

Caja De Seguridad Sustraccion De Valores Responsabilidad Bancaria

JURISPRUDENCIA

En Buenos Aires a los catorce días del mes de

febrero de dos mil trece, reunidos los Señores Jueces de Cámara en la Sala de Acuerdos fueron traídos para conocer los autos: ?SANCHEZ TUÑON MARIA ISABEL Y OTRO C/ BANCO ITAU BUEN AYRE S.A. sobre ORDINARIO? (expediente n° 52.235/2003; causa 48.707; Com. 25 Sec. 50) en los que al practicarse la desinsaculación que ordena el artículo 268 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación resultó que la votación debía tener lugar en el siguiente orden: Doctora Alejandra N. Tevez, Rafael F. Barreiro y Juan Manuel Ojea Quintana. Estudiados los autos la Cámara plantea la siguiente cuestión a resolver: ¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada de fs. 764/788? La Dra. Alejandra N. Tevez dice: I.- Antecedentes de la causa. 1. María Isabel Sánchez Tuñón (junto con Alejandro Eduardo Goyeneche, inicialmente) demandó al Banco Itaú Buen Ayre S.A. (en adelante, ?Banco Itaú S.A.?) a fin de obtener el cobro de dólares estadounidenses ... (US\$...), con más intereses y costas. Solicitó la citación en garantía de Chubb Argentina de Seguros S.A. (en adelante, ?Chubb S.A.?) y La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A. (en adelante, ?Meridional S.A.?). Relató que el 05.11.92 contrató con el banco accionado el uso de una caja de seguridad, primero en la sucursal Pueyrredón y, desde julio de 2004 -pues se mudó- en la sucursal Callao. Explicó que el gerente Catena le entregó en mano dos juegos de llaves, previamente gravados y formateados, mas no en caja numerada y precintada. Afirmó que la última vez que concurrió sin inconvenientes a la caja de seguridad fue el 30 de diciembre de 2004 y que tenía allí encofrada la suma de dólares estadounidenses ... (US\$...) y alhajas. Sostuvo que al concurrir nuevamente al sector de cajas de seguridad el 11 de enero de 2005, observó que la suya estaba entreabierta. Ello así, y tras introducir las dos llaves, comprobó el faltante del dinero aquí reclamado. Continuó su relato diciendo que, frente a tal hecho, el gerente del banco se negó a llamar a la Policía, no realizó inventario del contenido de la caja y ordenó a la fuerzas de seguridad del local retirarse del lugar. Adujo que el mismo día hizo la denuncia en la Comisaría y se inició la causa nro. 1516/05, en trámite por ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal de Instrucción nro. 19, Secretaria nro. 159. Explicó el origen de las sumas reservadas en el habitáculo y se refirió a las deficiencias del sistema de seguridad del servicio del Banco Itaú S.A. Ofreció pruebas y fundó en derecho su pretensión. 2. A fs. 85/104 Banco Itaú S.A. contestó la demanda y solicitó su rechazo con expresa imposición de costas. Desconoció la documental. Reconoció el contrato que la vinculara con su adversaria y se refirió a: i) el mecanismo de seguridad, ii) el método de ingreso y iii) la limitación de responsabilidad. Dijo que la accionante conocía las cláusulas del convenio, las suscribió y no las impugnó ni tachó de nulidad. Adujo que el sistema ahora impugnado, se encuentra detallado en el contrato y fue aprobado por el BCRA en su carácter de autoridad de aplicación en materia de seguridad bancaria. Se refirió a ciertas contradicciones entre los ingresos al sector que la actora denunció en el escrito de inicio y los aludidos en la causa penal, así como al supuesto faltante de joyas y dinero. Puntualizó que de las actuaciones penales surge que el cofre no fue violentado, razón por la cual no existió ilícito alguno; ergo, no puede imputársele responsabilidad. Dijo que cualquiera fuera la naturaleza jurídica del contrato, no hay responsabilidad objetiva y no corresponde que cargue con el caso fortuito o fuerza mayor, pues adoptó todas las medidas de seguridad necesarias. Rechazó la existencia de daños y solicitó la citación en garantía de Chubb S.A. y Meridional S.A. Ofreció pruebas y fundó en derecho su pretensión. 3. A fs. 212/14 Meridional S.A. contestó la citación en garantía. Reconoció que se vinculó con Banco Itaú S.A. mediante póliza bancaria nro. ... Hizo saber que: i) la cobertura es un coaseguro con Chubb S.A., del cual tiene a su cargo el 60% y Chubb S.A. el 40% restante, ii) la suma asegurada para siniestros en caja de seguridad asciende a dólares estadounidenses ... (US\$...), y iii) acordaron una franquicia de dólares estadounidenses ... (US\$...). Negó todos y cada uno de los hechos expuestos en el escrito de inicio y la documental acompañada. Adhirió a la contestación de demanda de Banco Itaú S.A. y ofreció pruebas. 4. A fs. 229/236 Chubb S.A. contestó la citación en garantía. Reconoció que se vinculó con Banco Itaú S.A. mediante póliza bancaria nro. ... Denunció que: i) tal cobertura es un coaseguro con Meridional S.A., del cual tiene a su cargo el 40% y Meridional el 60% restante, ii) la suma asegurada para siniestros en caja de seguridad es de dólares estadounidenses ... (US\$...) y, iii) acordaron una franquicia de dólares estadounidenses ... (US\$...). Negó todos y cada uno de los hechos expuestos en el escrito de inicio y la documental. Adhirió a la contestación de demanda de Banco Itaú S.A. y ofreció pruebas. II.- La sentencia de primera instancia. A fs. 764/87 el a quo dictó sentencia. Hizo lugar a la demanda y condenó a Banco Itaú S.A. a pagar a la actora dólares estadounidenses ... (US\$...) con más intereses y costas. Hizo extensiva la condena en los términos del art. 118 de la L.S. a Chubb S.A. y Meridional S.A. Aceptó la excepción de falta de legitimación activa interpuesta contra el coactor Alejandro Eduardo Goyeneche. Liminarmente describió al contrato de caja de seguridad y subrayó que el deber de custodia hace a su esencia y naturaleza. Añadió que la obligación del banco es de resultado y que su incumplimiento

comporta un supuesto de responsabilidad objetiva de la que sólo se libera acreditando el caso fortuito, la fuerza mayor o el hecho de un tercero por quien no debe responder. Refirió a la coincidencia en doctrina y jurisprudencia respecto a que el robo o hurto no constituye un "casus" que releve de responsabilidad al banco por los daños provocados al titular. Juzgó inidóneo el sistema de seguridad del banco y, para decidir si debía aquél responder por el faltante advertido por el cliente, consideró que: i) la buena fe se presume, ii) la caja no se contrata para tenerla "vacía", y iii) la denuncia penal concomitante a la comprobación del alegado faltante, constituye un serio indicio que corrobora la efectiva verificación del siniestro. Expuso que si bien era exacto que en la causa penal no pudo comprobarse el hurto del contenido de la caja ni que la misma hubiere sido violentada, tal circunstancia no eximía al Banco Itaú S.A. pues no había adoptado todas las medidas necesarias a los fines de evitar la pérdida de los objetos guardados. Agregó que la circunstancia de que no se hubiera forzado el cofre constituía un indicio de que las cerraduras no fueron violentadas, mas no impedía considerar que se hubiera producido un acceso ilegítimo. Juzgó que las cláusulas nros. 13.2 y 13.2.1 que limitan la responsabilidad hasta la suma de pesos ... (\$...) eran nulas. Ello así, de acuerdo a lo previsto: a) en el art. 37 de la LDC, en tanto que el ínfimo límite obliga a considerarlas como condiciones que la eximen de toda responsabilidad por los faltantes, y b) en el art. 507 del CCiv., pues admitir este tipo de condiciones legitima la dispensa de dolo que se encuentra prohibida por la norma. Se introdujo luego en la prueba del contenido de la caja. Expuso que adquieren valor las presunciones que deben ser graves, precisas y concordantes. Meritó que, para su cuantificación, debían considerarse las condiciones morales y profesionales de los reclamantes que no fueron puestas en duda, la solvencia económica y la circunstancia de haber denunciado el robo de modo inmediato. Por último, expuso que el monto debía restituirse en dólares estadounidenses pese a la existencia de la normativa de emergencia económica. Así pues: i) se trata de una deuda de valor y corresponde la reparación en forma integral de acuerdo a lo previsto en el art. 1083 del CCiv.; y ii) no existe, en el caso, una obligación de dar sumas de dinero en moneda extranjera, sino la indemnización del daño padecido por el actor como consecuencia de la sustracción de los objetos depositados en una caja de seguridad bancaria. Fijó intereses al 8% anual desde el 11.01.05. III. Los recursos: Contra tal pronunciamiento apeló Chubb S.A a fs. 789. El recurso fue concedido libremente a fs. 791, primer párrafo. También apeló Meridional S.A. a fs. 791. Su recurso fue concedido a fs. 792, primer párrafo. Por último, apeló Banco Itaú S.A. a fs. 802 y su recurso fue concedido a fs. 808. Los agravios de Chubb S.A. y Meridional S.A. fueron presentados en forma conjunta y corren a fs. 835/39, habiendo recibido respuesta a fs. 855/59. Las quejas de Banco Itaú S.A. obran a fs. 843/83 y fueron contestadas a fs. 863/71. Las quejas de las citadas en garantía corren por los siguientes carriles: i) la actora conocía al tiempo en que celebró el contrato las medidas de seguridad que ahora tacha de ineficaces, ii) la cláusula que limita la responsabilidad por daños está relacionada con el bajo costo del servicio, iii) no se probó el robo ni que el banco incumpliera con sus obligaciones, iv) las medidas de seguridad fueron aprobadas por el BCRA y resultaron idóneas, v) no se acreditó el contenido del cofre, y vi) no cupo al primer sentenciante endilgar responsabilidad en base a presunciones e indicios. El Banco Itaú S.A. se quejó argumentando que: i) el juez basó su sentencia en presunciones que no tienen respaldo en hechos reales y probados, ii) las medidas probatorias valoradas no son idóneas para probar el faltante del cofre y su responsabilidad, iii) no se acreditó el hurto, iv) meritó el primer sentenciante que, sin perjuicio de que no se probó que la caja hubiera sido violentada, debía presumirse el robo frente al informe del perito cerrajero que dictaminó que el sistema de seguridad no era seguro, v) no consideró el a quo que el banco accionado no tenía otro juego de llaves, vi) el perito solo dijo que era probable que hubiera existido una duplicación de llaves, vii) las conclusiones del experto referidas a la falta de medidas de seguridad son subjetivas y dogmáticas, no son científicas ni técnicas, viii) no meritó el a quo que las medidas de seguridad que adoptó su mandante fueron aprobadas por el BCRA., ix) valoró erróneamente la prueba producida, x) no justificó el primer sentenciante por qué tuvo por acreditada la existencia de una suma superior a ... (US\$...), xi) la circunstancia de haber realizado la denuncia policial y la penal en forma concomitante con el hecho no permite concluir la existencia del contenido de la caja de seguridad, xii) declaró el juez inválidas las cláusulas del contrato que limitan la responsabilidad, pese a no haberlo la actora requerido, y xiii) no se probó en autos que incumplió con su deber de custodia. IV. La solución. a. Adelanto que, no atenderé todos los planteos recursivos de las recurrentes sino aquellos que estime esenciales y decisivos para dictar el veredicto en la causa (cnfr. CSJN, in re: "Altamirano, Ramón c. Comisión Nacional de Energía Atómica", del 13/11/1986; ídem in re: "Soñes, Raúl c. Adm. Nacional de Aduanas", del 12/2/1987; bis ídem, in re: "Pons, María y otro" del 6/10/1987; ter ídem, in re: "Stancato, Caramelo", del 15/9/1989; y Fallos, 221:37; 222:186; 226:474; 228:279; 233:47; 234:250; 243:563; 247:202; 310:1162; entre otros). b. Sabido es que en el contrato de caja de seguridad la obligación esencial del banco es proveer a la custodia y guarda del contenido del cofre. El incumplimiento de este deber de seguridad es fuente de responsabilidad objetiva, en tanto la entidad bancaria se obliga a una custodia efectiva y tal obligación es de resultado. Así, solo se exime de ella si acredita el caso fortuito o fuerza mayor notoriamente ajenos al servicio esencial que presta (conf. Barbier, Eduardo Antonio, "Contratación Bancaria" Ed. Astrea, Bs. As., 2008, p. 601 y ss; Lorenzetti, Ricardo L., "Tratados de los contratos", T. III, Ed. Rubinzal Culzoni, Bs. As., 2000, p. 701; Moeremans, Daniel, "Contrato de Caja

de Seguridad: prueba del contenido?, LL 20005-E-232; Ghersi, Carlos A., ?Responsabilidad de las entidades Bancarias?, Ed. Universidad, Bs. As., 2003, p. 162 y ss; CNCom., Sala C, "Rodo, Jorge c/ Bco. Galia y Bs. As. s/ ordinario", del 25.08.97; CNCom., Sala A, 15.11.00, "Fridman, Jacobo c/ Banco Mercantil Argentino S.A. s/ ordinario", del 15.11.00; CNCom., Sala B, 15.5.01, "Unger, Leonardo y otro c/ Banco Mercantil Argentino S.A. s/ ordinario", del 15.05.01). En tales condiciones, el banco no se libera de responsabilidad aun cuando demuestre que no tuvo culpa, dado que ella no califica el reproche sino la ausencia del resultado previsto (conf. Lorenzetti, ob. cit. p. 700). Esta línea de razonamiento, que impide que la entidad bancaria pueda oponer defensas fundadas en la falta de culpa, conlleva implícita una premisa fundamental: la prueba acabada y concreta de que el hecho ilícito -robo/hurto del cofre - efectivamente sucedió. Ello es, precisamente, lo que controvierten el banco accionado y las citadas en garantía: la efectiva ocurrencia del robo/hurto de la caja de seguridad. En prieta síntesis, arguyen los recurrentes que no existió hecho ilícito alguno pues el cofre no tenía signos de haber sido forzado o violentado. Planteada en tales términos la cuestión, corresponderá liminarmente establecer si terceras personas se apoderaron de los objetos que la actora dijo haber depositado en la caja de seguridad. Ello pues tal hecho constituye la premisa fundamental susceptible de activar el engranaje particular de responsabilidad previsto para la relación contractual sometida a juzgamiento. A ello me abocaré en párrafos siguientes. Adelanto que, con tal objetivo, desarrollaré ciertos argumentos que tienen por fin sustentar mis conclusiones sobre el punto. c. Recuerdo que sostuvo la actora haber concurrido el 11 de enero de 2005 al sector de cajas de seguridad y que, al observar su cofre entreabierto -sin signos de violencia- introdujo las llaves y advirtió que el dinero que había guardado allí ya no estaba (v. fs. 57 y lectura integral del escrito inaugural). Del propio relato puede concluirse que la prueba directa, concluyente y concreta de la sustracción es de muy difícil o casi imposible cumplimiento. Así, la existencia del siniestro y su modo de producción han de tenerse por probados a través de presunciones. Una conclusión contraria importaría convalidar que la defendida -frente a la evidente dificultad de la actora para acreditar los hechos que sirven de antecedente a su pretensión- se limitase a constituirse en simple espectadora del despliegue de toda la prueba a producirse a fin de probar un hecho de casi imposible comprobación. En tal hipótesis, su interés se limitaría a aguardar el vencimiento del período de prueba sin realizar ninguna actividad, pues descartaría el éxito de la rendida por la accionante. Bien se ve, tal conclusión colisiona, sin dudas, con la buena fe y lealtad procesal que debe imperar en todos los procesos. De allí que la actividad procesal de cada parte debe ser conteste con la naturaleza de los acontecimientos y relación jurídica sometida a juzgamiento (en tal sentido, CSJN; ?García, Hectór y otro c/ Banco Quilmes?, del 15.02.02, voto en disidencia, LL 2000-E- 231). Así las cosas y, como hubiera anticipado ?supra?, meritando la modalidad del hurto denunciada en el escrito de inicio solo podrá tenerse por cierta la sustracción de los valores de la caja de seguridad a través de presunciones. El art. 163 inc. 5 del Cpr., establece que: ??Las presunciones no establecidas por ley constituirán prueba cuando se funden en hechos reales y probados y cuando por su número precisión y gravedad y concordancia, produjeran convicción según la naturaleza del juicio, de conformidad con las reglas de la sana crítica?. Sabido es que las presunciones constituyen un medio de convicción consistente en recoger o interpretar una serie de hechos, hitos, circunstancias o indicios que aisladamente carecen de un sentido final, pero unidos por simientes lógicas permiten llegar a determinadas conclusiones por la fuerza de la convicción (v. Falcón, Enrique, ?Código Procesal Civil y Comercial de la Nación?, Anotado. Concordado. Comentado, T. II, arts. 125 a 345, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1994, p. 145). Me abocaré entonces, a continuación, a analizar las distintas pruebas obrantes en autos y en la causa penal traída ?ad effectum vivendi et probandi? que permiten tener por cierto el hecho de la sustracción de los objetos del cofre de la actora. d.1. Deficiente sistema de seguridad. Liminarmente, me diré que el sistema de seguridad utilizado por la defendida fue, cuanto menos, deficiente. Veamos. De las cláusulas del contrato surge que: i) a cada cliente le eran entregados dos juegos de llaves compuestos por dos llaves nro. 1 y dos llaves nro. 2 (v. cláusula 6, obrante a fs. 119) y ii) la caja de seguridad se abría cuando se colocaban simultáneamente las dos llaves (una de cada juego) (v. cláusula 7, obrante a fs.119 vta.). Respecto a este método, el perito informó, al responder la impugnación de la defendida obrante a fs. 623, lo siguiente: ?conforme mi conocimiento en cerraduras y llaves de cofres de seguridad, puedo afirmar, que el sistema utilizado por la entidad demandada, donde el locatario tiene ambas llaves (habilitante y de apertura), no es habitual ni seguro. El que comúnmente utilizan las entidades bancarias, es aquel en que el cliente tiene solo la llave de apertura únicamente y el banco la habilitante (la testigo)?.? (v. fs. 633). Luego, a fs. 647, dijo en relación al régimen habitual que: ??únicamente puede acceder al interior del ?cofre? o ?caja? de seguridad, con el concurso de dos personas: el titular de la llave de apertura (el cliente) y el titular de la llave habilitante (el representante del banco)?.? (v. fs. 647, punto c.). No se me escapa que la defendida se quejó de ello al expresar agravios, argumentando que las afirmaciones del auxiliar carecen de sustento científico. No comparto la visión del recurrente. Así pues las conclusiones del experto fueron obtenidas tras el análisis del método de seguridad utilizado y sobre la base de su experiencia técnica en la materia (v. fs. 647 vta., ?in fine?). A todo evento, añado que aquella deducción también puede extraerse fácilmente si se advierte que, como acertadamente señaló el experto, el funcionamiento del servicio difiere del mecanismo utilizado en el caso. En efecto, el cliente usualmente para

acceder a la caja recibe una llave y el banco se guarda otra, para que el cofre no pueda ser abierto sin la cooperación de un empleado del banco que tiene en su poder la llave maestra del mecanismo de coclusura. d.2. Utilización anterior de idéntica llave. Afirmó Sánchez Tuñón que el gerente de la sucursal, Catena, les dio los dos juegos de llaves en mano, en lugar de entregárselos en una caja precintada y numerada. Añadió que las llaves no fueron gravadas y formateadas por un cerrajero en ese momento (v. fs. 56). Las defendidas negaron que ello hubiese sido exacto (v. fs. 85 vta). Las conclusiones del perito actuante avalan la versión de la demandante. En efecto, el experto informó que: "con relación al caso peritado en autos, más allá que ambas llaves (la habilitante y la apertura) se encuentran en poder del "cliente", las mismas muestran un marcado desgaste por el uso a que fueron sometidas" habiéndose informado que la entidad bancaria demandada "tampoco cambia las cerraduras y sus respectivos juegos de llaves en cada oportunidad que loca un "cofre o "caja" de seguridad (v. fs. 647, vta. punto f, el destacado es el original). Y, si bien no se me escapa que ello es solo una afirmación del perito, no puedo dejar de meritar negativamente para la defendida las siguientes dos circunstancias: 1. que nada hubiera señalado la recurrente al respecto en oportunidad de alegar (v. fs. 757/759); y 2. que el hecho de que las llaves mostrasen un marcado desgaste por el uso, se condice con las noticias que el auxiliar hubiera recibido del personal de la defendida. d.3. Falta de prueba del grabado de llaves de la actora. Respecto de la modalidad de entrega de las llaves a la actora, cabe destacar lo siguiente: (i) en el libro de acceso al recinto de cajas de seguridad hay asentadas constancias de tres ingresos a ciertos cofres de clientes del Banco Itaú S.A. con motivo de "grabado de llaves" (v. fs. 1, 24, 29, 37, 38 del libro reservado en sobre grande nro. 48.707), y, asimismo, figuran otras entradas en el registro manual por distintos motivos: olvido de tarjeta (v. fs. 2), no funcionamiento del sistema electrónico de acceso (v. fs. 8), falta de sistema en sucursal (v. fs. 9), problemas de sistema (v. fs. 13), no apertura del molinete (v. fs. 28), falta de tarjeta cuenta nueva (v. fs. 41), etc. (ii) El gerente de la sucursal indicó en relación al modo de acceso al sector de los cofres que: "el sistema de seguridad funciona por medio del ingreso de una tarjeta electrónica la cual al ingresar a la sucursal se ingresa a la máquina que se llama tap donde el cliente selecciona la opción de ingreso a caja de seguridad. Automáticamente en la puerta de acceso al recinto de la caja de seguridad el cliente ingresa su tarjeta de débito, coloca la clave y abre el molinete, la puerta para que ingrese" (v. respuesta a la segunda pregunta del cuestionario de la defendida, obrante a fs. 481; y, en sentido similar, la declaración de Bangueses, a cargo del sector de auditoría interna -v. en especial la respuesta a la pregunta segunda del cuestionario de la defendida obrante a fs. 483-). Lo modalidad de ingreso al sector de cajas de seguridad y la prueba que existe en autos en punto a que se dejaba constancia manual en el libro de acceso tanto cuando el sistema electrónico no funcionaba o cuando mediaban otras circunstancias -en lo que aquí interesa, referir grabado de llaves-, permiten razonablemente concluir que la primera vez en que se ingresaba al recinto se asentaba ello manualmente -pues el cliente no se encontraba habilitado para ello, por la falta de incorporación al sistema-. Desde esta perspectiva, bien pudo la recurrente haber acercado la prueba directa -libro de ingreso con el registro de acceso a fin de grabar llaves-, a fin de sustentar su versión en el sentido de que aquéllas no se encontraban previamente formateadas ni gravadas y que ello fue hecho el día en que le fueron entregadas al cliente; lo que no hizo. d.4. Incorrecta ubicación del sector de cajas de seguridad. Accesos secundarios. La prueba colectada evidencia, asimismo, que los cofres se hallaban emplazados en una zona que no ofrecía garantías de custodia y vigilancia permanente. En efecto, de la prueba de reconocimiento obrante a fs. 714 surge que: "alrededor de la bóveda hay un pasillo circundante, en el cual existe una puerta, por la cual también se accede a la bóveda". Según manifestaciones de empleados de la defendida aquélla entrada "es un acceso secundario a la bóveda, y se utiliza en caso que la puerta principal no abra" (v. fs. 714). d.5. Incorrecta ubicación de la sala reproducción de las imágenes captadas en el sector de cajas de seguridad. Similares consideraciones cabe efectuar respecto del recinto en el que se recibía la reproducción de las imágenes captadas en el sector de los cofres. De la declaración del gerente del Banco Itaú S.A. surge que las imágenes tomadas en ocasión del monitoreo de aquél sector, se reproducían en la sala de sistemas. Allí estaban los tableros (v. declaración de Catena, respuesta a la repregunta de la actora obrante a fs. 482 vta). Esta zona, por encontrarse situada en un espacio al que pueden acceder diversas personas (personal de limpieza, mantenimiento, etc.) no preservaba la debida intimidad, en protección de todo acto dañoso que pudiera violar la seguridad de las cajas o deteriorar la integridad de los bienes y cosas depositados en el cofre. d.6. Ocurrencia de otros hechos similares. De los libros de la citada en garantía surge que, en forma coetánea al hecho denunciado por la actora, se produjo otro siniestro en el sector de cajas de seguridad de Banco Itaú S.A. Así, de la prueba pericial contable surge que: "Según LISTADO DE SINIETROS PAGADOS" de AIG LA MERIDIONAL, del período 01/04/2005 al 30/04/2005, en su página 64?.surge que con fecha 5 de abril de 2005, se abonó por el Siniestro N° ..., producido con fecha 31-12-2004, con origen en la Póliza ..., un pago a Banco Itaú Buen Ayre SA. por la suma de \$...? (v. fs. 541, respuesta al punto 8). Asimismo, de la causa penal venida "ad effectum vivendi et probandi" surge que había existido otro faltante de dinero en los cofres (v. fs. 45 vta. de la causa, caratulada "NN s/ robo. Damnificado: Sanchez Tuñón Maria Isabel?", Expte nro. 1516/00, que tramitó por ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional de Instrucción nro. 19, Sec. Nro. 35). Información de similar tenor fue brindada por el

auditor interno de Banco Itaú S.A., al ser preguntado sobre la existencia de hechos análogos. El funcionario reconoció el acaecimiento de otro siniestro ocurrido en la Sucursal Las Heras (v. respuesta a la tercera, pregunta de la actora obrante a fs. 483 vta). Y agregó, inclusive, que: ¿está en conocimiento de otros hechos muy similares, pero simplemente fueron comentarios, no teniendo ningún otro elemento adicional? (v. respuesta a la sexta pregunta del cuestionario de la actora, obrante a fs. 483, ¿in fine?).

d.7. Respuesta ante la denuncia de la actora. Por último, debo referirme a la desaprensiva conducta adoptada por el gerente Catena. Resulta francamente sorprendente que, frente a la denuncia de la actora, no hubiera levantado acta de lo sucedido ni realizado inventario del contenido del cofre. Tal actitud evidencia la falta de profesionalidad y la precariedad con que el Banco Itaú S.A. prestaba el servicio de caja de seguridad a su cliente. d.8. De lo hasta aquí expuesto se deduce la vulnerabilidad del sistema del seguridad del servicio de guarda y custodia prestado por el banco, que permiten tener por cierta la sustracción del contenido del cofre de Sánchez Tuñón. Refuerza esta conclusión, la escueta pero acertada premisa puntualizada por el primer sentenciante -que no fue objeto de agravio-: debe presumirse la buena fe de la actora y es la defendida quien debía demostrar lo contrario (conf. arg. doc. art. 2362 y 4008 del CCiv.). e. Cláusulas limitativas de responsabilidad. El primer sentenciante declaró la nulidad de las cláusulas 13.2 y 13.2.1 que limitan la responsabilidad del banco por robo hasta pesos ... (\$...). Las reputó contrarias al art. 37 de la LDC y al art. 507 del CCiv. que prohíbe la dispensa del dolo. Banco Itaú S.A. se alzó contra tal decisión y argumentó que las cláusulas deben ser respetadas en virtud del principio de la autonomía de la voluntad (v. fs. 850 y ss).

Sin embargo, nada dijo respecto de la declaración de nulidad decidida por el a quo con base argumental en el art. 37 de la LDC. En tal sentido, no cumplió con las exigencias previstas en el cpr: 265. En efecto, el contenido u objeto de la impugnación lo constituye la crítica precisa de los errores que contiene la resolución; sea en la apreciación de los hechos o en la aplicación del derecho. Crítica concreta y razonada, que no se sustituye con una mera discrepancia, sino que implica el estudio de los razonamientos del juzgador, demostrando a la Cámara las equivocadas deducciones, inducciones y conjeturas sobre las distintas cuestiones resueltas (Fenocchetto-Arazi, ¿Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y Concordado?, T. I, pág. 836/37, Astrea, Bs. As. 1985). De allí que corresponderá declarar desierto el recurso en el aspecto que se examina. No obsta a la anticipada conclusión, el hecho de que no hubiera Sánchez Tuñón requerido puntualmente la declaración de nulidad. Ello pues no existen dudas -ni tampoco fue objeto de queja- que la actora revistiera la calidad de ¿consumidora? del servicio prestado por la defendida, en los términos del art. 1 y 2 de la LDC. En tal sentido y de acuerdo a lo previsto en el art. 65 de la LDC, la aplicación de tal ordenamiento reviste carácter de orden público, razón por la cual corresponde su aplicación oficiosa por parte del juez. Agregó que la cualidad que ostenta la referida normativa, genera como efecto la restricción de la autonomía de la voluntad de las partes (conf. arg. art. 21 del CCiv.), pues si la ley entra en conflicto con lo acordado, debe ceder ante el orden público comprometido. Coadyuvante, resulta contrario a los propios actos del Banco Itaú S.A. sostener que limitó su responsabilidad a pesos ... (\$...), cuando contrató un seguro para cubrir siniestros en el sector de cajas de seguridad por el período transcurrido entre el 23.08.04 y el 23.08.05 por una suma asegurada de dólares estadounidenses ... (U\$S ...) (v. fs. 544 vta.), con una franquicia de dólares ... (U\$S ...) (v. fs. 538 vta.). Finalmente, agregó que resulta poco serio y hasta violatorio de la buena fe que deben celebrarse, desarrollarse e interpretarse los contratos, el argumento de las citadas en garantía que refiere a que las fallas del sistema o su poca seguridad se vinculan con el bajo precio del servicio abonado por Sánchez Tuñón. No debe perderse de vista que Banco Itaú S.A. ofrece al público general y a sus clientes un servicio que conlleva la obligación esencial de custodia y vigilancia permanente de los bienes depositados en el cofre. Las cajas de seguridad se utilizan precisamente a fin de prevenir que las pertenencias de los usuarios se encuentren en situación de ser robadas o hurtadas, razón por la cual la obligación del banco en este contrato es de resultado. Ante su incumplimiento, se crea una presunción iuris tantum de culpabilidad del incumplidor, por lo que éste debe, para liberarse, demostrar la existencia del caso fortuito o la fuerza mayor. En ese contexto, el valor del servicio no constituye causa eximente de responsabilidad; en todo caso, será producto del cálculo de costos y ganancias y de la implementación de políticas comerciales que mal pueden ser trasladados al cliente-consumidor bancario. f. Prueba del contenido del cofre. Se agravieron las defendidas del hecho de que el primer sentenciante hubiera considerado que tenía la actora en la caja de seguridad guardada la suma de dólares estadounidenses ... (U\$S ...). Sobre la prueba del contenido de los cofres, tiene dicho esta Sala en autos ¿Maero Suparo Hernán Diego y otros c/ Banco Francés S.A. sobre ordinario?, del 28.08.12 (con voto preopinante del Dr. Ojea Quintana), con base en numerosos precedentes jurisprudenciales y citas doctrinarias, que, teniendo en cuenta la modalidad con que se desenvuelve este contrato, la prueba directa de la existencia de los objetos en la misma es prácticamente imposible (Rivera-Medina, ¿Responsabilidad del banco nacida del contrato de caja de seguridad?, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Nro. 18, pág. 55). Mas ello no importa liberar a la actora de la carga de la prueba, que debe versar sobre la preexistencia de los objetos, su nivel socio económico para justificar la permanencia en su poder y la razonabilidad de que los mismos hayan sido guardados en el cofre (art. 377 del Cpr.). O, dicho de otro modo: si bien pesa sobre el depositante la carga probatoria -tal como impone la legislación

adjetiva- la circunstancia de encontrarse la caja en la esfera de la custodia del banco y no en la del cliente, unida a que la privacidad que supone implica que no se lleve registro de su contenido, se impone un análisis de las constancias de la causa con criterio amplio (art. 386 Cpr.) (cfr. Eduardo A. Barbier, "La prueba del contenido en las cajas de seguridad. Nota a fallo" publicado en JA, 1997-III, Pág. 164). En efecto, si se exigiera a quien reclama resarcimiento por violación de una caja de seguridad una prueba rigurosa e inequívoca sobre la veracidad del contenido que dice sustraído, recaería sobre él una carga cuyo cumplimiento sería virtualmente impracticable, dada la habitual ausencia de exteriorización que se sigue respecto de los objetos ingresados en ese lugar (CNCom., Sala B, in re: "Sucarrat Gustavo c/ Banco de Galicia y Buenos Aires S.A.", del 26/3/1993; id., in re: "Quiquisola Roberto c/ Banco Mercantil Argentino S.A. s/ ordinario", del 04/10/1996; Sala A, in re: "Aramendi de Pittaluga María c/ Banco Mercantil Argentino S.A.", del 13/12/1996; Sala C, in re: "Rodo Jorge c/ Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. s/ ordinario", del 25/8/1997; id., in re: "García Nora Edith c/ Banco de Galicia y Buenos Aires SA" del 4/7/2008; Sala D, in re: "Szulik Héctor y otro c/ Banco Mercantil SA", del 13/9/2000; entre mucho otros). Por ello, sin perjuicio de aceptar cualquier medio de prueba (conf. Proyecto de Código Civil unificado de 1998, art. 1302), cabe inclinarse por la admisibilidad y la particular eficacia que adquiere en estos casos la prueba presuncional a la que alude el art. 163 inc. 5º del Cód. Procesal (CNCom., Sala A, in re: "Grinberg de Ekboir, Julia y otros c/ Banco Mercantil Argentino S.A." del 6/8/2002). En definitiva, habida cuenta que la prueba directa aparece como extremadamente dificultosa o de casi imposible cumplimiento, adquieren pleno valor las presunciones como medio expresamente admitido por la ley (CNCom., Sala C, in re: "Rodo Jorge c/ Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. s/ ordinario", del 25/8/1997; id., in re: "García Nora Edith c/ Banco de Galicia y Buenos Aires S.A." del 4/7/2008). Dichas presunciones deben ser graves, concordantes y precisas (CNCom, Sala E, in re: "Paternostro Mario c/ Banco Mercantil", del 30/4/1998). En este punto conviene recordar que resulta verosímil que quien ha contado con una caja de seguridad por varios años y pagado por ella un canon, la utiliza para conservar valores y no para tenerla "vacía"; de modo que es inevitable considerar que se parte, para efectuar un análisis, de la razonabilidad de la existencia de bienes en la caja (CNCom., Sala A, "Toscano Carmen c/ Banco Mercantil Argentino SA", del 12/4/1999). Desde dicha perspectiva conceptual, corresponderá desestimar en lo sustancial las quejas vertidas por la entidad bancaria y las citadas en garantía en lo tocante al contenido de la caja de seguridad usurpada. En efecto. Encuentro suficientemente acreditada la existencia de dólares estadounidenses ... (U\$S ...) producto de la diferencia que la actora obtuvo del precio de venta del inmueble sito en Av. Quintana ... y el valor de compra del inmueble adquirido en la calle Juncal nro. ... Téngase en cuenta que ambas operaciones inmobiliarias sucedieron casi once meses antes de haber contratado la actora el servicio de caja de seguridad y de la ocurrencia del ilícito (v. fs. 515/17 y v. fs. 468 vta). Sin embargo, no obtengo idéntica conclusión respecto del monto restante que fueran condenadas a restituir las defendidas. Ello pues, la operación de la venta del inmueble sito en el Partido de la Costa por pesos ... (\$...) data del año 1994 (v. fs. 680); y lo cierto es que, luego del retiro voluntario de Aerolíneas Argentinas S.A. al que la actora se hubiera acogido en el año 1991, no surge que desarrollare otra actividad que le resultara redituable económicamente (v. fs. 422/23). Corrobora la solución esbozada el hecho de que, conforme informó la AFIP, Sánchez no denunció ganancias a pesar de que debía tributarlas por los períodos anteriores al hecho aquí denunciado (v. fs. 557 y v. fs. 384/86). A lo que cabe agregar, finalmente que tampoco procede meritarse la posición económica y/o calidad de vida del Sr. Alejandro Goyeneche, dada la falta de legitimación activa decidida por el a quo a su respecto -aspecto que se encuentra firme- situación ésta que impide aplicar al caso la doctrina recogida por esta sala in re "Onorato", del 03.04.2012 que reconoce legitimación al tercero respecto del daño indirecto acaecido. V. Conclusión. Por lo expuesto, si mi criterio fuera compartido por mis distinguidos colegas del Tribunal, propongo al Acuerdo confirmar en lo sustancial la sentencia recurrida, admitiendo parcialmente el recurso de Banco Itaú S.A. y las citadas en garantías con el alcance de reducir la condena al pago de la suma de dólares estadounidenses ... (U\$S ...) de acuerdo a las modalidades decididas por el primer sentenciante que no fueron objeto de agravio. Las costas de Alzada se imponen a las recurrentes sustancialmente vencidas (conf. arg. art. 68 del Cpr.). Así voto. Disidencia parcial Dr. Barreiro. Adhiero sustancialmente a las consideraciones efectuadas por mi distinguida colega Doctora Tevez, en cuanto a la responsabilidad que cupo atribuir a la entidad bancaria demandada por el desafortunado hecho que diera origen al presente reclamo. Empero, disiento con la extensión del quantum resarcitorio concedido. Estimo, en cambio, que corresponde confirmar lo decidido por el juez de grado por los motivos que de seguido expondré. (i) Tal como fuera señalado en el voto que antecede y reiteradamente juzgado por la Alzada del fuero, si se exigiera al peticionante del resarcimiento por violación de una caja de seguridad una prueba rigurosa e inequívoca sobre la veracidad del contenido que ha sido sustraído, recaería sobre el invocante del hecho una carga cuyo cumplimiento sería virtualmente impracticable, dada la ausencia de exteriorización que se sigue respecto de los objetos ingresados en ese lugar (CNCom, Sala D, "Arturo López y Cía c/ Banco de Mendoza", 26.10.92; id., "Kogan Guido, c/ Banco de Mendoza", 4.11.94; id., "Sverdin Raquel, c/ Banco Caja de Ahorro SA", 25.11.02; id., "Suárez Rodolfo C. y otra c/ Banco Sudameris Argentino SA", 7.7.04; Sala A, "Aramendi de Pittaluga, María c/ Banco Mercantil SA", 13.12.96; id. Esta Sala, "Maero Suparo Hernán Diego

y otros c/ Banco Francés S.A., s/ordinario?, 28.08.2010). Entonces, siendo la prueba directa extremadamente dificultosa o casi imposible, adquieren importancia las presunciones. Se ha dicho que en esta materia se debe producir una prueba compuesta, que es aquella que está integrada por pruebas simples pero imperfectas, que consideradas aisladamente, no hacen prueba por si solas, pero que consideradas en su conjunto llevan a un convencimiento (Alsina Hugo, Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, T. III, pág. 303 y ss, Buenos Aires, 1961). Las presunciones juegan a favor del accionante en un doble sentido: en primer lugar se debe presumir que la caja no estaba vacía pues ha sido requerida onerosamente al banco para guardar objetos que se desean mantener en secreto y custodia contra actos de terceros, y en segundo lugar también debe presumirse que los objetos son de valor económico y afectivo por esa misma razón (Bustamente Alsina, Responsabilidad de los bancos en la prestación del servicio de caja de seguridad?, LL 1997-B-79). (ii) Pues bien, al interponer el presente reclamo y explayarse sobre el contenido del cofre, los actores afirmaron que el dinero provenía en parte de ciertas operaciones inmobiliarias, otro tanto de los ahorros de toda la vida y del producido de la venta de bienes muebles (fs. 58 vta., pto. 5). En rigor, los testimonios rendidos en la causa ilustran acabadamente sobre el nivel de vida y social que tenían los cónyuges (v. fs. 397/401) quienes, por lo demás, eran clientes de vieja data del banco -véase que iniciaron la relación en 1988, conforme surge del informe glosado en fs. 597/598- y titulares de un servicio denominado ?VIP PLUS?, Nro. ... De otro lado, el desempeño laboral y profesional de los demandantes ha quedado acreditado mediante las constancias de fs. 422/426, fs. 523, fs. 581. Considero que las pruebas aportadas corroboran la verosimilitud de que el contenido denunciado ha sido efectivamente robado. Recuerdo que en este orden de ideas la CSJN ha proclamado que la naturaleza de los hechos excluye la prueba directa acerca de la introducción, existencia y no retiro de efectos o valores, por lo cual la demostración debe hacerse sobre hechos que permitan presumirlo. Tuvo en cuenta el Tribunal para resolver una serie de presunciones basadas en el sentido común, tales como que no resulta habitual que una persona deje parte de sus ahorros en moneda extranjera en el colchón, ni que contrate el servicio de una caja de seguridad para mantenerla vacía, ni resulta anormal o inusual mantener inactivos una razonable cantidad de billetes en moneda extranjera (CSJN, ?Sontag, Bruno y otro, c/ Banco de Galicia y Buenos Aires?, 5.04.2005).

(iii) No empece la solución preanunciada el hecho de que el Sr. Goyeneche no se encuentre legitimado para reclamar como lo hizo -aspecto del decisorio que ha adquirido firmeza-. Ello pues, a mi modo de ver, no parece razonable fragmentar la posición económica y calidad de vida de los contratantes. Máxime, si -como ocurre en el caso-, se trata de una sociedad conyugal hartamente consolidada. Ciertamente, el cofre fue dado en locación por el banco y más allá de la discusión doctrinaria del nomen contractual del servicio de caja de seguridad -o sea, si es un contrato de locación o de depósito-, lo que importa aquí es que indudablemente este tipo de contrato tiene como fin principal la custodia de las cosas depositadas en la caja de seguridad. Lo esencial es que tanto lo que busca el cliente como lo que aparentemente ofrecen los bancos a través de su estructura, es la seguridad de los valores guardados en las cajas independientemente de la existencia de una estricta relación de titularidad entre el cliente contratante y los objetos allí depositados. En verdad, el hecho de que la Sra. Sánchez fuera la única contratante del servicio bien pudo obedecer a un sinnúmero de razones. Empero, a mi modo de ver, tal cosa no determina por sí sola que la totalidad del dinero habido en la caja le perteneciera exclusivamente. Es que considero, en función de las pruebas colectadas en la causa, razonable y verosímil que se tratara de ahorros familiares. Por todo ello, propicio confirmar íntegramente la sentencia dictada por el Sr. Juez a quo. Así voto. Por análogas razones el Señor Juez de Cámara doctor Ojea Quintana adhiere al voto del doctor Barreiro. Con lo que terminó este Acuerdo que firmaron los Señores Jueces de Cámara doctores: Juan Manuel Ojea Quintana Rafael F. Barreiro Alejandra N. Tevez María Florencia Estevarena Secretaria Buenos Aires 14 de febrero de 2013. Y VISTOS: Por los fundamentos expresados en el Acuerdo que antecede, se resuelve: 1. confirmar íntegramente la sentencia apelada. Con costas de Alzada a las recurrentes vencidas (conf. arg. art. 68 del Cpr.). 2. Honorarios. a. Previo al tratamiento de los recursos interpuestos, cabe aclarar que dada la forma en que han quedado impuestas las costas en el presente proceso, es dable concluir que la actora carece de legitimación para recurrir por altos los estipendios fijados a los letrados que asistieran a la otra parte. b. Atento el mérito de la labor profesional cumplida, apreciada por su calidad, eficacia y extensión, así como la naturaleza y monto del proceso -computándose los intereses como integrantes de la base regulatoria (C.N. Com., en pleno, in re: "Banco del Buen Ayre S.A.", del 29/12/94)-, se elevan a ... pesos (\$) los honorarios regulados en forma conjunta a fs. 787/8, a favor de los letrados apoderados de la parte actora, doctores Noemí Inés García y José Alberto Apaz. Asimismo, se elevan a ... pesos (\$) los estipendios del letrado apoderado del banco demandado, doctor Héctor O. Rossi; a ... pesos (\$) los del letrado apoderado de la citada en garantía La Meridional Cía Argentina de Seguros S.A., doctor Ignacio Villarroel. Atento el sentido del recurso, se confirman en ... pesos (\$) los estipendios del letrado apoderado de la citada en garantía Chubb Argentina de Seguros S.A., doctor Eduardo N. F. Esnaola y Rojas (ley 21.839, t.o. ley 24.432: 6, 7, 9, 19, 37 y 38). De acuerdo -en lo pertinente- con las pautas ut supra consideradas y ponderando la complejidad e importancia de los trabajos realizados en autos, se elevan a ... pesos (\$) los estipendios del perito contador Alberto Daniel Chebi; se reducen a ... pesos (\$) los estipendios del perito cerrajero Gabriel Omar Gallardo y se

