que la finalidad principal de los DP es disuasoria, pues procuran evitar la reiteración de conductas indeseables. El veredicto, con apoyo en buena doctrina nacional, pone el ojo en la cuestión central de los daños punitivos: no se puede permitir que pagar una indemnización sea más barato para el proveedor de bienes y servicios que evitar la ocurrencia del daño. Esta función de los DP es más importante que la reparación individual que recibe la víctima.⁵⁸ Sin embargo, en este expediente la pretensión de los DP fue rechazada por considerarse que no pueden aplicarse retroactivamente a hechos ocurridos antes de la sanción de la ley 26.361.⁵⁹

En mayo de 2009, en los autos **Machinandiarena Hernández Nicolás c/ Telefónica de Argentina**⁶⁰ la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata también se refiere a la finalidad preventiva de los DP aclarando que su objetivo es **reparar** al damnificado, **castigar** al dañador y **evitar** la repetición de conductas similares en lo sucesivo.⁶¹

Encuentro un tercer fallo donde la cuestión de los DP ha sido debatida. Se trata de los autos caratulados **Aguilera Ramón Rosa c/ Supermercado Atomito Pedro Molina**, cuya sentencia es de septiembre de 2009. Resulta que un usuario compró en el Supermercado demandado (Mendoza) un paquete de galletas dentro del cual había insectos.⁶² En el

⁵⁸ **Cita del Fallo Original** "... se podría distinguir una función principal y otra accesoria. La función principal es la disuasión de daños conforme con los niveles de precaución deseables socialmente. Coincidentemente con lo expuesto, los Fundamentos del Proyecto de Ley y del Dictamen de las comisiones de la Cámara de Diputados destacan que "Con el **daño punitivo** se trata de desbaratar la perversa ecuación que aconseja dejar que se produzca un perjuicio pues, en sí, resulta más económico repararlo en los casos singulares que prevenirlo para la generalidad". La función accesoria de los daños punitivos sería la sanción del dañador, ya que toda multa civil, por definición tiene una función sancionatoria por la circunstancia fáctica de ser una condena en dinero extracompensatoria -la multa civil es sancionatoria en oposición a la indemnización por daños y perjuicios que es compensatoria- (Conf.: **Irigoyen Testa**, Matías; ¿Cuándo el juez puede y cuándo debe condenar por daños punitivos?, publicado en Revista de Responsabilidad civil y seguros, La Ley, Nro. X, octubre de 2009). Fuente: **elDial.com A59C7**. Publicado el 04/12/2009.

⁵⁹ **Cita del Fallo original** "Por ello, su aplicación "ejemplar" a conductas disvaliosas no puede ser efectuada en forma retroactiva. En el caso de autos, más allá de la valoración que el magistrado hiciera respecto de la conducta del proveedor (accionado), no puedo perder de vista, que al momento en que ésta se desarrolló, el art. 52 bis de la ley 24.240, no tenía vigencia, por lo que no cabe su reproche bajo esta normativa, máxime si se trata de un instituto de excepción. Fuente: **elDial.com A59C7**. Publicado el 04/12/2009.

⁶⁰ "Machinandiarena Hernández Nicolás c/ Telefónica de Argentina s/ reclamo contra actos de particulares" - CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE MAR DEL PLATA (Buenos Aires) - SALA II - 27/05/2009. Fuente: **elDial.com - AA52C0**. Publicado el 01/06/2009.

⁶¹ **Cita del Fallo original**: Se ha definido al **daño punitivo** como las "sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro" (Pizarro, Ramón D., "Derecho de Daños", 2º parte, La Rocca Buenos Aires, 1993, pág. 291 y ss.) Fuente: **elDial.com - AA52C0**. Publicado el 01/06/2009.

⁶² Aguilera Ramón Rosa c/ Supermercado Atomito Pedro Molina y ots. s/ daños y perjuicios. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza. 16-sep-2009. Fuente: : MJ-JU-M-50333-AR | MJJ50333 | MJJ50333.

expediente se comprobó que las galletitas Express, del conocido fabricante **Terrabusi S.A.** contenían restos de cucarachas u otros insectos igualmente repulsivos. El producto estaba infectado y fue declarado no apto para el consumo humano.⁶³ No obstante, los magistrados de la alzada rechazaron la demanda por completo. La Cámara de Apelaciones encontró que no estaba probada la existencia del daño moral, ni de ningún otro daño indemnizable, y que la aparición de restos, presumiblemente de cucarachas, dentro del paquete de galletas era una molestia que en sí misma no ocasionaba daño resarcible.⁶⁴ Para este fallo, pletórico de citas eruditas (intransigente para el consumidor y gracioso para Terrabusi S.A), la víctima no llegó a probar la relación de causalidad existente entre la ingesta de galletitas podridas y el daño moral demandado.⁶⁵

Me pregunto cómo podría un consumidor afectado alcanzar ese estándar probatorio, si el daño moral es prácticamente indemostrable. Por otra parte, el veredicto ignora que la Corte Suprema, en los autos **Gómez Orué c/ Provincia de Buenos Aires** (1994) estableció que una vez comprobado el daño, debe presumirse la existencia de daño moral.⁶⁶ ¿Es, acaso, necesario probar que la repulsión, y el asco constituyen sensaciones desagradables para la persona? Comprar en un supermercado un paquete de galletitas (de primera marca y precio) infectado por la presencia de cucarachas, ¿no lesiona la dignidad del consumidor? Lo curioso es que la sentencia contesta acertadamente todos estos dilemas, al tiempo que consigna claramente la comisión de una infracción al artículo 5º LDC. En los considerandos se habla de repulsión y asco, se habla de falta de seguridad e higiene, se habla de la reprochable conducta,

⁶³ A fojas 15/21 el Sr. Ramón Rosa Aguilera demandó a Supermercado Atomito Pedro Molina y a Establecimiento Modelo Terrabusi S.A. la suma de \$ 14.000 en concepto de daños y perjuicios; señaló, como hechos fundantes de su pretensión indemnizatoria que el día 16/04/2.000 aproximadamente a las 10.00 horas concurrió al supermercado indicado a fin de adquirir diversos artículos y mercaderías para consumo personal y de su familia; que la compra realizada en ese establecimiento fue pequeña (\$ 3,42), y entre los productos adquiridos, se encontraba un pequeño paquete de galletas Express de 130 gramos, elaborado por la empresa Terrabusi S.A., acompañando el correspondiente ticket de compra; que al abrir ese paquete de galletas, observó pequeños pedazos de color negro entre los orificios de algunas galletas, sospechando seriamente que podrían ser restos de cucarachas u otra clase de insectos; que indignado y molesto por tal situación decidió realizar un análisis bromatológico del producto a fin de comprobar lo que a todas luces parecía evidente, recurriendo a los servicios de la firma Safefood, determinándose en el estudio y análisis físico del producto infectado la presencia de restos de insectos insertos en las galletas, calificando el producto como no apto para el consumo. Fuente: **MJ-JU-M-50333-AR | MJJ50333 | MJJ50333.**

⁶⁴ En este punto, en total concordancia con esa argumentación, agrego que no puede decirse que los términos de la demanda estén siendo interpretados con excesivo rigor; la atenta lectura del escrito inicial y de la ampliación de fojas 25, no permite otra interpretación: los actores reclamaron el daño personal que les provocó "ver" los restos de insectos en el paquete de galletas. Esa sola circunstancia es insuficiente para que pueda concederse una indemnización resarcitoria; no es más que una molestia insuficiente por sí misma para ordenar judicialmente su reparación; en todo caso, tal como se hizo, los actores debieron perseguir la imposición de una multa y otra sanción ante la autoridad de aplicación de la ley 24.240, en la Provincia la Dirección de Fiscalización y Control y Defensa del Consumidor. Fuente: **MJ-JU-M-50333-AR | MJJ50333 | MJJ50333.**

⁶⁵ La sentencia de primera instancia rechazó la demanda, porque consideró que de los elementos incorporados a la causa no resulta probado que el actor hubiera experimentado daño alguno, prueba que se encontraba a su cargo. Es decir que no acreditó la relación de causalidad entre el uso o consumo del producto y el daño moral pretendido, el que debe ser cierto, al igual que el daño material. Fuente: **MJ-JU-M-50333-AR | MJJ50333 | MJJ50333.**

⁶⁶ Fallo citado de Carlos **GHERSI** y otros. *La Prueba en el Derecho de Daños*. Ed. Nova Tesis, año 2009, página 239

tanto del vendedor como del fabricante; se habla del microsistema legal constituido por el Derecho del consumidor, etc.; pero, sin embargo, la sentencia no encuentra la manera de favorecer a la víctima del suceso con ninguno de los miles de artículos que hay en Código Civil, ni los más recientes incorporados por la ley 24.240, ni siquiera con la Constitución Nacional. En particular, la sentencia dice que sería aplicable la figura del artículo 52º bis, si se dieran los requisitos para admitir su procedencia; pero luego se encarga de explicar que esos requisitos no existen razón por la cual, sin más, el comprador de un paquete de galletitas **Express** infectado, quedó sin ninguna solución legal (individual) para su planteo.⁶⁷

Finalmente, al tratar la cuestión de los daños punitivos el fallo dice que siendo una penalidad incorporada por la Ley 26.361 su aplicación no puede ser retroactiva al momento de la comisión del hecho. Ergo: ni el fabricante, ni el vendedor de las galletitas apestadas fueron condenados a resarcir a la víctima quien, para colmo, debió pagar las costas del pleito.⁶⁸

En síntesis, lector, ya pueden hacerse las primeras deducciones acerca de cómo los DP son tratados en nuestros tribunales: **(i)** consisten en una multa del Derecho privado y de fuente legal (el artículo 52º bis de la Ley 24.240); **(ii)** tienen una naturaleza jurídica doble; reparan a la víctima del suceso ilícito y previenen la repetición de las conductas ilícitas; **(iii)** a los fines de su tasación, no hay una vinculación entre el daño efectivamente padecido por la víctima y la multa punitiva impuesta al agente dañador; **(iv)** no procede su aplicación retroactiva a sucesos ocurridos antes de la vigencia de la ley 26.361; **(v)** no se ha fijado todavía un criterio razonablemente objetivo que permita prever la cuantificación de los DP.

7. Conclusiones..

(1) A pesar de la controversia, en principio la mayor parte de la doctrina coincide en que los DP son una multa de carácter civil.

(2) La finalidad de los DP es disuasoria y preventiva.

(3) Los Daños Punitivos castigan conductas indeseables; su cuantía no debe, necesariamente, guardar una relación de proporciones con el daño padecido por el consumidor afectado.

(4) En los últimos años, la Corte Suprema de Estados Unidos fue reduciendo los montos de su aplicación.

(5) En la Argentina, aún no hay una jurisprudencia consolidada que permita sacar conclusiones firmes acerca de su aplicación ni de los criterios que los jueces utilizarán para cuantificarlos.

⁶⁷ En este punto, la afirmación del apelante es indiscutible; nadie duda del sentimiento de asco y repulsión que provoca la situación vivida por los actores; sin embargo, allí no hay daño moral alguno que, según las consideraciones ya vertidas, deba ser indemnizado. Y en esto no hay alegato alguno a favor de la conducta del fabricante quien debió extremar las medidas de higiene y seguridad en la elaboración del producto para que el mismo sea introducido para su distribución en el mercado en óptimas condiciones de comercialidad. Sin embargo, tal situación es insuficiente desde la perspectiva del Derecho de Daños y del Derecho del Consumo para otorgar una indemnización por daño moral; el fabricante y el vendedor serían, en todo caso, pasibles de sanciones de índole administrativa; además, tal como se mencionará en el considerando siguiente, la introducción de los daños punitivos podría dar lugar, en situaciones como la aquí planteada, a una condena por este rubro, si se dieran los requisitos establecidos por la normativa específica. (Art. 52 bis de la ley 24.240, conforme modificación introducida por la ley 26.361). **MJ-JU-M-50333-AR | MJJ50333 | MJJ50333.**

⁶⁸ No obstante esta mención, se destaca que, en autos, el caso fue planteado con anterioridad a la entrada en vigencia de la modificación de la ley 26.361 a la ley 24.240, a lo que se agrega que, para la procedencia de una indemnización punitiva, se requiere, indefectiblemente, petición de la parte interesada. **MJ-JU-M-50333-AR | MJJ50333 | MJJ50333.**

(6) Par lograr una mejor cuantificación de los DP es necesario realizar proyecciones económicas que permitan demostrar la tasa de rentabilidad que usualmente se sigue de una infracción menor que se repite muchas veces. También se debe hacer una evaluación de la probabilidad estadística de ocurrencia de un daño.

(7) Es necesario prestar atención a los aspectos constitucionales derivados de la aplicación de DP.

(8) La prudente aplicación de los DP no constituye un enriquecimiento sin causa del sujeto que con ellos se beneficia. El lucro de la víctima, en todo caso, puede asignarse a que su acción individual beneficia a otros consumidores.

(9) La aplicación de los DP puede incentivar la promoción de juicios; pero también estimula a los consumidores a que ejerzan un control más severo sobre los proveedores de bienes y servicios.

(10) El artículo 52º bis, LDC establece una nueva penalidad civil; por tanto, su aplicación no es retroactiva a los hechos ocurridos con anterioridad a la sanción de la Ley 26.361.

~

Contratos

Contratos Bancarios y servicio de caja de seguridad en el Nuevo Código Civil y Comercial

Por Jorge Oscar Rossi¹

INTRODUCCIÓN

El objetivo de este breve artículo es reflexionar sobre algunas de las características de la regulación, por parte del Nuevo Código Civil y Comercial, de los contratos bancarios en general y luego detenernos, en particular, en aquel denominado como de "servicio de caja de seguridad".

UBICACIÓN DE LOS CONTRATOS BANCARIOS EN EL NUEVO CÓDIGO

En el Nuevo Código Civil y Comercial, (NCCC), los contratos bancarios están regulados entre los arts. 1378 y 1420.

El legislador optó por establecer **un conjunto de reglas o principios aplicables a todos los contratos bancarios** (arts. 1378 a 1383), seguido por **disposiciones específicas para los "Contratos bancarios con consumidores y usuarios"** (arts. 1384 a 1389) y, a continuación, legisló sobre una serie de **contratos bancarios en particular** (arts. 1390 a 1420).

Estos contratos bancarios "en particular" son:

- * **Depósito bancario**
- * **Cuenta corriente bancaria**
- * **Préstamo bancario**
- * **Descuento bancario**
- * **Apertura de crédito**
- * **Servicio de caja de seguridad**
- * **Custodia de títulos**

Respecto de las **reglas o principios aplicables a todos los contratos bancarios**, establecidas en los arts. 1378 a 1383, en los Fundamentos del Anteproyecto Original ², redactado por la Comisión integrada por los doctores Ricardo Luís Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, se expresa que es *"propósito del Código Civil establecer normas que permitan orientar las prácticas negociales de una manera que disminuya la litigiosidad y es por eso que se incluye una Sección 1ª relativa a la transparencia en las condiciones contractuales. Se dispone que:*

· la publicidad, la propuesta y la documentación contractual deben indicar con precisión y en forma destacada si la operación corresponde a la cartera de consumo o a la cartera comercial.

¹ Abogado (U.B.A.) Profesor Titular de "Régimen Jurídico de los Consumidores y Usuarios", Adjunto Regular de Contratos Civiles y Comerciales y Adjunto de Obligaciones Civiles y Comerciales en la Universidad Abierta Interamericana. Director de Capacitación a Distancia y docente de la Fundación de Ciencias Jurídicas y Sociales del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires. Autor, entre otras publicaciones, de "Derecho de los Consumidores y Usuarios" (El Derecho del Consumidor y sus circunstancias: La "Sociedad de Consumo Individual", la "Sociedad de Consumo Masificado" y la "Sociedad de Prosumo"), de Editorial CIJUSO, año 2014, "Responsabilidad Civil Médica", Ediciones D&D, año 2011, "Responsabilidad Civil & Daños", Ediciones D&D, segunda edición, año 2009, "Contratos, Paso a Paso", Ediciones D&D, año 2008 y "Derecho del Consumidor", Editorial Alveroni, año 2009, este último junto con el Dr. Luis R. Carranza Torres.

² En Internet, pueden consultarse en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>

- Los bancos deben informar en sus anuncios en forma clara la tasa de interés, gastos, comisiones y demás condiciones económicas de las operaciones y servicios ofrecidos.
- El contrato debe especificar la tasa de interés y cualquier precio, gasto, comisión y otras condiciones económicas a cargo del cliente.
- Las cláusulas de remisión a los usos para la determinación de las tasas de interés y de otros precios y condiciones contractuales se tienen por no escritas.
- El banco debe comunicar en forma clara, escrita o por medios electrónicos previamente aceptados por el cliente, al menos una vez al año, el desenvolvimiento de las operaciones correspondientes a contratos de plazo indeterminado o de plazo mayor a un año.
- El cliente tiene derecho, en cualquier momento, a rescindir un contrato por tiempo indeterminado sin penalidad ni gastos, excepto los devengados antes del ejercicio de este derecho.”

Si se comparan los Fundamentos con el texto de los arts. 1378 a 1383 se observará que dichos “Fundamentos” no agregan prácticamente ninguna explicación al texto de los artículos mencionados.

Por nuestra parte, destacamos lo siguiente:

1) A diferencia de los actuales Códigos Civil (vgr. art. 2185, inc. 4°) y de Comercio (vgr. art. 579), **que declaran una preeminencia de la legislación específica**, el NCCC, en su art. 1378, establece que sus disposiciones se aplican a los contratos celebrados *“con las entidades comprendidas en la normativa sobre entidades financieras”*, **sin establecer ningún carácter subsidiario.**

2) No solo eso, sino que, **además de aplicarse** a los contratos celebrados *“con las entidades comprendidas en la normativa sobre entidades financieras”*, el mencionado art. 1378 **también extiende su aplicación** a los contratos celebrados con las personas y entidades públicas y privadas no comprendidas expresamente en la normativa sobre entidades financieras **cuando el Banco Central de la República Argentina disponga que dicha normativa les es aplicable.** Por ejemplo, conforme a las disposiciones sobre *“PROTECCIÓN DE LOS USUARIOS DE SERVICIOS FINANCIEROS”*³ del Banco Central de la República Argentina, punto 1.1.2, será aplicable a:

* Casas, agencias y oficinas de cambio, excepto por las operaciones permitidas de conformidad con el art. 3ro. Del Decreto N° 62/71.

* Fiduciarios de fideicomisos acreedores de créditos cedidos por entidades financieras.

* Empresas no financieras emisoras de tarjetas de crédito y/o compra, excepto por las operaciones no comprendidas en la Ley de Tarjetas de Crédito.

3) El artículo 1381 NCCC presenta una incompatibilidad con el 36 LDC. En efecto, el 1381 prevé que *“...El contrato debe especificar la tasa de interés y cualquier precio, gasto, comisión y otras condiciones económicas a cargo del cliente. Si no determina la tasa de interés, es aplicable la nominal mínima y máxima, respectivamente, para las operaciones activas y*

³ La COMUNICACIÓN “A” 5460, del Banco Central de la República Argentina, titulada “PROTECCIÓN DE LOS USUARIOS DE SERVICIOS FINANCIEROS-MODIFICACIONES”, fue emitida el 19 de julio y publicada en el Boletín Oficial el 9 de agosto de 2013. Se sustituyen así las Secciones 1., 2., 3. y 7. de las normas sobre “Protección de los usuarios de servicios financieros”.

pasivas promedio del sistema, publicadas por el Banco Central de la República Argentina a la fecha del desembolso o de la imposición....”

Es decir, si en un préstamo bancario no figura la tasa de interés, sería aplicable la **tasa activa** (la que cobran los bancos) **nominal mínima**.

En cambio, el art. 36 LDC prescribe que *“deberá consignarse la tasa de interés efectiva anual. Su omisión determinará que la obligación del tomador de abonar intereses sea ajustada a la tasa pasiva anual promedio del mercado difundida por el Banco Central de la República Argentina vigente a la fecha de celebración del contrato.”*

Es decir, **para un mismo caso (prestamos), el NCCC nos habla de tasa activa nominal mínima y la LDC de tasa pasiva promedio del mercado (que generalmente es inferior a la activa, incluso a la activa nominal mínima)**

Al respecto, entendemos que, en cada caso, deberá prevalecer la solución más favorable para el consumidor (conf. Art. 3 LDC y 1094 NCCC). Además, el citado art. 1381 no es específico de los *“Contratos bancarios con consumidores y usuarios”* (regulados en los arts. 1384 a 1389), sino que se ubica en la *“parte general”* de los contratos bancarios. Por ello, las disposiciones propias del régimen consumerista (tanto la LDC como los artículos del NCCC que regulan el tema) prevalecen sobre las generales.

4) Un problema similar se presenta al confrontar los artículos **1389** del NCCC (este si ubicado en el párrafo referido a los *“Contratos bancarios con consumidores y usuarios”*) y el **36** LDC. En efecto, mientras el 1389 NCCC prescribe que

“Son nulos los contratos de crédito que no contienen información relativa al tipo y partes del contrato, el importe total del financiamiento, el costo financiero total y las condiciones de desembolso y reembolso.”

El art. 36 LDC, en cambio, adopta un criterio más flexible, al establecer que *“...Cuando el proveedor omitiera incluir alguno de estos datos en el documento que corresponda, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario.”*

Entendemos que la solución de la LDC resulta más favorable para el consumidor, al permitirle solicitar la nulidad de todo el contrato o de algunas de sus cláusulas.

El Nuevo Código y el Contrato de Servicio de Caja de Seguridad

Por empezar, en el NCCC, el contrato de *“servicio de caja de seguridad”* está regulado dentro de los contratos bancarios, concretamente, en los artículos 1413 a 1417. Ahora bien, el contrato de *“servicio de caja de seguridad”* no está definido en el NCCC. El art. 1413 establece que *“El prestador de una caja de seguridad responde frente al usuario **por la idoneidad de la custodia de los locales, la integridad de las cajas y el contenido de ellas**, conforme con lo pactado y las expectativas creadas en el usuario. No responde **por caso fortuito externo a su actividad, ni por vicio propio de las cosas guardadas.**”* (la negrita es nuestra)

En los fundamentos del Proyecto Original, redactado por la Comisión integrada por los doctores Ricardo Luís Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, se expresa lo siguiente (pags 155 y 156):

“El servicio de caja de seguridad es muy utilizado en nuestro país y ha motivado una profusa litigiosidad, razón por la cual se regula especialmente. Esta tesis fue adoptada por el Proyecto de 1987 y los sucesivos proyectos de la Comisión Federal de la Cámara de Diputados de 1993, del Poder Ejecutivo del mismo año, y de 1998. En todos ellos se otorga especificidad al contrato de caja de seguridad, independizándolo del contrato de depósito, por cuanto tiene una naturaleza diversa de éste.

Las diferencias son en cuanto a la responsabilidad del prestador del servicio, ya que en el Proyecto de 1998 se establece que sólo puede eximirse de responsabilidad por el caso fortuito externo al servicio prestado y por vicio propio de las cosas guardadas con lo que se precisa la formulación que hacían los antecedentes.

En nuestro Anteproyecto se adopta una perspectiva diferente para hacer más clara la responsabilidad del banco. El prestador de una caja de seguridad responde frente al usuario por la idoneidad de la custodia de los locales, la integridad de las cajas y el contenido de ellas, conforme con lo pactado y las expectativas creadas en el usuario. No responde por caso fortuito externo a su actividad, ni por vicio propio de las cosas guardadas. La incorporación de las expectativas del consumidor es importante para este tema.” (la negrita es nuestra)

Lamentablemente, en los Fundamentos no se nos dice porque ***“La incorporación de las expectativas del consumidor es importante para este tema”***. De todas maneras, es absolutamente razonable tener en cuenta las expectativas generadas en la contraparte, más aún si este califica como consumidor.

Esto está previsto tanto en nuestra actual LDC, como en el NCCC, al regular los contratos de consumo. En efecto, *“Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios prospectos, circulares u otros medios de difusión obligan al oferente y se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor”* (conf. art. 8 LDC y similar texto del 1103 del NCCC). Las expectativas generadas influyen y hasta pueden ser determinantes a la hora de contratar. Por dar un ejemplo, si un banco publicita su servicio de caja de seguridad dando a entender que cuenta con elementos de seguridad “mejores” que los de la competencia y luego de un robo resulta que utilizaba las medidas “estándar” de cualquier institución bancaria, esto se debe tener en cuenta a la hora de cuantificar el daño moral o extrapatrimonial.

Por otra parte, pasando a la eventual responsabilidad civil del prestador del servicio, entendemos que se consagra **una obligación de custodia de resultado a cargo del prestador, con factor objetivo de atribución de responsabilidad.**

Vale decir que el prestador se exime de responsabilidad si prueba que el daño se produjo por:

1) **Caso fortuito externo a su actividad.** Es decir, debe ser un riesgo ajeno a la actividad de custodia de cajas de seguridad. Por ejemplo, sucesos como el robo o el hurto no pueden considerarse ajenos al riesgo propio del servicio de caja de seguridad. Ese es justamente el riesgo que el usuario traslada al prestador del servicio y, simultáneamente, la razón por la que hace el contrato. La eximente está en concordancia con lo dispuesto en el art. 1733 del NCCC, en cuanto establece que *“...Aunque ocurra el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento, el deudor es responsable en los siguientes casos:...*
...e) si el caso fortuito y, en su caso, la imposibilidad de cumplimiento que de él resulta, constituyen una contingencia propia del riesgo de la cosa o la actividad;”

2) **Vicio propio de las cosas guardadas**, que, en realidad, no sería más que un supuesto de caso fortuito externo a la actividad del prestador.
Por otro lado, queda claro que la prueba del contenido de la caja de seguridad puede hacerse por cualquier medio (conf. Art. 1415).

Un tema que sin dudas generará controversias es la posibilidad de limitación de responsabilidad:

*ARTÍCULO 1414.- **Límites** . La cláusula que exime de responsabilidad al prestador se tiene por no escrita. Es válida la cláusula de limitación de la responsabilidad del prestador hasta un monto máximo sólo si el usuario es debidamente informado y el límite no importa una desnaturalización de las obligaciones del prestador.*

En definitiva, es válida una cláusula de limitación de la responsabilidad del prestador hasta un monto máximo, sujeta a las siguientes condiciones:

* **Que el usuario sea debidamente informado**. Téngase en cuenta que estos contratos van a hacerse siempre por adhesión. En la práctica, lamentablemente, la previa información tiene una utilidad relativa **en los contratos por adhesión donde, como sabemos, el adherente solo puede aceptar y rechazar**. Menos aún sirve en aquellos mercados **donde la oferta está concentrada en pocos empresarios**, en los que el rechazo se encuentra fuertemente condicionado **por el hecho de que los competidores del predisponente probablemente van a ofrecer las mismas condiciones de contratación**. Dicho de otra manera, y aplicándolo a este caso concreto, **si todos los bancos ofrecen las mismas o similares condiciones de contratación, es poca la posibilidad de elección que tiene el adherente, por más que se encuentre “debidamente informado” respecto de la limitación de la responsabilidad del prestador hasta un monto máximo**.

* **Que el límite no importe una desnaturalización de las obligaciones del prestador**, lo cual no deja de ser una frase obvia que por su imprecisión no aporta ninguna seguridad y que, tememos, generará conflictos. ¿Por debajo de que monto máximo de responsabilidad se considerarán "desnaturalizadas" las obligaciones del prestador? Una cosa es hablar de desnaturalización de las obligaciones **como principio general** para impugnar una cláusula, como lo hace el art. 37 inc.a) de la LDC, y otra es usar esa palabra para, supuestamente, fijar un límite en un tema concreto.

Entendemos que habrá que interpretarla de conformidad con el concepto de cláusula abusiva que surge del art. 1119 del NCCC.

Personalmente, consideramos **inconveniente y contraria a la causa fin del contrato**, la limitación de responsabilidad en este supuesto, porque la sola limitación de responsabilidad, cuando el servicio ofrecido es, precisamente, “seguridad” va en contra de la naturaleza de la prestación comprometida. **Es casi como ofrecer “seguridad limitada”**.

Adviértase, además, que el banco puede limitar su responsabilidad hasta un máximo, **pero esto no opera como una cláusula penal a favor del usuario, pues este igual tendrá que probar el contenido de la caja para reclamar indemnización**. Por lo menos, esto es lo que surge de la lectura del articulado.

Es decir, ya que el banco puede beneficiarse con una responsabilidad limitada, **sería lógico que en esos casos, recíprocamente, el usuario quede eximido de probar el contenido**

de la caja y, en caso de robo, por ejemplo, el banco le pague automáticamente dicho monto máximo. Pero, repetimos, esto no surge del NCCC.

Por último, tratándose de un contrato de consumo, este artículo entra en contradicción con lo previsto por el art. 37 inc. a) de la LDC, el **que no sufrirá modificaciones luego de la entrada en vigencia del NCCC.** Este artículo establece expresamente que:

*“...Sin perjuicio de la validez del contrato, **se tendrán por no convenidas:***

*a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones **o limiten la responsabilidad por daños;**...”* (la negrita y el subrayado es nuestro)

Como sabemos, la LDC es de orden público, como lo establece su propio art. 65. El NCCC contiene un precepto que fija un orden de prelación entre normas referidas a un mismo tema, en materia contractual:

*ARTICULO 963.- Prelación normativa. Cuando concurren **disposiciones de este Código y de alguna ley especial,** las normas se aplican con el siguiente orden de prelación:*

*a) **normas indisponibles de la ley especial** y de este Código;*

b) normas particulares del contrato;

c) normas supletorias de la ley especial;

d) normas supletorias de este Código.

Además, a tenor del art. 1384 NCCC, las *“disposiciones relativas a los contratos de consumo son aplicables a los contratos bancarios de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1093.”*

Es decir que, en la eventualidad de que el contrato bancario sea al mismo tiempo contrato de consumo, en caso de duda sobre la interpretación del NCCC o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor (arg. conf. art. 1094).

~~