

Carlos Federico Marcolin

**NUEVAS PERSPECTIVAS
DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL
DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS
EN EL SERVICIO
DE CAJAS DE SEGURIDAD EN EL SIGLO XXI**

TESIS DOCTORAL. UNIVERSIDAD CATOLICA DE SANTA FE

Director de Tesis: Dr. Daniel Marcelo Zoso

editorial Juris

*A mi esposa Patricia Guadalupe Bock,
por su amor y nobleza
A mis hijos Federico Gabriel,
Laureano Emanuel y Emiliano Daniel*

In memoria del Dr. Luis Orlando Andorno

*Aquél a quien confíes tu secreto,
deviene dueño de tu libertad
(François de La Rochefoucauld, Máximas, 1678).*

ÍNDICE GENERAL

<i>Introducción</i>	13
<i>Abreviaturas</i>	15

Primera Parte

LAS ENTIDADES FINANCIERAS

Y EL DERECHO BANCARIO MODERNO	17
--	----

CAPÍTULO I: Origen y evolución histórica de los bancos	17
--	----

CAPÍTULO II: La banca en Argentina.....	27
---	----

TÍTULO I: Cronología.....	27
---------------------------	----

TÍTULO II: El intervencionismo estatal.....	29
---	----

SECCIÓN I: Breve referencia a la banca central	29
--	----

SECCIÓN II: Normativa constitucional y nacional	30
---	----

TÍTULO III: Naturaleza jurídica de la actividad.....	33
--	----

CAPÍTULO III: El Derecho Bancario	36
---	----

TÍTULO I: Concepto	36
--------------------------	----

TÍTULO II: La contratación bancaria	37
---	----

TÍTULO III: El secreto o sigilo bancario	44
--	----

SECCIÓN I: Conceptualización	44
------------------------------------	----

SECCIÓN II: Naturaleza jurídica.....	46
--------------------------------------	----

SECCIÓN III: Funcionamiento	51
-----------------------------------	----

Segunda Parte

LOS SERVICIOS BANCARIOS	59
--------------------------------------	----

CAPÍTULO I: Home banking o banca hogareña.....	59
--	----

CAPÍTULO II: Transferencia electrónica de fondos.....	62
---	----

CAPÍTULO III: Cajeros automáticos.....	64
--	----

CAPÍTULO IV: Cajas de seguridad	69
TÍTULO I: Antecedentes históricos y significación actual.....	69
TÍTULO II: Panorama nacional	73
TÍTULO III: Conceptos y caracteres esenciales.....	74
TÍTULO IV: Cuestiones relativas a la naturaleza jurídica	76
SECCIÓN I: Tesis del depósito	77
SECCIÓN II: Tesis del concurso de negocios.....	79
SECCIÓN III: Tesis del depósito cerrado	80
SECCIÓN IV: Tesis de la locación.....	81
SECCIÓN V: Tesis de la locación de cosa segura	83
SECCIÓN VI: Tesis del contrato mixto	83
TÍTULO V: Elementos esenciales y funcionamiento operativo..	85
a) Elementos personales.....	85
1. El banco.....	85
2. El cliente	85
3. Usuarios.....	86
b) Elementos materiales o reales.....	87
1. La caja o cofre.....	87
2. El precio.....	90
TÍTULO VI: Contenido del contrato.	
Obligaciones a cargo del banco.....	91
1. Entrega de las llaves.....	91
2. Garantizar el acceso a la caja	91
3. Garantizar la intimidad	92
4. Garantizar la custodia.....	92
4.1. Custodia estática	92
4.2. Custodia dinámica	93
4.3. Visión jurisprudencial.....	94
5. Comunicar cambios en el servicio.....	95
Obligaciones a cargo del cliente.....	96
1. Pagar el precio o canon	96
2. Respetar las condiciones de uso	96
TÍTULO VII: Apertura forzada de la caja	97
a) Por falta de pago y vencimiento del plazo.....	97

b) Por falta de colaboración del usuario	99
c) Por disposición judicial de embargo, secuestro e inhibición.....	102
TÍTULO VIII	108
Causales de extinción del contrato.....	108
a) Por expiración del plazo.....	108
b) Por rescisión unilateral	109
c) Por resolución	109
d) Por muerte del titular.....	110

Tercera Parte

NUEVAS PERSPECTIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS EN EL SERVICIO DE CAJAS DE SEGURIDAD EN EL SIGLO XXI.....	111
CAPÍTULO I: Régimen de responsabilidad civil.....	111
TÍTULO I: Cuestiones preliminares.....	111
TÍTULO II: Unificación de los regímenes contractual y extracontractual	115
CAPÍTULO II: Responsabilidad civil bancaria	120
CAPÍTULO III: Configuración de la obligación bancaria.....	121
TÍTULO I: Obligación de resultados.....	122
TÍTULO II: Obligación de medios.....	126
TÍTULO III: Tesis intermedia	127
CAPÍTULO IV: Daños ocasionados por siniestros y fenómenos naturales	128
TÍTULO I: Terremotos	129
TÍTULO II: Inundaciones	130
TÍTULO III: Incendios	137
CAPÍTULO V: Daños ocasionados por la acción del hombre.....	138
TÍTULO I: Guerras y revoluciones	138
TÍTULO II: Robos	142
TÍTULO III: Sinopsis de casos nacionales	148

<i>“Sánchez Tuñon, María Isabel y otro</i>	
<i>c/ Banco Itau Buen Ayre S.A. s/ordinario”</i>	148
Antecedentes de la causa	148
La sentencia de primera instancia	149
La resolución de Cámara.....	151
Prueba del contenido del cofre	155
La cuantía resarcitoria	155
<i>“Kreszes, David Julio c/ Banco Patagonia S.A. s/ ordinario”</i>	156
<i>Antecedentes de la causa</i>	156
La sentencia de primera instancia.....	157
La cuantía resarcitoria	157
Los agravios del actor	159
<i>“Maero Suparo, Hernán Diego y otros</i>	
<i>c/ Banco Francés S.A. s/ordinario”</i>	162
Relato de los hechos.....	162
La sentencia de primera instancia.....	163
Los agravios	164
La sentencia de segunda instancia	165
<i>“Cisnero De Nanni, Norma</i>	
<i>c/ Banca Nazionale del Lavoro S.A.”</i>	168
Los hechos.....	168
Agravios de la parte demandada.....	168
Agravios de la parte actora	169
La sentencia de segunda instancia	169
<i>“Alurralde, Carolina Inés y otros c/HSBC Bank Argentina S.A.”</i>	170
Antecedentes del caso.....	170
La sentencia de primera instancia	172
Los agravios	172
La sentencia de segunda instancia	173
La causa penal	174
<i>“Vaisblat de Schenkelman, María c/ Banco Sudameris Argentina”</i>	175
Antecedentes del caso.....	175
El recurso de apelación del demandado.....	176
La sentencia de segunda instancia	177

<i>“García, Nora Edith c/ Banco de Galicia y Buenos Aires”</i>	180
Los hechos.....	180
La sentencia de primera instancia	181
Los recursos interpuestos	182
La sentencia de segunda instancia	182
<i>“Banco Rio de La Plata S.A. en Segarra José Hugo c/ Bco Rio de la Plata S.A. s/ Daños y Perjuicios s/ Incidente”</i>	183
Los hechos.....	183
La sentencia de primera instancia.....	184
La sentencia de segunda instancia	184
La sentencia de la Suprema Corte de Mendoza	184
<i>“Milman Ana c/ Banco de la Nación Argentina s/Incumplimiento de contrato”</i>	185
Hechos y sentencia	185
La sentencia de segunda instancia	186
<i>“E., N.J. c/Banco de la Provincia de Buenos Aires s/Ordinario”</i>	188
Los hechos.....	188
La sentencia de primera instancia.....	189
Agravios del banco.....	189
La sentencia de segunda instancia	190
<i>“Kundt, Melita S. c/Banco Boston N.A.”</i>	191
Los hechos y la sentencia de grado	191
El recurso de apelación del actor y sentencia de alzada	192
CAPÍTULO VI	
La acreditación del daño derivado del incumplimiento	192
contractual del servicio de cajas de seguridad	192
TÍTULO I	
Problemática	192
TÍTULO II	
Encuadre jurídico	195
TÍTULO III	
Cláusulas eximentes y limitativas de responsabilidad.....	198
TÍTULO IV	
La prueba del daño.....	206

CONCLUSIONES FINALES.....	211
ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO	219
SITIOS WEB RECOMENDADOS	237
Jurisprudencia nacional.....	239
Jurisprudencia extranjera.....	243

INTRODUCCIÓN

Bajo el título *Nuevas perspectivas de la responsabilidad civil de las entidades financieras en el servicio de cajas de seguridad en el siglo XXI*, nuestra investigación se orienta hacia un tema arduamente discutido en doctrina y jurisprudencia, tanto nacional como extranjera.

Los bancos intermedian prioritariamente en el mercado de los recursos financieros movilizandoo riquezas –esencialmente dinerarias–, constituyen una herramienta indispensable de desarrollo económico, pero bajo el control exclusivo y excluyente de la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias del Banco Central de la República Argentina.

Además de las clásicas operaciones crediticias prestan variados servicios: agente institorio de seguros, red de cajeros automáticos / transacciones electrónicas, cobro de impuestos y cajas de seguridad.

Este último ofrece dejar a resguardo cierto tipo de bienes dentro de cofres o cajas en recintos dotados de especiales y complejas medidas de seguridad, que esencialmente se caracteriza porque el contenido es desconocido por la entidad, a cambio de un precio en dinero.

Utilizado desde antaño con distintos matices, los ordenamientos jurídicos omiten en general su específica regulación, a excepción de los Códigos Italiano de año 1942, Paraguayo de 1985, y recientemente en el Código Civil y Comercial Argentino vigente a partir del 1º de agosto de 2015.

La problemática gira entorno a la responsabilidad civil de los bancos por la prestación del servicio, y adquiere relevancia como consecuencia del incumplimiento del deber de custodia o seguridad que pesa sobre el prestador.

En este contexto nos proponemos dar respuesta a los siguientes interrogantes: ¿qué tipo de responsabilidad civil le cabe al banco? ¿Qué medios de pruebas resultan idóneos? ¿Quién carga con el onus probandi del daño? ¿Es posible pactar anticipadamente el quantum resarcitorio? ¿La legislación permite la reparación integral del daño? ¿Es necesaria una reforma legislativa?

Metodológicamente el trabajo de investigación consta de tres partes.

En la primera nos remontaremos al origen histórico de los bancos y su evolución histórica; el desarrollo de la actividad bancaria en Argentina y las normas que constituyen el moderno Derecho Bancario.

En la segunda, nos dedicaremos en forma pormenorizada al estudio del contrato de marras: antecedentes históricos, concepto y caracteres esenciales, naturaleza jurídica, elementos esenciales, funcionamiento operativo, derechos y obligaciones de las partes, supuestos de apertura forzada y causales de extinción.

En la tercera, se analizarán aquellos hechos de la naturaleza y actos humanos que influyen directamente en la obligación de seguridad del prestador y por ende, en su responsabilidad civil.

Munidos de los precedentes nacionales y extranjeros relevantes en la materia, enfatizaremos dos aspectos de la problemática: la acreditación del daño y la cuantía resarcitoria.

ABREVIATURAS

ABI	Asociación Bancaria Italiana
BCRA	Banco Central de la República Argentina
BO	Boletín Oficial de la Nación
CBU	Clave Bancaria Uniforme
CC	Código Civil
CCom	Código de Comercio
CCivCom	Código Civil y Comercial
CCE	Código Civil Español
CCI	Código Civil Italiano
CNCiv	Cámara Nacional Civil
CNCom	Cámara Nacional Comercial
CP	Código Penal
CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación
ED	Colección El Derecho
LDC	Ley de Defensa del Consumidor
LEF	Ley de Entidades Financieras
LL	Colección La Ley
NBU	Normas Bancarias Uniformes
SEFyC	Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias
UIF	Unidad de Información Financiera

Primera Parte
LAS ENTIDADES FINANCIERAS
Y EL DERECHO BANCARIO MODERNO

CAPÍTULO I
Origen y evolución histórica de los bancos

Pretender hallar la génesis de la actividad bancaria implica, inexorablemente, remontarse a tiempos lejanos.

“Las investigaciones históricas, apoyadas fundamentalmente en la arqueología, han permitido constatar ejemplos de operaciones que hoy pueden considerarse bancarias y que se practicaban desde épocas muy antiguas. Por ejemplo, afirman los investigadores que en el Templo Rojo de Uruk, en la Mesopotamia, se encuentran rastros que permiten concluir que los sacerdotes recibían dones y ofrendas y prestaban parte a los esclavos y a los prisioneros. Igualmente, se cita como antecedente muy destacado el Código de Hammurabi en Babilonia, del cual se infiere que las actividades comerciales desarrolladas por sacerdotes y laicos y, más aún, las que podríamos llamar bancarias, habían adquirido tanta importancia que merecieron una detallada y prolija reglamentación”¹.

En la antigüedad, los griegos desarrollaron su economía a través de una ingeniosa combinación de dos factores: el comercio marítimo y la utilización de la moneda, a través de los *trapezitas* (prestamistas) y *colubitas* (cambistas), quienes facilitaron e intermediaron en las transacciones mercantiles especialmente en los templos, donde aceptaban dinero en custodia y simultáneamente lo aplicaban en operaciones de préstamos a particulares y al Estado².

Con esta modalidad “el templo de Delfos recibía –bajo la protección de Apolo– sumas considerables en custodia, desempeñan-

1 RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, Contratos bancarios. Su significación en América Latina, Editorial Felabán, 2ª edición, Bogotá, 1997, 91.

2 Los templos eran considerados sacros e inviolables, y es por esa razón que se convirtieron en refugios relativamente seguros, dotados de milicias propias para su defensa, y sus riquezas generaban confianza en la sociedad.

do por lo tanto el papel típico de un banco de depósito El dinero recibido en tal condición no permanecía improductivo, sino que era invertido en préstamos con garantía que gozaban de interés”³.

En cambio los romanos centraron sus esfuerzos en la regulación inmobiliaria y el formalismo de los actos⁴.

Bien es cierto que no desconocían los beneficios económicos de las transacciones comerciales, ya que “desarrollaron toda una serie de operaciones bancarias, cobros y pagos por cuenta de sus clientes, li-

3 MURATTI, Natalio, *Elementos de ciencia y técnicas bancarias*, Editorial El Ate-neo, Buenos Aires, 1942, 40.

4 Los banqueros romanos estaban obligados a llevar tres clases de libros: a) caja (*codex accepti et expensi*) para anotar sus entradas y salidas, detallaban la naturaleza de las operaciones y el nombre de los interesados; b) cuenta corriente (*liber rationum*), en el que cada cliente poseía una cuenta; c) diario (*adversaria, epkemonis*) donde registraban las operaciones primarias. Si los libros eran llevados en forma, hacían plena fe en juicio. El formalismo románico en la materia sigue vigente. A modo de ejemplo, el C.Com. contenía en los artículos 43 y 63 las siguientes disposiciones: “Todo comerciante está obligado a llevar cuenta y razón de sus operaciones, y a tener una contabilidad mercantil organizada sobre una base contable uniforme y de la que resulte un cuadro verídico de sus negocios y una justificación clara de todos y cada uno de los actos susceptibles de registración contable. Las constancias contables deben complementarse con la documentación respectiva”; “Los libros de comercio llevados en la forma y con los requisitos prescritos, serán admitidos en juicio, como medio de prueba entre comerciantes, en hecho de su comercio, del modo y en los casos expresados en este Código. Sus asientos probarán contra los comerciantes a quienes pertenezcan los libros o sus sucesores, aunque no estuvieren en forma, sin admitírseles prueba en contrario, pero el adversario no podrá aceptar los asientos que le sean favorables y desechar los que le perjudiquen ...”, respectivamente. El CCivCom conserva en líneas generales estos preceptos en los artículos 320, 321 y 330, que prescriben: “... Están obligadas a llevar contabilidad todas las personas jurídicas privadas y quienes realizan una actividad económica organizada o son titulares de una empresa o establecimiento comercial, industrial, agropecuario o de servicios. Cualquier otra persona puede llevar contabilidad si solicita su inscripción y la habilitación de sus registros o la rubricación de sus libros...”; “La contabilidad debe ser llevada sobre una base uniforme de la que resulte un cuadro verídico de las actividades y de los actos que deban registrarse... los asientos deben respaldarse con la documentación respectiva...”; “Eficacia probatoria. La contabilidad, obligada o voluntaria, llevada en la forma con los requisitos precitados, debe ser admitida en juicio, como medio de prueba. Sus registros prueban contra quien la lleva o sus sucesores, aunque no estuviera en forma, sin admitírseles prueba en contrario. El adversario no puede aceptar los asientos que le son favorables y desechar lo que le perjudican... La prueba que resulta de la contabilidad es indivisible”.

quidación de herencias por el sistema de remate, entrega de dinero a interés, testificación de contratos, recepción de depósitos..."⁵ con intervención de los *numularii* (prestamistas) y *argentarii* (cambistas).

Ulpiano, Papiniano y Paulo citan en el *Corpus Iuris Civilis*⁶ normas sobre el depósito de dinero, permitiéndole a los banqueros⁷ recibirlos con la obligación de mantener siempre disponible el equivalente (*tantundem*), y entregar a cambio un certificado o resguardo por escrito. El *tantundem* estaba garantizado por la acción de depósito (el depositante podía reclamar intereses moratorios si no lo recuperaba), y por la derivada del delito de hurto⁸.

Posteriormente aparecen en Roma las sociedades de banqueros o *societas argetariae*. Sus integrantes respondían por los depósitos con todo su patrimonio, aminorando así los abusos y fraudes a los depositantes.

Sin embargo las primeras operaciones comerciales que originan la actividad bancaria se llevaron a cabo con la implementación del trueque⁹.

5 RODRIGUEZ AZUERO, op. cit., 92.

6 El *Corpus Iuris Civilis* es una recopilación de constituciones imperiales y de jurisprudencia romanas del 117 al 565, llevado a cabo a partir del 528 por los juristas Triboniano, Teófilo y Juan de Capadocia, bajo la orden de Justiniano I, emperador del Imperio Romano de Oriente. Es conocido con este nombre después de la edición en 1583 por Sioniaio Gotofredo en Ginebra, y hasta entonces se lo conocía como el *Codex Iustiniano*. El gran mérito de la obra de Justiniano (482-565) fue condensar el saber jurídico de Roma y actuar como el eslabón de continuidad para que ese pensamiento pasara a la conciencia jurídica europea. A principios del siglo XII, se emprendió un estudio de estos textos en Bolonia, Italia. La difusión del Derecho Romano se propagó así por el resto de Europa, incorporándose ya con el renacimiento del comercio a los sistemas legales de muchos países de la Europa continental y posteriormente a los ordenamientos jurídicos sudamericanos.

7 La actual terminología de banquero tiene su origen en Florencia, donde indistintamente se los llamaban *banchieri* o *tavolieri*, porque desarrollaban su actividad sentados detrás de un banco (*banca*) o mesa (*tavola*). Si el banquero se aprovechaba de sus clientes o perdía liquidez, las autoridades lo obligaban literalmente a romper el banco y la mesa donde trabajaban para que todos los ciudadanos conocieran la situación o *bancarotta*. En la antigua Grecia se los llamaba *trapezitei*, porque negociaban en una *trapeza* o mesa.

8 Recién a partir del siglo XIII algunos bancos empiezan a utilizar en beneficio propio el dinero de sus depositantes, promoviendo la banca con reserva fraccionaria y capacidad crediticia expansiva.

9 Este rudimentario sistema conlleva dos dificultades de orden práctico: la falta

Recién con la aparición y utilización de la moneda, el comercio ingresó en una etapa de expansión imponiéndose como instrumento de cambio y de pago universal, aceptable y de contenido patrimonial.

Aunque simple y rudimentario generó inconvenientes tales como la diversidad de cotizaciones, la divisibilidad sin pérdida del valor material, la homogeneidad del acuñamiento y, principalmente, los riesgos derivados de su valor intrínseco en oportunidad de ser transportadas¹⁰.

El incipiente desarrollo comercial e industrial se truncó como consecuencia de las invasiones bárbaras sucedidas en Europa en los siglos III a VII¹¹.

Coetáneamente, la Iglesia Cristiana a partir del Primer Concilio de Nicea¹² prohibió la aplicación de intereses al clero, extendiéndose al laicado en el siglo V.

El fundamento residía en los textos de la Sagrada Escritura: "Si prestas dinero a un miembro de mi Pueblo, al pobre que vive a tu lado, no te comportarás con él como un usurero, no le exigirás interés" (Éxodo XXII, 24); "... si tu hermano se queja en la miseria y no tiene con qué pagarte, tú lo sostendrás como si fuera un extranjero o un huésped, y él vivirá junto a ti. No le exijas ninguna clase de interés: teme a tu Dios y déjalo vivir junto a ti como un hermano. No le prestes dinero a interés, ni le des comida para sacar provecho" (Levítico XXV, 35-37); "...no obligues a tu hermano a pagar interés, ya se trate de un préstamo de dinero, de víveres, o cualquier otra

de coincidencia entre las necesidades recíprocas, y la inexistencia de un criterio de relación que permita evaluar el contenido patrimonial que cada parte le atribuye a los bienes intercambiados.

10 Las primeras monedas fueron metálicas, y acuñadas con metales preciosos y de demanda general como el bronce, estaño, plomo, platino, oro. Debido a las dificultades propias del traslado en grandes cantidades surge la moneda de papel, esto es, un título representativo de valor. Esta circunstancia es aprovechada por los gobernantes de turno para asirse de recursos extraordinarios para afrontar las contiendas bélicas, y así la emisión descontrolada envileció su valor.

11 Consecuencia directa de la destrucción del Imperio Romano de Occidente, considerado para la época una civilización de avanzada.

12 Convocado por el Emperador romano Constantino I en el año 325.

cosa que pueda producir interés” (Deuteronomio XXIII, 20); “...sean misericordiosos, como el Padre de ustedes es misericordioso. No juzguen y no serán juzgados; no condenen y no serán condenados; perdonen y serán perdonados. Den y se les dará. Les volcarán sobre el regazo una buena medida, apretada, sacudida y desbordante. Porque la medida con que ustedes midan, también se usará para ustedes” (Evangelio de San Lucas VI, 36-38).

A partir de allí “la prohibición plena y general a todos de dar préstamos con usura será apuntada en varios concilios parciales y normas particulares. Pero finalmente será a partir del siglo XII cuando se instaure, con los Concilios II y III de Letrán de 1139 y 1179 respectivamente, Lyon de 1180, y IV de Letrán de 1215, que terminaron plasmándose en las Decretales de Gregorio IX (1234), así como los de Viena de 1311 y el de Trento. Primero se prohibió el préstamo con intereses a los clérigos bajo pena de suspensión de todo oficio y beneficios eclesiásticos, y después se extendió la prohibición a los laicos, bajo pena de excomunión, declarándose además infames e indignos de la Eucaristía y de sepultura eclesiástica a los usureros manifiestos (si bien habría que leer *prestamistas* en general) y calificando de hereje a quien pertinazmente afirmara no ser pecado el ejercicio de la usura”¹³.

En este contexto histórico los judíos -excluidos de las normas eclesiásticas- se convirtieron en los principales prestamistas y banqueros, con lo cual adquirieron súbitamente riquezas y poder¹⁴.

13 JIMENEZ MUÑOZ, Francisco Javier, *La usura: evolución histórica y patología de los intereses*, Editorial Dykinson SRL, Madrid, 2010, 30.

14 A los judíos también se les vedaba cobrar intereses, pero su prohibición no se extendía a los préstamos otorgados a los gentiles. Investigaciones históricas dan cuenta que los Fugger, banqueros de Habsburgo, incidieron en la elevación de Carlos V sobre Francisco I de Francia en el Sacro Imperio Romano Germánico en 1519. En 1523 ante la no devolución de los fondos, le enviaron al monarca una carta con el siguiente texto “Serenísimo y potentísimo Emperador Romano. Excelentísimo Señor: Vuestra Majestad Imperial: complace de qué modos quisimos yo mismo y también mis sobrinos servir a la gloria y a la grandeza de la Casa de los Habsburgo. Por tal motivo, hemos ofrecido nuestros servicios al antecesor de Vuestra Majestad Emperador Maximiliano y con su consentimiento hemos tomado obligaciones frente a varios príncipes que confiaron en nosotros, como en ningún otro. En ocasión de los tratados convenidos conforme al mandato recibido de Vuestra Majes-

Se instalaron mayormente en Lombardía hasta que Luis IX dispone el destierro, encierro y confiscación de sus bienes, especialmente aquellos documentos que contenían deudas del monarca, motivo por el cual emigraron hacia Inglaterra.

Así las cosas -y prohibición canónica del cobro de intereses mediante- los agentes económicos medioevales ensayaron una serie de artilugios para encubrir verdaderos préstamos y pagos de intereses celebrando contratos ficticios (retroventa o caución inmobiliaria); conviniendo cláusulas penales (ocultando el pago de intereses a través de sanciones monetarias); incorporando declaraciones falsas de la suma prestada (el prestatario se comprometía a devolver una cantidad sin interés de un importe superior al recibido); y con operaciones de cambio (recargo por los intereses).

De ello da cuenta Huerta de Soto, para quien “no debe extrañar que a lo largo de la Edad Media y, con la finalidad de obviar la prohibición canónica del interés, muchos contratantes confesaran o declarasen expresamente que en vez de un verdadero préstamo o mutuo, el contrato que habían realizado era el de un depósito irregular de dinero. Esta expresa declaración justifica que a este procedimiento jurídico de ocultación del préstamo se le haya denominado *depositum confessatum*; depósito simulado que, a pesar de la declaración de las partes, no era en forma alguna un verdadero depósito, sino simplemente un préstamo o mutuo en el cual transcurrido el plazo de tiempo prefijado, la parte supuestamente depositante reclamaba su dinero, y si no era reintegrado por el supuesto depositario, se forzaba su declaración en mora y era condenado al pago de interés por un concepto aparente (la mora o supuesto retraso en la devolución del depósito) que nada tenía que ver con su motivo real (la existencia de un préstamo). De esta manera, y al vestirse de depósitos los préstamos, se conseguía circunvalar de una forma

tad, puse a disposición grandes sumas con el objeto de alcanzar el fin deseado. Estas sumas, sin embargo, no teniéndolas yo ni mis sobrinos, debimos procurárnoslas dirigiéndonos a nuestros amigos... Es claro y conocido que Vuestra Majestad nunca habría podido conseguir la Corona sin mi ayuda ... Por tal motivo ruego a Vuestra Majestad quiera apreciar mis servicios prestados en vuestro interés y ordenar me sean devueltas las sumas puestas a disposición, juntamente con los intereses...”

muy efectiva a prohibición canónica del interés, evitando las terribles sanciones que la misma tenía tanto en el ámbito temporal como en el espiritual”¹⁵.

En los albores del siglo XI, los cristianos emprenden contra los bárbaros una serie de exitosas campañas militares conocidas como cruzadas¹⁶, en gran parte de la Europa latina cristiana, especialmente en francos de Francia y en el Sacro Imperio Romano, con la intervención de la Orden del Temple¹⁷.

La Orden gestó una compleja estructura económica, crearon técnicas financieras, libros de cuentas y dos importantes documentos comerciales: el pagaré y la letra de cambio.

Los caballeros templarios erigieron fortalezas por todo el Mediterráneo y en Tierra Santa, recibieron donaciones, posesiones, bienes inmuebles, parcelas, tierras, títulos, derechos.

Dotadas de importantes medidas de seguridad para la época, la nobleza europea les confió la custodia de sus riquezas a punto tal que muchos se convirtieron en tesoreros reales y, con el correr de los años, en los primeros banqueros después de la caída de Roma.

15 HUERTA DE SOTO, Jesús, *Dinero, crédito bancario y ciclos económicos*, Editorial Unión, 4ª edición, Madrid, 2009, 57.

16 Las cruzadas se libraron durante un período casi de 200 años (1095/1291). El objetivo principal era recuperar el control cristiano de Tierra Santa y además, el control del comercio con Asia de los intereses expansionistas de la nobleza feudal, y del afán hegemónico del papado sobre las monarquías y las iglesias de Oriente.

17 La Orden del Temple fue fundada en 1118 por nueve caballeros franceses luego de la Primer Cruzada, con el propósito de proteger la vida de los cristianos que peregrinaban a Jerusalén luego de ser reconquistada. Los templarios llegaron a disponer de cuantiosos recursos financieros obtenidos bien como botín de sus campañas militares, bien como legado de príncipes y señores feudales. Disponían de más de nueve mil centros de actuación, con dos sedes principales. Orden militar y religiosa, proporcionaba seguridad en la custodia de depósitos, gozando de autoridad moral que los hizo acreedores de la confianza general; y así recibieron depósitos de particulares -contra el cobro de derechos de custodia-, se ocuparon del traslado de fondos -percibiendo una determinada cuota por el transporte y su protección-, y otorgaron préstamos con cargo a sus propios recursos. La orden adquirió prosperidad a punto tal que suscitó el temor y la envidia del mismísimo rey de Francia Felipe el Hermoso, que decidió con el fin de apropiarse de todas las riquezas de la orden disolverla, y condenar a muerte en la hoguera a sus principales responsables.

Con el resurgimiento del comercio en Venecia, Pisa y Florencia entre los siglos XI y XII, se reanuda la actividad de los cambistas, quienes profesionalmente “participaban en el comercio del dinero y en el manejo del crédito. El cambio de moneda era, por cierto, lucrativo y los príncipes exigían ciertos censos por otorgarlos a un reducido número de personas, que con tal motivo adquirirían un carácter oficial. El negocio de los metales preciosos era privilegio de ellos [...] se estableció la costumbre de entregarles depósitos que tal vez no eran gratuitos; recibían también consignaciones y embargos judiciales, y por ello se entiende fácilmente que con frecuencia ejercieron funciones de agentes de pago y que, muchos de ellos, se hayan convertido en prestamistas de dinero”¹⁸.

Los primeros organismos financieros comienzan a funcionar a finales del siglo XIV y comienzos del XV, como los montes y los bancos.

Los montepíos “nacieron como una respuesta de la Iglesia, mediante la obra de los franciscanos y de particulares imbuidos del espíritu del cristianismo de amor al prójimo, contra la actividad usuraria de los judíos y lombardos”¹⁹.

Las comunas designaban sus autoridades, cargos confiados a personas ilustres y representativas del medio que lo ejercían *ad honorem*.

Los montepíos encontraron gran resistencia en Venecia, Florencia, Roma, Génova y Pisa, ciudades donde el sistema bancario imponía su poder.

Los bancos “pesaban el metal, verificaban su origen y denominación y procedían a depositarlo contra la apertura de una cuenta [...] Con el transcurso del tiempo, los clientes empiezan a acercarse a los bancos no sólo para realizar depósitos sino también para solicitar préstamos. La gran diferencia en estos casos es que estos préstamos no tenían un respaldo económico específico, sino que

18 PIRENE, Henri, *Historia Económica y Social de la Edad Media*, Editorial Claridad, Buenos Aires, 2009, 120.

19 VILLEGAS, Carlos Gilberto, *Régimen legal de Bancos*, Depalma, Buenos Aires, 1987, 17.

éste era de carácter general, y estaba conformado por todos los depósitos que el banco en cuestión tenía en ese momento”²⁰.

Los primeros bancos de depósito fueron el Banco de Venecia en 1156²¹, el de Valencia o *Taula de Canvi* en 1407, y en Génova ese mismo año el *Banco o Ufficio di San Giorgio*.

Posteriormente se establecieron bancos en Ámsterdam (1609), Hamburgo (1619), Róterdam (1635) y Estocolmo (1678) como bancos de depósitos y otorgantes de préstamos a sus respectivos gobiernos.

Con el descubrimiento de América “la apertura de grandes mercados y el debilitamiento de la restricción eclesiástica sobre el cobro de intereses para las operaciones de préstamos, la banca adquirió una especial personalidad y se configuró con sus características modernas, dentro de las cuales se destaca la presencia del billete como forma monetaria, ya no vinculado a la existencia de unos determinados bienes en depósito, ni emitido a un beneficiario en particular, sino expedido al portador, transferible por simple entrega y con la función primordial de instrumento cambiario”²².

En Inglaterra la actividad bancaria se encontraba a cargo de los orfebres (*goldsmiths*)²³ y cobró auge hasta el año 1290, cuando fueron expulsados los judíos del territorio. Se desarrolló con algunos controles estatales hasta 1672, año que se declara la bancarrota estatal.

Huerta de Soto enseña que “los bancos de la Antigüedad y del

20 SARAVIA FRIAS, Bernardo, *Reflexiones sobre Derecho Bancario Moderno*, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Santa Fe, 2005-3, 10.

21 Creado como consecuencia de un empréstito forzoso destinado a atender los gastos de la Guerra de Oriente exigido por el gobierno de la República de Venecia en el siglo XII.

22 RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, op. cit., 93.

23 Los orfebres en su calidad de comerciantes y poseedores de metales preciosos y ante los riesgos del bandolerismo y codicia ajena, se valieron de especiales sistemas de seguridad. Es por ello que recibieron bienes en custodia, a cambio de los cuales expedían un certificado en el cual constaba su recibo. En ocasiones, el titular del depósito en lugar de reclamar los bienes entregados, negociaba el título con otra persona. Al mismo tiempo, se constató que los bienes y monedas entregados en custodia permanecían indefinidamente y en un volumen considerable. Así comenzaron a transferir los bienes o a otorgar crédito con base en los depósitos en su poder.

Medioevo difieren de los modernos principalmente por la diversidad de las funciones. Los primeros consideraban como sus funciones principales la conservación del dinero, momentáneamente ocioso y de cambio [...] del trabajo de conservación del dinero y del cambio de moneda fue surgiendo el trabajo de intermediación, en los pagos internos e internacionales con las cuentas de giro y la emisión de los cheques. Pero los bancos que al principio mantenían ocioso el dinero que se les confiaba para su conservación y solicitaban una compensación por la conservación misma, comenzaron a emplearlo en préstamos de distinta índole que les proporcionaban un lucro. Tales préstamos fueron primeramente hechos sin el conocimiento del depositante y, más tarde, con él²⁴.

Lo expuesto representa el germen de la actividad bancaria moderna, la intermediación entre los que poseen capitales ociosos y aquellos que lo precisan para invertirlos en objetos productivos o para destinarlos a objetos de consumo.

La profesionalidad bancaria se refleja en el desarrollo de técnicas especiales para el desarrollo de su actividad, les permite cumplir tanto con las tradicionales operaciones de provisión de medios de pagos a la comunidad e intermediación del crédito, como con las modernas funciones económicas de creación del dinero bancario o expansión del crédito, ejecución de la política monetaria de los Estados, operatorias fiduciarias, inmobiliarias y de seguros en el mercado de capitales.

La actividad es esencialmente riesgosa y “la hace sumamente

24 Huerta de Soto (op. cit, 59, nota 52) además entiende que la violación por parte de los banqueros de los principios generales del derecho y la apropiación indebida en forma de préstamos de dinero que les era depositado a la vista, se efectuaba siempre en forma oculta y vergonzosa, pues considera que se tenía plena conciencia de lo ilícito e ilegítimo de su proceder y, además, de que si el mismo llegaba a ser conocido por sus clientes, se perdería de inmediato la confianza en el banco, viniendo la bancarrota con toda seguridad. Ello explica el tradicional secretismo de la actividad bancaria junto con el carácter abstracto y difícil de entender las transacciones financieras, por lo que da lugar a que -incluso en nuestros días- exista según el autor poca transparencia en el sector bancario y a que la mayor parte del público siga desconociendo el hecho fundamental de que los bancos, más que verdaderos intermediarios financieros como suelen presentarse, no son sino meros agentes de la creación expansiva a partir de la nada, de créditos y depósitos.

vulnerable teniendo presente su alto nivel de endeudamiento [...] el riesgo aparece como algo inherente a ella [...] juega en esta actividad como un acicate, porque a mayor riesgo es mayor la rentabilidad o ganancia [...] lo difícil es conocer la exacta dimensión del riesgo a asumir y allí radica, precisamente, la virtud del buen banquero”²⁵.

CAPÍTULO II

La banca en Argentina

TÍTULO I

Cronología

En la época colonial del Virreinato del Río de la Plata no hubo bancos ni papel moneda, únicamente “circulaban monedas de oro y de plata que se acuñaban en las cecas de Méjico y de Potosí; al producirse la emancipación continuó vigente el sistema monetario colonial, hasta que la Asamblea del Año XIII dispuso la acuñación de nuevas monedas, de igual denominación, peso y ley que las antiguas, pero con los emblemas patrios. Las primeras acuñaciones ordenadas por los gobiernos patrios se encargaron a la ceca de Potosí, hasta que perdido el Alto Perú en el año 1815, desapareció esta fuente de aprovisionamiento de metálico. A causa de ello, hubo de recurrirse al papel moneda”²⁶.

Así las cosas, cronológicamente los hechos más importantes de la historia bancaria en nuestro país pueden resumirse en los siguientes hitos:

a) 1818 creación de la Caja Nacional de Fondos de Sud-América (liquidada en 1821), encargada de recaudar fondos destinados a las necesidades del tesoro nacional.

b) 1822 fundación del Banco de la Provincia de Buenos Aires o Banco de Descuentos, integrado exclusivamente con capitales privados, con fuerte apoyo del Estado con facultad de emitir billetes.

25 VILLEGAS, Carlos Gilberto, *Contratos Mercantiles y Bancarios*, Edición del Autor, Buenos Aires, 2005, 56.

26 VILLEGAS, *Régimen legal de Bancos*, 69.

c) 1826 creación del Banco Nacional de las Provincias Unidas del Río de la Plata (liquidado en 1836), como una sociedad carácter mixto, con capitales privados y estatales.

d) 1836 institución de la Casa de la Moneda, cuya función exclusiva era la emisión de billetes y monedas de curso legal.

e) 1859 incorporación de la Provincia de Buenos Aires a la Confederación²⁷.

f) 1891 sanción de la ley nacional 2841 de creación del Banco de la Nación Argentina²⁸.

g) En 1935 sanción de las leyes: 1) 12155 creación del Banco Central de la República Argentina (en adelante BCRA); 2) 12156 de régimen jurídico de la actividad bancaria; 3) 12157 fundación del Instituto Movilizador de Inversiones Bancarias; 4) 12158 modificación de la Carta Orgánica del Banco de la Nación Argentina; y 5) 12159 modificación de la Carta Orgánica del Banco Hipotecario Nacional.

h) 1949 Reforma Constitucional establece como facultad exclusiva del Congreso de la Nación legislar sobre el régimen bancario, el crédito y la emisión de billetes.

i) 1969 sanción de la ley 18061, modificación sustancial del régimen del sistema financiero.

j) 1977 sanción de la actual ley de entidades financieras 21526.

k) 2010 sanción de ley la 26637 sobre medidas mínimas de seguridad.

27 La Provincia de Buenos Aires se incorpora a la Confederación con reservas, entre ellas no resultaba alcanzado por las leyes que rigieron la actividad bancaria, hasta la sanción de la LEF en 1977.

28 Inicialmente con capitales privados, el Presidente era designado por el Poder Ejecutivo, los directores debían ser accionistas y de ellos, los dos tercios, ciudadanos argentinos. La suscripción accionaria fracasó, y se reestructuró por la ley nacional 4507 transformándolo en oficial. Villegas (op. cit. *Régimen legal de Bancos*, 74) considera que a partir de allí el Banco de la Nación se convirtió en el eje de sistema financiero nacional, en un banco de bancos, con funciones y facultades que en forma incipiente adelantaban las que iban a ser propias de la banca central a partir de 1921 en todo el mundo, y que realizó hasta 1935 una ponderable tarea sirviendo al país y al sistema financiero nacional con su política de redescuentos a los otros bancos. Determinó además la tasa de interés del mercado y contribuyó a mantener la liquidez de otras instituciones de crédito. Su acción fue notable en las crisis de los años 1902, 1907, 1913/14, 1921/22 y 1930.

TÍTULO II

El intervencionismo estatal

SECCIÓN I

Breve referencia a la banca central

En 1935 se crea el BCRA como una entidad mixta con participación estatal y privada, que tenía entre sus funciones la exclusividad en la emisión de billetes y monedas y la regulación de la cantidad de crédito y dinero; así como la acumulación de las reservas internacionales, el control del sistema bancario, la actuación como agente financiero del Estado y prestamista de última instancia.

Bajo la gerencia de Raúl Prebisch (1935-1943) y con un esquema del control de cambios el BCRA desplegó políticas anticíclicas, cumplió el pago de servicios de la deuda externa e incluso rescató parte de la misma con reservas disponibles pero en un contexto de fuerte alza de los precios de las exportaciones.

Empero la aplicación de políticas monetarias estaba condicionada a las preferencias e intereses de inversores extranjeros –predominantemente británicos– que pretendían remitir sus ganancias al exterior para evitar devaluaciones de la moneda nacional.

En 1946 se nacionaliza el BCRA y su función prioritaria fue promover el desarrollo económico para reducir la proporción de préstamos hacia actividades especulativas enfocando los recursos hacia las actividades productivas.

Hasta 1976 –y a pesar a las alternancias político económicas– desempeñó un importante papel en la regulación de las tasas de interés y en el otorgamiento de créditos selectivos para desplegar una estrategia de sustitución de importaciones; como así también en la promoción de exportaciones con el fin de diversificar la matriz productiva y superar la etapa agro exportadora.

En esta alternancia de políticas se inscribe la reforma de 1957 con el propósito de liberar el sistema financiero, eliminar la nacionalización de los depósitos y la asignación del crédito²⁹.

29 Si bien se le otorgó un mayor grado de autonomía, en el ejercicio de sus funciones debía *seguir con las directivas del gobierno nacional en materia de política económica*. Auto limitaron los empréstitos al gobierno sin abandonar el rol de autori-

En 1992 se modifica la Carta Orgánica para acompañar la misión y funciones del BCRA a los lineamientos de la política económica y, en particular, a la convertibilidad del peso con el dólar estadounidense, que sujetó la oferta monetaria al flujo neto de divisas con el exterior, otorgándole el mandato unívoco de preservar el valor de la moneda.

Este periodo se caracterizó por un deterioro profundo del aparato productivo, un aumento sostenido del desempleo, gran volatilidad de precios -incluyendo un primer periodo de inflación alta y otros de deflación-, distribución regresiva del ingreso, liquidación de bancos, privatización, especulación financiera y un sostenido endeudamiento externo.

La ley de Emergencia Económica de 2002 abandona la convertibilidad, se modifica la Carta Orgánica de BCRA y recupera su capacidad de efectuar políticas monetarias y cambiarias activas³⁰.

SECCIÓN II

Normativa constitucional y nacional

La Constitución Nacional contiene directivas de derecho público referidas a la actividad bancaria en los artículos 75 (incisos 6 y 11) y 126.

El primero confiere al Congreso de la Nación la potestad de “establecer y reglamentar un banco federal con facultad de emitir moneda, así como otros bancos nacionales” (inc. 6), y la de “hacer sellar moneda, fijar su valor y el de las extranjeras; y adoptar un sistema uniforme de pesos y medidas para toda la Nación” (inc. 11).

El segundo dispone que “las provincias no ejercen el poder delegado a la Nación. No pueden [...] acuñar moneda [...] ni establecer bancos con facultad de emitir billetes, sin autorización del Congreso Federal; ni dictar los Códigos Civil, Comercial [...] ni dictar especialmente leyes sobre [...] falsificación de moneda”.

Con claridad se ha señalado que la Constitución patria “fue

dad monetaria en el direccionamiento del crédito productivo a través del control de la tasa de interés y el otorgamiento de redescuentos para morigerar el costo financiero de proyectos de inversión.

30 Fuente www.bcra.gov.ar

ordenada, decretada y establecida con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior [...] El derecho bancario envuelve el embrión de progreso, desarrollo y bienestar general, como objetivo lícito y justo de la actividad bancaria. Ya en nuestro Preámbulo existe la declaración de los propósitos de nuestros constituyentes, de organizar un orden jurídico para el bienestar general, como idea del bien común, como fin del Estado. La dignidad del hombre y la libertad requieren de un bienestar general, con directa relación a la moneda y el crédito, por cuanto la pobreza y la esclavitud son la antítesis de la justicia, la libertad y el bienestar general. La banca es una herramienta importante y una palanca para el logro de este objetivo de la Constitución Nacional³¹.

Con esta perspectiva constitucional se sancionó la ley 21526 (o Ley de Entidades Financieras) que las caracteriza como intermediadoras habituales en la oferta y demanda de recursos financieros (artículo 1º).

Sujeta la actividad a la autorización previa de parte del BCRA³², el que se encuentra investido de funciones y facultades exclusivas y excluyentes³³.

La LEF determina las siguientes modalidades operativas: bancos comerciales, de inversión, hipotecarios, compañías financie-

31 BENELBAZ, Héctor Ángel, *El derecho bancario y la Constitución Nacional*, en Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1989, 15/16.

32 Artículo 4º LEF: "El Banco Central de la República Argentina tendrá a su cargo la aplicación de la presente ley, con todas las facultades que ella y su Carta Orgánica le acuerdan. Dictará las normas reglamentarias que fueren menester para su cumplimiento, a cuyo efecto deberá establecer regulaciones y exigencias diferenciadas que ponderen la clase y naturaleza jurídica de las entidades, la cantidad y ubicación de sus casas, el volumen operativo y las características económicas y sociales de los sectores atendidos, dictando normas específicas para las cajas de crédito. Ejercerá también la fiscalización de las entidades en ella comprendidas".

33 Artículo 5º LEF: "La intervención de cualquier otra autoridad queda limitada a los aspectos que no tengan relación con las disposiciones de la presente ley".

Artículo 6º LEF: "Las autoridades de control en razón de la forma societaria, sean nacionales o provinciales, limitarán sus funciones a los aspectos vinculados con la constitución de la sociedad y a la vigilancia del cumplimiento de las disposiciones legales, reglamentarias y estatutarias pertinentes".

ras, sociedades de ahorro y préstamos, y cajas de crédito.

Los bancos comerciales “podrán realizar todas las operaciones activas, pasivas y de servicios que no les sean prohibidas por la presente Ley o por las normas que con sentido objetivo dicte el BCRA en ejercicio de sus facultades” (artículo 21 LEF).

La banca comercial se caracteriza “por operar en el mercado monetario o de dinero, es decir, en aquel segmento del mercado financiero que opera en el corto plazo, y su actividad típica fue recibir fondos del público mediante depósitos y transferirlos al público mediante préstamos, es decir, intermediar en el crédito [...] esta particularidad la tuvo especialmente en cuenta la ley 21526 [...] como cualidad que los distingue del resto de las entidades”³⁴.

Por su parte, la ley 24144 (t.o. ley 26739) establece que el BCRA es una entidad autárquica del Estado Nacional (artículo 1º) y “tiene por finalidad promover, en la medida de sus facultades y en el marco de las políticas establecidas por el gobierno nacional, la estabilidad monetaria, la estabilidad financiera, el empleo y el desarrollo económico con equidad social” (artículo 3º); con las siguientes facultades y funciones: “a) regular el funcionamiento del sistema financiero y aplicar la Ley de Entidades Financieras y las normas que en su consecuencia se dicten³⁵; b) regular la cantidad de dinero y las tasas de interés, regular y orientar el crédito; c) actuar como agente financiero del Estado nacional, depositario y agente del país ante las instituciones monetarias, bancarias y financieras internacionales a las cuales la Nación haya adherido, así como desempeñar un papel activo en la integración y cooperación internacional; d) concentrar y administrar sus reservas de oro, divisas y otros activos externos; e) contribuir al buen funcionamiento del mercado de capitales; f) ejecutar la política cambiaria en un todo de acuerdo con la legislación que sancione el Honorable Congreso de la Nación; g) regular, en la medida de sus facultades, los siste-

34 VILLEGAS, Carlos Gilberto, *Régimen bancario Ley 24144*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995, 180

35 La supervisión de la actividad financiera y cambiaria se encuentra a cargo de la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias del BCRA (artículos 43 a 54).

mas de pago, las cámaras liquidadoras y compensadoras, las re-mesadoras de fondos y las empresas transportadoras de caudales, así como toda otra actividad que guarde relación con la actividad financiera y cambiaria; h) proveer a la protección de los derechos de los usuarios de servicios financieros y a la defensa de la competencia, coordinando su actuación con las autoridades públicas competentes en estas cuestiones” (artículo 4).

Ha interpretado la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) que “la peculiar naturaleza de la actividad se caracteriza por la necesidad de su sujeción a las disposiciones y control del BCRA que detenta el llamado poder de policía bancario o financiero, con las consiguientes atribuciones para aplicar un régimen legal específico, dictar normas reglamentarias que la complementen, ejercer funciones de fiscalización de las entidades y aplicar sanciones por transgresiones a dicho régimen. Las razones de bien público de necesario gobierno a que responde la legislación financiera y cambiaria, encuentran base normativa en los artículos 67 incs 5 y 18 y 28 de la Constitución Nacional”³⁶.

TÍTULO III

Naturaleza jurídica de la actividad

La creciente intervención de los bancos en las economías modernas -tanto en la intermediación de recursos financieros cuanto en la prestación de servicios- motiva profundos debates doctrinarios acerca de la naturaleza jurídica de la actividad bancaria.

Entre nosotros se perfilan diversos criterios: es un servicio público (propio o impropio), o una actividad privada de interés público.

Un sector de la doctrina la considerada como servicio público³⁷,

36 CSJN, “Cambios Teletour S.A. c/Banco Central de la República Argentina”, 10/02/1987, en Colección El Derecho, Buenos Aires, Tomo 124, 142.

37 Servicio público propio es el que presta o debe prestar el Estado directamente o indirectamente por concesionarios. En el impropio, el Estado no lo presta ni concede, sólo autoriza o permite, y reglamenta. El servicio público debe satisfacer necesidades colectivas, no necesariamente generales, y la acción o prestación

puesto que “la gravitación adquirida en nuestra economía por las actividades bancarias -fenómeno universal por otra parte-, han sido reglamentadas tan minuciosamente con una tal intensa facultad de policía ejercida por el Estado, a través de sus órganos competentes, que le han convertido en un verdadero servicio público. Y es que los bancos cumplen una función de distribución de los medios circulantes en el país, mediante la utilización de los depósitos, de tal manera que esta sola circunstancia les atribuye una extraordinaria responsabilidad, pues el desenvolvimiento normal de la vida económica de la Nación y su futuro, vienen a quedar prácticamente en sus manos”³⁸.

En otras palabras según esta corriente de opinión, la actividad bancaria está encaminada a satisfacer intereses generales, circunstancia que amerita la aplicación del status jurídico de servicio público³⁹.

Una variante doctrinaria la considera un servicio público pero *impropio*, “la actividad bancaria es amplia y tiende a satisfacer obvias necesidades de interés general [...] Actualmente los bancos realizan operaciones de mediación en los pagos, efectuando cobros o pagos. Es frecuente que se utilice ahora a las instituciones bancarias para el pago de las cuentas con el Estado, impuestos, tasas, servicios públicos [...] Dada la índole de esas actividades, resulta claro y justificado que el Estado siga al respecto una política de estricta vigilancia o control [...] El servicio público no es simplemente un concepto jurídico; es ante todo, un hecho, una realidad. Las manifestaciones de la autoridad pública declarando que tal o cual actividad es un servicio público, no pasarán de meras declaraciones arbitrarias en el supuesto de que no exista de por medio la satisfacción efectiva de una necesidad de interés general. Tal declaración, cuando ella concuerde con la realidad, tendrá indiscutiblemente su valor en el orden jurídico. Pero ello no obsta

debe estar asegurada por el poder de policía estatal. Son sus caracteres fundamentales: generalidad, uniformidad, continuidad y regularidad.

38 SCHEINFELD, Moisés, *El servicio público bancario*, en Colección Juris, Rosario, Tomo 15, 1959, 301.

39 Se enrolan Carlos Gilberto Villegas y Jorge Labanca

a que, dada su naturaleza, y aún a falta de toda declaración estatal, existan ciertos servicios públicos virtuales u objetivos, como acaece con los llamados servicios impropios⁴⁰.

Finalmente están quienes arguyen que “la actividad bancaria no tiene carácter de servicio público propio ni impropio, aunque no debe dejar de tenerse en cuenta la importancia de la actividad, que puede incluirse entre aquellas individuales de interés público⁴¹. En su mérito entienden que no se verifican los elementos propios del servicio público como la igualdad de trato, obligatoriedad de la prestación, régimen de precios y pago a través de tarifas sometidas a la autorización o aprobación administrativa.

Destacan que “en orden al elemento igualdad notoriamente subvierte toda la operatoria bancaria, que se basa en pautas y criterios de selección de la clientela y riesgos que llevan a la concertación de operaciones sobre bases distintas, como resulta de la libertad de concertación de tasas, lo que excluye un trato igualitario [...] en lo que hace a la obligatoriedad de la prestación es intuitivo que ninguna entidad financiera privada puede ser obligada a otorgar créditos [...] Va de suyo, desde otro ángulo, que no existe en la admisión de una sociedad al ejercicio de la función bancaria un acto de concesión sino de autorización...”⁴².

La autorización para funcionar como entidad financiera no implica un cambio en el status jurídico del autorizado como en la concesión, sino en la remoción de un obstáculo para el ejercicio de una actividad, un poder o un derecho ya existente.

40 MARIENHOFF, Miguel S., *El “servicio público” y sus variadas expresiones*, en Colección Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1975, Tomo 29, 728/730.

41 CNCom. Sala A., 15/04/1980, “Inversor S.C.A. (quiebra) c/Banco Continental S.A.”, en LL Tomo 1980-D, 562.

42 FARGOSI, Horacio P., *La posición dominante en el contrato. Nuevamente sobre la actividad bancaria como servicio público*, en LL, Buenos Aires, Tomo 1980-D, 567/569.

CAPÍTULO III El Derecho Bancario

TÍTULO I Concepto

El Derecho Bancario tiene por objeto de estudio un conjunto de normas pertenecientes a varias ramas del Derecho y que “se agrupan, simplemente, desde el punto de vista académico o didáctico para analizar y estudiar las entidades bancarias, las actividades que ellas realizan, los contratos que celebran y las relaciones con las entidades reguladoras y con los sistemas de control [...] no sólo refiere a actividades que deben ser reguladas por el Derecho Privado, sino que contempla toda una serie de aspectos que en la mayoría de los países se regulan por normas de Derecho Público”⁴³.

Villegas propone definirlo como “el conjunto de normas que regulan la actividad bancaria y financiera en general, referida a las relaciones con el Estado y los particulares”⁴⁴.

Benébaz como “el conjunto de normas jurídicas reguladoras entre particulares y entre las autoridades, nacidas del ejercicio de la actividad crediticia y bancaria o asimiladas a éstas y aquéllas, en cuanto a su disciplina jurídica y ejecución judicial y administrativa”⁴⁵.

Rodríguez Rodríguez como “el conjunto de normas jurídicas relativas a la materia bancaria, y la llamada materia bancaria se presenta como el complejo de las personas, de las cosas y de los negocios, por medio de los cuales se efectúan las operaciones de banca”⁴⁶.

Para Molle “el derecho bancario tiene por objeto la empresa bancaria, los documentos bancarios y las operaciones bancarias y crediticias en particular”⁴⁷.

43 RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, op. cit., 96.

44 VILLEGAS, Carlos Gilberto, *Compendio Jurídico Técnico y Práctico de la actividad bancaria*, 2da. reimpresión, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1989, Tomo I, 109.

45 BENÉLBAZ, Héctor Ángel, *El derecho bancario y la Constitución Nacional*, op. cit., 4.

46 RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín, *Derecho Bancario*, Editorial Porrúa, México, 1968, 2.

47 MOLLE, Giacomo, *Manual de Derecho Bancario*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, 2° edición, trad. Mario Alberto Bonfanti, 1987, 13.

El derecho bancario es tradicionalmente vinculado al Derecho Comercial⁴⁸, distinguiéndose los siguientes caracteres:

a) Posee naturaleza bifronte: contiene normas de derecho público (relaciones banco / Estado) y de derecho privado (relaciones banco / cliente).

b) Masividad de las operaciones: los negocios bancarios en su gran mayoría se instrumentan por contratos de adhesión.

c) Carácter profesional: actúan como empresa especializada, su objeto no está limitado a la intermediación en el crédito, celebran además negocios anexos o de vinculación⁴⁹.

d) Influencia tecnológica: facilita el desenvolvimiento, rapidez y seguridad en las transacciones.

TÍTULO II

La contratación bancaria

Apuntamos en primer término que las primeras relaciones interpersonales de índole patrimonial se materializaron a través del trueque, medio de intercambio de bienes y servicios que satisfizo las necesidades más elementales; y con la aparición del dinero como medio de cambio, valor y atesoramiento tuvo lugar el desarrollo y expansión de la economía de los pueblos.

Durante el gobierno de Justiniano en Roma se dictaron normas tendientes a regular las primeras transacciones económicas como contratos distinguiéndose los reales (mutuo, prenda, depósito y comodato) de los consensuales (compraventa, arrendamiento y sociedad); y los nominados de los innominados (dependiendo si tenían o no un nombre jurídico).

Para ser considerado como tal, el acuerdo debía responder a las siguientes fórmulas: *do ut des* (doy para que me des), *do ut fatias* (doy para que hagas), *fatio ut des* (hago para que me des algo a

48 El inciso 3º del artículo 8 CCom declaraba acto de comercio a las operaciones de banco.

49 Servicios bancarios u operaciones neutras, *in extenso* Segunda Parte

cambio) y *fatio ut fatia* (hago para que tú hagas algo).

El Código Napoleónico de 1804 estableció como principio que las convenciones –acuerdos vinculantes- se forman con el consentimiento mutuo de dos o más personas y crea entre ellas una ley a la cual las partes deben someterse.

Trasladado y receptado a los códigos decimonónicos, el contrato se convirtió en instrumento de desarrollo económico y de la revolución industrial del siglo XIX. Empero, las grandes empresas vulneraban los principios de libertad e igualdad al imponer sus condiciones.

En el siglo XX el Estado interviene en la contratación individual, generando límites tales como: la teoría de la imprevisión, la lesión y la consagración de regulaciones generales en protección del contratante débil⁵⁰, contexto legal en el que hoy se enmarcan la mayoría de los contratos bancarios y financieros⁵¹.

Si bien son términos utilizados indistintamente en la práctica, el “contrato bancario es un concepto más amplio que el de contrato financiero. Son aquellos en los que una de las partes es un banco autorizado para funcionar como tal, y se refieren a la actividad que constituye el objeto de tal entidad. En la mayoría de los contratos financieros interviene un banco, pero hay contratos bancarios que no constituyen una intermediación en el crédito, como ocurre por ejemplo, en el alquiler de cajas de seguridad, la custodia de títulos y valores mobiliarios, el recibo de valores para efectuar su cobro, el ejercicio de determinados mandatos, etc”⁵².

Para Rodríguez Azuero contrato bancario es “el acuerdo de voluntades entre dos o más personas, una de las cuales es al menos

50 Particularmente en las contrataciones estandarizadas, con la sanción de leyes de defensa del consumidor, para establecer un equilibrio contractual entre partes económica y jurídicamente desiguales.

51 En sentido idiomático, financiero deriva de financiar, significa tanto aportar el dinero necesario para una empresa u obra cuanto sufragar los gastos de una actividad. El vocablo crédito tiene un amplio significado. Etimológicamente proveniente del latín y es el participio pasado de *credere* (creer, dar fe a alguno, confiar en préstamo, prestar). En su más amplio sentido, todo contrato en el cual la prestación de una de las partes no se cumple coetáneamente con la de otro implica conceder un crédito, pues se confía que esta última habrá de cumplir en su momento.

52 FARINA, Juan M., *Contratos comerciales modernos. Modalidades de contratación empresarial*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2005, 3° edición, 56.

un banco, en virtud del cual surgen derechos y obligaciones cuyo objeto corresponde a la operación bancaria a la cual se refiere el acuerdo”⁵³.

Barreira Delfino afirma que “la denominación contratos bancarios no es técnicamente apropiada, pues se sustenta en la calidad que reviste de una de las partes del negocio (el banco) sin abordarse el contenido intrínseco del mismo [...] me inclino a utilizar la denominación de contrato financiero como expresión conceptual más amplia y comprensiva de todos aquellos negocios por medio de los cuales se presta un servicio financiero a cambio de un precio determinado que está representado por la tasa de interés pactada, y que se devenga en función del decurso del tiempo, tanto para el cumplimiento normal como moroso del apoyo crediticio brindado (intereses compensatorios e intereses moratorios o punitivos)”⁵⁴.

Los contratos bancarios tienen su correlato en las operaciones bancarias⁵⁵ o representación numérico-contable de la relación jurídica.

Las operaciones bancarias se clasifican en activas, pasivas y neutras o de servicios.

En las operaciones activas se refleja la asistencia financiera de los bancos para con el cliente (préstamo bancario⁵⁶, apertura de

53 RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, op. cit., 118.

54 BARREIRA DELFINO, Eduardo A., *Teoría General de la contratación bancaria*, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Santa Fe, 2005-3, 33/34.

55 Una primer postura -denominada “concepción de Bolaffio”- expresa que la operación bancaria es un acto objetivo de comercio en sí mismo, es decir, cuando nos hallamos frente al acto de intermediación en el crédito con ánimo de lucro, encontramos típicamente una operación bancaria, sin necesidad del aporte de ningún otro elemento. La segunda postura, denominada “concepción de Arcángeli” introduce a lo expuesto un nuevo requisito, al exigir que dicha intermediación sea realizada en forma estable y continua (o sea profesionalmente) por una empresa. De acuerdo con esta postura, no existirían operaciones específicamente bancarias sino simples operaciones de crédito las que, al ser ejecutadas profesionalmente por una empresa en una serie ininterrumpida de operaciones iguales, se convierten en operaciones bancarias

56 Artículo 1408 CCivCom: “El préstamo bancario es el contrato por el cual el banco se compromete a entregar una suma de dinero obligándose el prestatario a su devolución y al pago de los intereses en la moneda de la misma especie, conforme con lo pactado”

crédito⁵⁷, descuento bancario⁵⁸, anticipos⁵⁹, leasing o locación financiera⁶⁰, etc.); pero en las operaciones pasivas es el cliente el proveedor de los recursos financieros (depósitos en dinero⁶¹, depósitos a la vista⁶², depósitos a plazo⁶³, en caja de ahorros⁶⁴, tam-

57 Artículo 1410 CCivCom: “En la apertura de crédito, el banco se obliga, a cambio de una remuneración en la moneda de la misma especie de la obligación principal, conforme lo pactado, a mantener a disposición de otra persona un crédito de dinero, dentro del límite acordado y por un tiempo fijo o indeterminado; si no se expresa la duración de la disponibilidad, se considera de plazo indeterminado”.

58 Artículo 1409 CCivCom: “El contrato de descuento bancario obliga al titular de un crédito contra terceros a cederlo a un banco, y a éste a anticiparle el importe del crédito, en la moneda de la misma especie, conforme con lo pactado. El banco tiene derecho a la restitución de las sumas anticipadas, aunque el descuento tenga lugar mediante endoso de letras de cambio, pagarés o cheques y haya ejercido contra el tercero los derechos y acciones derivados del título”.

59 El banco otorga un préstamo al cliente contra garantía de títulos de crédito o de mercaderías depositadas o en tránsito. Es un instrumento del cual gozan los comerciantes para movilizar parte de sus activos, con el fin de atender transitorias necesidades de liquidez.

60 El banco brinda asistencia financiera proveyendo al cliente bienes –generalmente de activo fijo o bienes de capital- por el pago de una cuota determinada durante el plazo del contrato, con opción de compra en favor del cliente, sobre los bienes provistos, a un precio fijado en el contrato (valor residual).

61 Artículo 1390 CCivCom: “Hay depósito de dinero cuando el depositante transfiere la propiedad al banco depositario, quien tiene la obligación de restituirlo en la moneda de la misma especie, a simple requerimiento del depositante, o al vencimiento del término o del preaviso convencionalmente previsto”.

62 Artículo 1391 CCivCom: “El depósito a la vista debe estar representado en un documento material o electrónico que refleje fielmente los movimientos y el saldo de la cuenta del cliente. El banco puede dejar sin efecto la constancia por él realizada que no corresponda a esa cuenta. Si el depósito está a nombre de dos o más personas, cualquiera de ellas puede disponerlo, aún en caso de muerte de una, excepto que se haya convenido lo contrario”.

63 Artículo 1392 CCivCom: “El depósito a plazo otorga al depositante el derecho a una remuneración si no retira la suma depositada antes del término y del preaviso convenidos. El banco debe extender un certificado transferible por endoso, excepto que se haya pactado lo contrario, en cuyo caso la transmisión sólo puede realizarse a través del contrato de cesión de derechos”. En esta clase de depósitos se presenta una típica captación del ahorro, es decir, de aquella para del ingreso que no está destinada a ser consumida de inmediato y puede conservarse de manera productiva durante un tiempo más o menos largo. Su permanencia se explica por una ley deducida empíricamente, según la cual no todos los depositantes pueden retirar al tiempo sus depósitos y siempre hay un flujo de doble vía que permite contar con volúmenes más o menos constantes.

64 Se trata de un depósito irregular de dinero que comparte con los depósitos a

bién recibe recursos por préstamos de otras entidades⁶⁵, redes-cuentos y adelantos del BCRA⁶⁶, etc.).

Finalmente en las operaciones de servicios o neutras⁶⁷, los bancos no actúan como receptoras o dadoras de créditos sino que prestan un determinado servicio, como los mandatos de cobros⁶⁸ y de pagos⁶⁹, mandatos de gestión⁷⁰, cajeros automáticos⁷¹, cajas de seguridad⁷² y custodia de títulos⁷³.

Los contratos bancarios se caracterizan por:

a) la uniformidad de cláusulas: se instrumentan mayoritaria-mente en contratos de adhesión;

b) su tipicidad: regulados en el Código Civil y Comercial⁷⁴ en la

término la finalidad de preservar parte de los ingresos de las personas en previsión de necesidades futuras o de la formación de un capital. A diferencia del depositante a término –a quien podríamos llamar rentista- el ahorrista pretende conservar su capital, su incremento, custodia y manejo por el banco. La noción de caja de ahorros se vincula a la necesidad de brindar a los pequeños ahorristas la posibilidad de depositar su dinero en condiciones que estimulen su tendencia a ahorrar. Mediante las circulares A 5927 y 5928 del BCRA, a partir del 1/4/2016 las cajas de ahorro, incluyendo el uso de su tarjeta de débito y las transferencias de personas físicas por cajero automático o home-banking cualquiera sea su monto, son gratuitas.

65 Estas operaciones se vinculan con dificultades transitorias de liquidez se cubren con préstamos de plazos muy breves (*call money*).

66 Se recurre por situaciones de iliquidez transitoria y bajo determinadas condiciones al BCRA como prestamista de última instancia.

67 Neutralidad contable no es sinónimo de gratuidad del servicio.

68 En la actualidad los bancos toman encargos de cobranzas de servicios, medicina privada, colegios, etc.

69 Transferencias electrónicas dentro del país o al exterior.

70 Administración de bienes, compra o venta de títulos en los mercados de valores, contratación de seguros, etc.

71 Cfr. Capítulo III Segunda parte.

72 Cfr. Capítulo IV Segunda parte.

73 Artículo 1418 CCivCom: "El banco asume a cambio de una remuneración la custodia de títulos en administración debe proceder a su guarda, gestionar el cobro de los intereses o los dividendos, los reembolsos del capital por cuenta del depositante y, en general, proveer la tutela de los derechos inherentes a los títulos".

74 El CCivCom incluye en el Título III del Libro III sobre contratos, el capítulo 12 dedicado especialmente a los *contratos bancarios*. Consta de dos Secciones, la Primera sobre *Disposiciones Generales* (en la Sección 1ª trata sobre *Transparencia de*

Sección 2ª del Capítulo 12 del Libro III en 6 párrafos: depósito bancario cuenta corriente bancaria –único contrato bancario que regulaba el Código de Comercio en los artículos 791 a 797-, préstamo y descuento de documentos, apertura de crédito, servicio de cajas de seguridad y custodia de títulos. Similares disposiciones se encuentran en el Código Civil Italiano de 1942, Hondureño de 1950 y Paraguayo de 1985;

c) la preponderancia de la buena fe o también llamados contratos de buena fe superlativa: manifestada en el secreto bancario⁷⁵ y el deber de información⁷⁶;

d) el principio de transparencia de las condiciones contractuales: que “consiste en la eliminación de todas aquellas prácticas que afectan el buen funcionamiento de los mercados financieros, como mecanismo de fijación de los precios (tasas de interés y precio de los valores negociables), y la asignación eficiente del ahorro y la inversión. Se trata de prácticas que afectan la confianza en el mercado y por ende la credibilidad de los ahorristas e inversionistas para invertir en instrumentos financieros, de modo que se produce un indebido enriquecimiento de aquellos agentes que se aprovechan de tales prácticas indebidas en desmedro de los ahorristas, inversionistas y consumidores bancarios y financieros”⁷⁷.

las condiciones contractuales, en la 2ª sobre *Contratos bancarios con consumidores y usuarios*). La Sección Segunda sobre *Contratos en particular*, regula los contratos de depósito bancario, cuenta corriente bancaria, préstamo y descuento bancario, apertura de crédito, servicio de caja de seguridad y custodia de títulos. Las reglas de la Sección 1ª son aplicables a todos los contratos bancarios –incluyendo los no tipificados- y la Sección 2ª sólo a los contratos específicamente regulados.

75 *In extenso*, Título IV del presente Capítulo.

76 Artículo 1382 CCivCom: “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. Transcurridos sesenta días contados a partir de la recepción de la comunicación, la falta de oposición escrita por parte del cliente se entiende como aceptación de las operaciones informadas, sin perjuicio de las acciones previstas en los contratos de consumo. Igual regla se aplica a la finalización de todo contrato que prevea plazos para el cumplimiento”. Ello significa que el banquero debe ser leal en los consejos, opiniones o informes que requiera al cliente.

77 VILLEGAS, Carlos Gilberto, en RIVERA, Julio César – MEDINA, Graciela, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Editorial La Ley, Tomo IV, Buenos Aires, 2014, 283.

El CCivCom traza las siguientes disposiciones atinentes a la *transparencia de las condiciones contractuales*:

d.1) Artículo 1378 CCivCom: “Aplicación. Las disposiciones relativas a los contratos bancarios previstas en este Capítulo se aplican a los celebrados con las entidades comprendidas en la normativa sobre entidades financieras, y con las personas y entidades públicas y privadas no comprendidas expresamente en esa legislación cuando el Banco Central de la República Argentina disponga que dicha normativa les es aplicable”.

d.2) Artículo 1379 CCivCom: “Publicidad. 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, de acuerdo a la clasificación que realiza el Banco Central de la República Argentina. Esa calificación no prevalece sobre la que surge del contrato, ni de la decisión judicial, conforme a las normas de este Código. 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”.

d.3) Artículo 1380 CCivCom: “Forma. Los contratos deben instrumentarse por escrito, conforme a los medios regulados por este Código. El cliente tiene derecho a que se le entregue un ejemplar”.

d.4) Artículo 1381 CCivCom: “Contenido. 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 pasivas del sistema, publicadas por el BCRA a la fecha del desembolso o de la imposición. 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”.

d.5) Artículo 1383 CCivCom: “Rescisión. 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”.

e) la tendencia a la internacionalización: en un mundo globalizado, los bancos convergen como agentes económicos de actuación transnacional, y

- f) son mayoritariamente personalísimos o *intuitio personae*⁷⁸
- g) el cliente bancario no es siempre un consumidor⁷⁹.

TÍTULO III El secreto o sigilo bancario

SECCIÓN I Conceptualización

El vocablo secreto deriva del latín y se compone de la partícula *se* y el verbo *cerno*.

La primera es inseparable y expresa desvío o privación, separación; y el verbo significa separar, distinguir, decidir, resolver.

Unidas forman el derivado *secerno*, cuyo participio *secretum* origina la palabra secreto.

Se lo define como “algo cuidadosamente reservado u oculto, conocimiento que sólo posee una persona; deber que tienen ciertos profesionales, funcionarios públicos, administrativos, judiciales, penitenciarios, impositivos de no revelar los hechos conocidos en el ejercicio de su profesión o función”⁸⁰; y también como “sigilo, reserva, cosa arcana o muy recóndita que no se puede comprender y negocio muy reservado, misterio”⁸¹.

El secreto o sigilo bancario es tan antiguo como la actividad.

Los fenicios -precursores de las grandes transacciones comer-

78 RODRIGUEZ AZUERO, op. cit., 119, señala que aunque parezca paradójico, las entidades bancarias ofrecen sus servicios a la comunidad en forma indiscriminada la conclusión de los acuerdos reviste un carácter personalísimo [...] los bancos son muy celosos en escoger su clientela, tanto para mantener el nombre y el prestigio que se deriva de una adecuada selectividad [...] por tal motivo, salvo excepciones, los contratos bancarios se celebran *intuitio personae* o en consideración a las calidades personales de quienes contratan.

79 VILLEGAS, Carlos Gilberto, en RIVERA, Julio César – MEDINA, Graciela, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, op. cit., 279.

80 GARRONE, José Alberto, *Diccionario Jurídico*, Editorial Lexis Nexis, T. IV., Buenos Aires, 2005, 299.

81 DE SANTO, Víctor, *Diccionario de Ciencia Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1999, 861.

ciales- defendieron rigurosamente el carácter sagrado del secreto de las operaciones bancarias.

Con la decadencia del Imperio Romano, se ingresa en la Edad Media con un concepto claro sobre el cuidado del secreto preservado incluso frente a la Inquisición, lo que dio lugar a la anotación criptográfica o codificada de las operaciones de modo de mantenerlas en secreto y a salvo del poder de las autoridades.

Superada ya la Edad Media surgen en Francia las primeras normas que expresamente refieren a la actividad bancaria y especialmente al secreto, extendiéndose a otras legislaciones nacionales, a excepción de Suiza⁸².

Es descripto asimismo como “un deber de silencio a cargo de los bancos respecto de hechos vinculados a las personas con quienes mantienen relaciones comerciales [...] es una prohibición legal, una orden de abstenerse, de no hacer, sea por acción o por omisión, en definitiva, de no dar a conocer”⁸³.

Asimismo como “la obligación impuesta a los bancos de no revelar a terceros, sin causa justificada, los datos referentes a sus clientes que lleguen a su conocimiento como consecuencia de las relaciones jurídicas que los vinculan”⁸⁴.

En nuestro país, la ley 18061 plasmó la obligación de guardar secreto de las operaciones bancarias e informaciones recibidas del cliente, con un limitado régimen de excepciones.

En su Exposición de Motivos, la Comisión redactora puntualizó que “el secreto es, simultáneamente, un derecho y una obligación. Razones institucionales inclinan, en nuestro país, hacia la necesidad de una norma escrita. Desde el punto de vista económico, la obligación de secreto refuerza la confianza del público en las entidades financieras, cooperando a la obtención de un alto porcentaje de depósitos, un volumen sostenido de negocios y una afluencia vigorosa de capitales que, de otra manera, emigran ha-

82 País que se destaca por el rigor con que tradicionalmente se trató el secreto bancario aún sin contar con una norma específica sino hasta el año 1934.

83 LABANCA, Jorge, *El Secreto bancario y otros estudios*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968, 9.

84 MALAGARRIGA, Juan Carlos, *El secreto bancario*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1970, 15.

cia países donde gozan de este tipo de seguridades. Desde el punto de vista jurídico puede sostenerse que tiene raíz constitucional. En particular, guarda relación con la garantía de inviolabilidad de la correspondencia epistolar y de los papeles privados, y con el principio de que nadie está obligado a declarar contra sí mismo. La confidencia que lleva implícita la operación financiera tiene o puede tener naturaleza íntima. Y es bajo ese aspecto donde tiene parentesco con la protección de la libertad individual⁸⁵.

SECCIÓN II Naturaleza jurídica

La discusión doctrinaria en torno a la naturaleza jurídica del secreto o sigilo bancario es fecunda y de antigua data, y aunque existan puntos en común, las teorías conllevan a diferentes conclusiones.

a) Teoría del uso o praxis

Un sector de la doctrina italiana integrado por Carlo Folco y Giacomo Molle considera que es obligatorio en virtud del uso que tradicional y universalmente observan los bancos, y por lo tanto integra implícitamente –por ausencia de norma expresa– el contenido de los contratos bancarios.

Según los autores se adecua a lo prescripto en el artículo 1374 del Código Civil Italiano: “el contrato obliga a las partes no sólo en cuanto a lo expresado en él, sino también a todas las consecuencias que deriven según la ley o, a falta de ésta, según los usos y la equidad”⁸⁶.

b) Teoría de la buena fe contractual

Sostienen que no existe discusión en torno a la aplicación de normas consuetudinarias en la contratación bancaria, pero la na-

85 Exposición de Motivos Ley 18061 en Anales de Legislación Argentina XXIX-A, 100.

86 Art. 1374 CCI: “Integrazione del contratto Il contratto obbliga le parti non solo a quanto e nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità”.

turalidad del secreto o sigilo debemos buscarla no en los usos, sino en el carácter fiduciario de los contratos bancarios.

En esta inteligencia coligen que “la obligación de reserva surge de modo tácito del contrato que se lleva a cabo entre el cliente y el banco, y se convierte en un deber accesorio al deber principal del objeto del contrato”⁸⁷.

Ello equivale a decir que, si bien en la mayoría de los contratos bancarios no aparece una cláusula que haga expresa referencia al deber de secreto, éste se encuentra tácito e implícito en la voluntad del cliente.

Por ello la confidencialidad tiene su génesis en la relación contractual que se establece entre las partes, cuyo fundamento principal es la fiducia o confianza.

El carácter fiduciario es reivindicado particularmente por el maestro español Joaquín Garrigues.

c) Teoría de la combinación de intereses

Argumentan que el secreto bancario deviene de una combinación de intereses públicos y privados.

Los primeros refieren a la actividad misma, “la obligación del secreto refuerza la confianza del público en las entidades financieras, cooperando a la obtención de un alto porcentaje de depósitos, un volumen sostenido de negocios, y una afluencia vigorosa de capitales que, de otra manera, emigran a países donde gozan de este tipo de seguridades”⁸⁸.

Los segundos son los tutelados por el artículo 18 de la Constitución Nacional que garantiza la inviolabilidad de la correspondencia epistolar y de los papeles privados –entre ellos la información bancaria⁸⁹– y el derecho a que nadie puede ser obligado a declarar en su contra.

87 ROMERO, José I., *Manual de Derecho Comercial Parte General*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1998, 363.

88 Exposición de Motivos Ley 18061.

89 ROSATTI, Horacio Daniel, *Tratado de Derecho Constitucional*, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, T. I., 2010, 309.

d) Teoría del secreto de la actividad comercial

Fundamenta la naturaleza jurídica en las disposiciones del artículo 14 de la Constitución Nacional, en el derecho fundamental de comerciar y ejercer toda industria lícita.

De allí infieren que en toda actividad comercial se encontraría ínsito un derecho-deber de reserva de información de carácter general; y en algunos supuestos específicos existían normas expresas en el CCom (hoy derogado) o en leyes especiales, y ese derecho-deber hace al éxito o fracaso de la empresa comercial.

e) Teoría del secreto profesional

Parte de la doctrina italiana lo considera una particularización del secreto profesional, tutelado en el tipo previsto en el artículo 622 del Código Penal Italiano: "Revelación de secreto profesional: Aquel que teniendo noticia por razones de su propio estado u oficio, o por su misma profesión o arte de un secreto lo revela, sin justa causa, o sea lo emplea con fines propios o ajenos es punido, si del hecho pueden derivar perjuicios [...] La pena se agrava si el hecho es cometido por administradores, directores generales, dirigentes encargados en la redacciones de los documentos contables, societarios, síndicos o liquidadores o si es cometido por quien desempeña la revisión contable de la sociedad..."⁹⁰.

Arguyen que "no debe entenderse sólo el secreto del profesional (en sentido restringido), sino el secreto inherente al ejercicio profesional de determinada actividad"⁹¹.

La legislación Suiza consagra este carácter y sanciona al banque-

90 *"Rivelazione di segreto professionale. Chiunque, avendo notizia, per ragione del proprio stato o ufficio, o della propria professione o arte, di un segreto, lo rivela, senza giusta causa, ovvero lo impiega a proprio o altrui profitto, è punito, se dal fatto può derivare documento, con la reclusione fino a un anno o con la multa da euro 30 a euro 516. La pena è aggravata se il fatto è commesso da amministratori, direttori generali, dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, sindaci o liquidatori o se è commesso da chi svolge la revisione contabile della società. Il delitto è punibile a querela della persona offesa"*

91 CRESPI, Alberto, *La tutela penale del segreto*, Editorial Priulla, Palermo, 1952, 125.

ro que viola la obligación de guardar secreto con multa y prisión⁹².

En Uruguay el Código Penal tipificaba la violación del secreto profesional en su artículo 302, hasta la sanción de la Ley de Intermediación Financiera (Decreto-ley n° 13522/1982)⁹³.

En el Código Penal Argentino lo reprime como delito contra la libertad “con multa [...] e inhabilitación especial en su caso [...] el que teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa” (Artículo 156).

Los que adscriben a esta tesitura afirman que “encuentra su raigambre constitucional en el derecho a la intimidad consagrado en el artículo 18, que en su parte pertinente garantiza la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia y de los papeles privados, y con el principio de que nadie está obligado a declarar contra sí mismo [...] así considerado, protege el derecho a la intimidad y privacidad de las personas en sus asuntos económico-financieros [...] se tutela el derecho a la intimidad, cuya violación ataca la libertad de las personas”⁹⁴.

92 La ley bancaria suiza que penaliza la violación del secreto bancario tuvo por objetivo obstaculizar la persecución nazi de alemanes de origen preferentemente que tenían depósitos en ese país. El régimen nazi castigaba con la muerte a aquellos que depositaban dinero en el exterior, hecho considerado como actitud vil y egoísta, contraria al régimen.

93 El secreto bancario representa uno de los pilares de la economía uruguaya como uno de los más estrictos del mundo. Legislado por el Decreto - Ley 15.322 en su artículo 25 y establece que: “las empresas comprendidas en los Arts. 1 y 2 de esta ley [...] no podrán facilitar noticia alguna sobre los fondos o valores que tengan en cuenta corriente, depósito o cualquier otro concepto, pertenecientes a persona física o jurídica determinada. Tampoco podrán dar a conocer informaciones confidenciales que reciban de sus clientes o sobre sus clientes. Las operaciones e informaciones referidas se encuentran amparadas por el secreto profesional, y sólo pueden ser reveladas por autorización expresa y por escrito del interesado, o por resolución fundada de la Justicia Penal o de la Justicia competente si estuviera a cargo una obligación alimentaria y en todos los casos, sujeto a las responsabilidades más estrictas por los perjuicios emergentes de la falta de fundamento de la solicitud [...] El incumplimiento a este secreto profesional [...] será sancionado con tres meses de prisión a tres años”.

94 LANUS OCAMPO, María Cecilia, *El secreto bancario*, en Colección La Ley, Buenos Aires, Tomo 2006-D, 1249.

Tutela de este modo el interés del cliente en la preservación del silencio respecto de los negocios y de las confidencias que se hacen a las instituciones, informaciones que se extienden a “todo lo que implique conocer la situación patrimonial del cliente, y de todos los informes que hiciere llegar confidencialmente al banco para explicar su verdadera situación económica y financiera”⁹⁵.

Barbier afirma en este sentido que “al igual que en el secreto profesional -en su acepción más amplia- se trata de la reserva que debe mantenerse respecto de la información que llega a conocimiento del obligado y que no puede ser revelada [...] se trata de un deber inherente a la naturaleza de la actividad bancaria, a la profesión del banquero [...] el deber del secreto financiero es especie dentro del género secreto profesional, que se encuentra implícito en la relación vinculatoria entidad financiera / cliente. Su violación, a falta de norma expresa que aporte sanción, encuentra su régimen en el ordenamiento jurídico, como hecho relevante que afecta el derecho de reserva del que goza toda personalidad”⁹⁶.

f) Teoría de los derechos personalísimos

Encuentra su apoyo también en el artículo 18 de la Constitución Nacional pero con referencia al derecho a la intimidad y privacidad de las personas en sus asuntos económico-financieros.

En la Exposición de Motivos de la ley 18061 se apunta con relación al secreto que “la confidencia que lleva implícita la operación financiera tiene o puede tener naturaleza íntima. Y es bajo ese aspecto donde tiene parentesco con la protección de la libertad individual”.

Y este derecho a la intimidad lo definen como el “derecho del individuo a determinar la información que sobre sí mismo pueda ser transmitida a terceros, siendo su contrapartida la obligación genérica de terceros de no intentar conocer la información que éste mantiene secreta, y la de no difundir aquella que conoce en

95 SUPERVIELLE SAAVEDRA, Bernardo, *El depósito bancario*, Editorial Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1960, 201.

96 BARBIER, Eduardo, *Contratación bancaria*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2º edición, 2002, 189.

razón de su relación con el individuo sin su autorización expresa. Mediando autorización expresa la difusión de la información se limita a aquellos terceros respecto de los cuales ha sido otorgada⁹⁷.

Con esta perspectiva se afirma que “la justificación de la existencia del secreto bancario -tenga consagración legal o consuetudinaria- es la protección que presta o debe prestar el derecho a la intimidad o privacidad de las personas en sus asuntos económicos, constituyéndose en un derecho de la personalidad [...] el derecho cobija, mediante ellos, la integridad moral de las personas y las manifestaciones de ésta, sus secretos, sus reservas⁹⁸”.

SECCIÓN III Funcionamiento

a) Operaciones admitidas y sujetos obligados

La ley 12.156 establecía que “las informaciones recogidas en los Bancos por la inspección de bancos del Banco Central tendrán carácter estrictamente confidencial y no serán comunicadas a los miembros del directorio del Banco con excepción del Presidente, el que podrá informar al respecto al Directorio cuando lo juzgue conveniente”.

Existe aquí un reconocimiento indirecto de la obligación de guardar secreto, restringido al ámbito de los funcionarios y personal del BCRA, y a las informaciones que obtengan como autoridad de contralor.

La ley 18061 lo extendió a todas las entidades financieras y operaciones (*activas y pasivas*) celebradas y a las informaciones recibidas del cliente, estableciendo como causal de excepción el reque-

97 BAKERMAN, Jorge M., *Banco de datos informatizados para información crediticia. Derecho a la intimidad y secreto bancario*, en Colección Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1989, 781.

98 VERGARA BLANCO, Alejandro, *El secreto bancario ante el derecho chileno*, en Revista de Derecho, 1986, N° 180, Universidad de Concepción, 41/42

rimiento efectuado por autoridad judicial, el BCRA⁹⁹, la Dirección General Impositiva y las demás entidades financieras conforme la reglamentación.

La LEF modifica a la 18061 y ordena que: “Las entidades comprendidas en esta ley no podrán revelar las *operaciones pasivas* que realicen [...] El personal de las entidades deberá guardar absoluta reserva de las informaciones que lleguen a su conocimiento (artículo 39)”.

La normativa vigente identifica dos grupos de sujetos legalmente obligados a guardar reserva: a) las entidades comprendidas en la ley (personas jurídicas) y b) el personal de las mismas (personas humanas).

El primer grupo se conforma con “las personas o entidades privadas o públicas –oficiales o mixtas- de la Nación, de las provincias o de las municipalidades que realicen intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros” (artículo 1 LEF).

La CSJN extendió la nómina de los sujetos obligados al decidir que “corresponde confirmar la sentencia que interpretando el artículo 39 de la ley 21526 dio sustento a la decisión absolutoria, considera que el secreto bancario establecido en dicha norma alcanza a quienes, como la firma inspeccionada, realicen tareas vinculadas con el manejo de informaciones que las entidades financieras reciben de sus clientes, sea que lo hagan con o sin relación de dependencia y teniendo en cuenta, para así resolver, el tenor de los requerimientos formulados a aquella. Dicho secreto alcanza a las informaciones que los clientes brinden a las entidades financieras con motivo de las operaciones

99 El BCRA está obligado a guardar secreto por las informaciones que reciba en cumplimiento de sus funciones de autoridad de contralor, conforme lo prescribe el artículo 40 LEF en los siguientes términos: “Las informaciones que el Banco Central de la República Argentina reciba o recoja en ejercicio de sus funciones, vinculadas a operaciones pasivas, tendrán carácter estrictamente confidencial. El personal del Banco Central de la República Argentina, o de auditorías externas que éste contrate para cumplir sus funciones, deberá guardar absoluta reserva sobre las informaciones que lleguen a su conocimiento. Los profesionales intervinientes en dichas auditorías externas quedarán sujetos a las disposiciones de los artículos 41 y 42 de la presente ley”. Excede el marco de nuestro trabajo y por ello nos limitamos a enunciarlos, y consideramos amerita un tratamiento especial y por separado.

que éstos realicen en el marco de la ley 21526 y constituye uno de los medios que el legislador consideró adecuado para lograr el desenvolvimiento de un sistema apto, solvente y competitivo¹⁰⁰.

Con relación al segundo grupo, el deber de confidencialidad alcanza a todos aquellos que actúen en o para la entidad: directores, funcionarios, síndicos, administradores, gerentes, empleados, personas físicas o jurídicas vinculadas (auditorías, calificadoras de riesgo, interventores judicial, veedores, liquidadores, apoderados, corresponsales, consultores), incluyendo ex funcionarios, sin limitación temporal y aunque se extinguiera el vínculo con el banco.

b) Excepciones: Interés público vs. Secreto bancario

Según la ley 18061 el secreto bancario se extendía a aquellos hechos, actos, informaciones y datos que, en ejercicio de la actividad, los bancos recibieran de sus clientes; y recaía sobre la totalidad de las operaciones bancarias.

La ley 21526 circunscribe la obligación de guardar reserva a las operaciones pasivas e informaciones suministradas por el cliente, y "... sólo se exceptúan de tal deber los informes que requieran: a) Los jueces en causas judiciales, con los recaudos establecidos por las leyes respectivas; b) El Banco Central de la República Argentina en ejercicio de sus funciones; c) Los organismos recaudadores de impuestos nacionales, provinciales o municipales sobre la base de las siguientes condiciones: debe referirse a un responsable determinado; encontrarse en curso una verificación impositiva con respecto a ese responsable, y haber sido requerido formal y previamente. Respecto de los requerimientos de información que formule la Dirección General Impositiva, no serán de aplicación las dos primeras condiciones de este inciso; d) Las propias entidades para casos especiales, previa autorización expresa del BCRA¹⁰¹.

100 CSJN, "Arenca S.A. c/Gobierno Nacional –Tribunal Fiscal de la Nación", en LL, Buenos Aires, Tomo 1982-B, 462.

101 Nos limitaremos a los controvertidos incisos a) y c) del artículo 39 de la ley 21526. El inciso b) refiere a las funciones de contralor que ejerce el BCRA a través

La nómina de sujetos legitimados para solicitar información sometida a secreto es taxativa¹⁰².

Respecto del requerimiento judicial, en un primer estadio la doctrina interpretaba que sólo se encontraban legitimados los jueces con competencia penal y procesos falenciales.

En la actualidad es criterio uniforme que “el requerimiento efectuado por los jueces en las causas judiciales de cualquier tipo, sean estas penales, civiles, comerciales, laborales y federales [...] suponen la garantía del debido proceso con la correspondiente decisión de un juez competente adoptada luego de una valoración de las normas en cuestión y de los intereses jurídicamente protegidos”¹⁰³.

Con relación al inciso c) es factible que exista colisión normativa con las leyes 11683 y 25246.

El primer conflicto refiere a la extensión y el ejercicio de los poderes fiscales en la verificación de obligaciones tributarias.

Según el artículo 41 de la ley 11683 “la Dirección General tendrá amplios poderes para verificar en cualquier momento [...] el cumplimiento que los obligados o responsables den a las leyes [...] fiscalizando la situación de cualquier presunto responsable. En el desempeño de esta función, la Dirección General podrá: a) citar al firmante de la declaración jurada, al presunto contribuyente o responsable [...] para contestar o informar [...] todas las preguntas o requerimientos que se les hagan [...] sobre las circunstancias y operaciones que a juicio de la Dirección General estén vinculadas al hecho imponible [...] b) exigir de los responsables o terceros la presentación de todos los comprobantes o justificativos que se refieren al hecho precedentemente señalado; c) inspeccionar los libros,

de la SEFYC que poseen carácter estrictamente confidencial (artículo 40 LEF), relacionados fundamentalmente con la creación de la central de riegos, la central de información crediticia y la adopción de normas foráneas de prevención de lavado de dinero provenientes de actividades ilícitas. El inc. d) refiere a supuestos excepcionálísimos que exceden el presente trabajo.

102 Cámara Nacional Contencioso-Administrativo Federal, Sala I, 21/05/1981, “Comisión Nacional de Valores c/Meller, Enrique P.N.”, en ED Tomo 96, 307.-

103 ibídem.

anotaciones, papeles y documentos de responsables o terceros que puedan registrar o comprobar las negociaciones y operaciones”.

En opinión de Labanca “la actividad de intermediación financiera consiste en percibir y dar a crédito recursos financieros. No hay crédito sin plazo y no hay plazo sin confianza. A más del carácter bilateral de las operaciones bancarias [...] lleva no sólo por exigencias reglamentarias del Banco Central sino por necesidades del propio comercio bancario, a la celebración de operaciones *intuitus* y por lo tanto, a una precisa identificación de los que entregan al banco o reciben de él recursos financieros. Posiblemente, más que en ninguna otra actividad económica, las operaciones a través de las cuales se articula la intermediación financiera, o los servicios conexos, se documentan con precisa identificación de las contrapartes de la entidad, de los clientes en el lenguaje del artículo 39 de la ley 21526”¹⁰⁴.

En este contexto y en un escenario de inspección o verificación impositiva de la entidad bancaria, el Fisco podría exigirle al banco que exhiba todo documento que considere idóneo para la verificación, lo que equivale a decir aquella que instrumente la relación con sus clientes circunstancia que implica lisa y llanamente, revelar los contenidos negociales.

Además el artículo 105 de la ley 11683 impone que “los organismos y entes estatales y privados, incluidos bancos, bolsas y mercados, tienen la obligación de suministrar a la Dirección General a pedido de los jueces administrativos [...] todas las informaciones que se les soliciten para facilitar la determinación y percepción de los gravámenes a su cargo. La información solicitada no podrá denegarse invocando lo dispuesto en las leyes, cartas orgánicas o reglamentaciones que hayan determinado la creación o rijan el funcionamiento de los referidos organismos y entes estatales y privados”.

El conflicto se entabla entonces entre el artículo 39 LEF (obligación de no hacer, guardar secreto) *versus* artículo 41 ley 11683 (obligación de hacer, revelar información).

104 LABANCA, Jorge, *El secreto financiero (frente al fisco) según la Corte*, en Colección El Derecho, Buenos Aires, 1980, Tomo 92, 703.

Una primera interpretación admite la contradicción normativa y resuelve el conflicto por vía de la preponderancia de una sobre la otra, e inclina la balanza en favor del artículo 39 LEF en base a los principios clásicos de exclusión de una norma por otra, *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali. Generi per speciem, derogatur*.

Una segunda intenta coordinar ambos deberes legales precisando los alcances de los deberes legales (secreto y fiscal).

La CSJN decidió que “la finalidad perseguida por el legislador mediante la institución del secreto bancario consiste en crear un marco adecuado para el desenvolvimiento de un sistema financiero apto, solvente y competitivo [...] El secreto establecido por el artículo 39 de la ley 21526 no impide que los organismos fiscales practiquen inspecciones para verificar el correcto cumplimiento de las obligaciones tributarias por parte de las entidades responsables del pago de impuesto de sellos, siempre que no se desvirtúen las finalidades de la norma legal [...] Las inspecciones que los organismos fiscales practiquen para verificar el correcto cumplimiento de las obligaciones tributarias por parte de los responsables del pago del impuesto de sellos, no puede incluir la verificación directa de la documentación que refleja las operaciones de los que invierten sus capitales, que el legislador estimó conducente amparar con la reserva, para facilitar la afluencia de aquéllos y lograr la consolidación de dicho mercado [...] El secreto bancario es un privilegio de interés público que tiene como beneficiarios a los clientes del banco y no a éste, no puede extenderse en forma indiscriminada, amparando a la institución bancaria con respecto al control directo de su actuación como sujeto de obligaciones impositivas frente al gravamen de sellos, pues se trata de un área ajena al deber de reserva y que no se traduce en concreta violación del mismo [...] Las normas que crean privilegios deben ser interpretadas restrictivamente para evitar que las situaciones excepcionales se conviertan en regla general, ya que tal calificación debe atribuirse a la establecida por el legislador al excluir ciertas actividades financieras del control directo de los fiscos, a través del sistema de las informaciones”¹⁰⁵.

105 CSJN, “Banco de Londres y América del Sud c/Dirección Provincial de Rentas”, 07/10/1980, en ED, Buenos Aires, Tomo 92, 704.

Por su parte, la ley 25246 legisla sobre encubrimiento y lavado de activos de origen delictivo, y reproduce mayormente las Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera sobre el Lavado de Activos, organismo intergubernamental de lucha contra ese tipo de delitos¹⁰⁶.

Crea la Unidad de Información Financiera, y entre sus objetivos podemos mencionar el análisis, tratamiento y transmisión de la información a los efectos de prevenir e impedir el lavado de activos de origen delictivo.

La UIF posee facultades para procurarse la información mediante requerimientos documentados. Impone a los sujetos obligados a informar el deber de recabar de sus clientes, los datos y documentación necesaria para conocer fehacientemente su identidad y abstenerse de revelar al cliente o a terceros las actuaciones que realicen en cumplimiento de la ley (artículo 21 a) y c).

Conforme lo prescribe el artículo 21.b) "... a los efectos de la presente ley se consideran operaciones sospechosas aquellas transacciones que de acuerdo con los usos y costumbres de la actividad de que se trate, como también así de la experiencia e idoneidad de las personas obligadas a informar, resulten inusuales, sin justificación económica o jurídica o de complejidad inusitada o injustificada, sean analizadas en forma aislada o reiterada".

Finalmente el artículo 14 dispone que "en los casos en que a la UIF le sean opuestas disposiciones que establezcan el secreto de las informaciones solicitadas, podrá requerir en cada caso autorización al juez competente del lugar donde deba ser suministrada la información, o del domicilio de la Unidad de Información Financiera, a opción de la misma"; complementándose con el artículo 20: "No serán aplicables, ni podrán ser invocados por los sujetos obligados a informar por la presente ley las disposiciones legales referentes al secreto bancario, fiscal o profesional, ni los compromisos de confi-

106 Creado en 1989 en la Cumbre de París de los 7 países más industrializados, y cuenta actualmente con más de 33 miembros, entre ellos la República Argentina. Una de sus funciones es definir estándares mínimos para combatir aquella actividad delictiva que los países miembros deben implementar. En 2001 se incorporaron 8 recomendaciones relativas al financiamiento del terrorismo.

dencialidad establecidos por la ley o por contrato, cuando el requerimiento de información sea formulado por el juez competente”.

Aquí el conflicto normativo se plantea es: artículo 39 inc 1) LEF (no incluye a la UIF) *versus* artículos 14 y 20 ley 25246 -t.o. ley 26087- (inoponibilidad del secreto bancario). El resultado, incierto.

Segunda Parte LOS SERVICIOS BANCARIOS

La actividad bancaria consiste en la intermediación profesional entre la oferta y demanda de recursos financieros (operaciones activas y pasivas), y en la prestación de servicios bancarios (contratos accesorios o conexos)¹⁰⁷.

Los servicios bancarios no tienen por objeto inmediato la transferencia de recursos financieros con finalidad crediticia.

Entre los más utilizados podemos mencionar la *home banking* o banca hogareña, transferencia electrónica de fondos, cajeros automáticos y servicio de cajas de seguridad.

CAPÍTULO I Home banking o banca hogareña

La automatización de la información, los recursos telemáticos, la computación y digitalización revolucionan las comunicaciones y transferencia de datos.

Los negocios bancarios no son ajenos a este fenómeno, “la nueva banca se soporta en los importantes desarrollos de la electrónica, incluidos los microcircuitos, con su capacidad lógica de proceso y de almacenamiento de información; pero asimismo, en el desarrollo de las comunicaciones que ha permitido construir distintos grupos de redes, y para ellos diferentes protocolos; y desde luego, el desarrollo de la informática, como tal, pues los programas o aplicativos han obtenido niveles que contribuyen a la transformación global”¹⁰⁸.

Estos avances vienen a romper el paradigma de la prestación personal y directa, símbolo tradicional y distintivo la actividad bancaria.

Cada vez se requieren menos oficinas, puntos fijos de atención,

107 El servicio de cajas de seguridad constituye la excepción, no posee carácter accesorio ni conexo (cfr., en esta segunda parte, Capítulo IV Título II)

108 RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, op. cit., 197.

presencia física de los clientes, no hay días feriados ni distancias geográficas.

En la búsqueda de nuevos negocios y disminución costos operativos, los bancos apuestan a crear y profundizar transacciones u operaciones electrónicas.

Nos enseña Barbier que “el fenómeno identificado como servicio de banca hogareña es aquel por medio del cual los clientes pueden operar con sus bancos desde sus propias computadoras adecuadamente provistas, de modo que puedan vía Internet o mediante una red privada de transmisión de datos, requerir información, ordenar transacciones sobre sus cuentas o tarjetas, o realizar otras operaciones con las entidades proveedoras del servicio”¹⁰⁹.

Es un servicio accesorio o conexo a caja de ahorro y cuenta corriente.

El usuario asume las siguientes obligaciones a) anticipar los fondos necesarios para la realización de las operaciones ordenadas, o contar con crédito abierto; b) resguardar la clave de acceso al sistema y en caso de divulgación asumir la responsabilidad por su utilización; c) satisfacer el pago de las comisiones que fija el banco.

El banco se obliga a mantener correctamente y proteger el sistema incluyendo la seguridad en la transmisión de los datos, y a cumplir con las órdenes del usuario en tiempo y forma.

El contrato se instrumenta por escrito, formalizándose a través de un software de autogestión en ordenadores habilitados en el interior de las entidades. Se genera automáticamente una clave de acceso (alfanumérica) que el usuario debe modificar en su primer ingreso al sistema.

El sistema informático exige periódicamente cambios de la clave de ingreso o *password* con restricciones de seguridad: generalmente es alfanumérica, no repetición de claves ni de números, no correlatividad numérica, etc.

A través del servicio se pueden realizar las siguientes consultas y operaciones: saldos y movimientos detallados de las cuentas a la vista (caja de ahorro o cuenta corriente); pagos de impuestos y

109 BARBIER, Eduardo, op. cit., 318.

servicios e impresión de comprobantes; transferencias entre cuentas propias del cliente o de terceros; inversiones (constitución de plazos fijos y compra de moneda extranjera); trámites con los organismos fiscales; solicitud de créditos personales para clientes precalificados; consultas en general y servicios de atención al cliente.

Es un contrato consensual y de adhesión a cláusulas generales predisuestas, entre las que se destacan: a) que todos los contenidos del sitio son propiedad del banco; b) que la información publicada en el sitio está relacionada con el tipo de actividad, los servicios y los productos que ofrece al público en general, reservándose el derecho de modificar los mismos sin necesidad de comunicación previa; c) es facultativo para el banco el otorgamiento de los servicios o productos que pudieren ofrecerse en la página web, encontrándose sujeta su aprobación al cumplimiento de las condiciones que la entidad establezca al efecto en cada caso. d) los contenidos del sitio revisten efectos informativos. Los datos que se presenten no son y no intentarán ser una oferta de compra o suscripción, ni una invitación a ofrecer en venta o rescate, ni una solicitud de compra de ninguno de los instrumentos financieros que se mencionen, ni la confirmación de ninguna transacción, no pudiendo ser interpretada como tales; e) quien ingrese al sitio se compromete a utilizar el mismo en forma lícita y el banco no se hace responsable de los daños y perjuicios derivados del acceso, uso, o mala utilización de los contenidos de la web y de la página en particular, ni por las interrupciones del servicio, ni por cualquier causa que impida el acceso a la página web, ni por los eventuales virus, fallas del sistema o de la línea. Tampoco se responsabiliza de las posibles discrepancias que pudieren existir entre los documentos impresos y la versión electrónica de los mismos publicados en la página web, como tampoco de la información publicada en los sitios sobre los cuales posee vínculos, o de la imposibilidad de acceder a los mismos. f) el acceso a otras páginas a través de este sitio no importará para el banco obligación alguna respecto de la información que en éstas pudiera describirse resultando esta responsabilidad exclusiva y excluyente de las empresas, instituciones y/u organismos que la provean¹¹⁰.

110 www.bancobsf.com.ar (v. Términos y Condiciones).

CAPÍTULO II

Transferencia electrónica de fondos

La transferencia electrónica de fondos o monética representa “un nuevo desarrollo de los medios de pago escriturales, signada por el reemplazo de las órdenes de pago instrumentadas en soporte papel, por otras que se fundan en la intervención de medios informáticos, y que tienen por tanto soporte prioritario en registros digitales y transferencia normal por vía electrónica”¹¹¹.

Puede realizarse a través de cajeros automáticos, home banking, posnet (pagos por compras con tarjetas de crédito y débito), CBU¹¹², entre otros.

Es un servicio complejo en el cual confluyen una multiplicidad de operaciones con pluralidad de sujetos, a saber: a) El/los titular/es de cuenta/s: admite la intervención plural en cada operación (por ejemplo: transferencias de fondos de la cuenta de un usuario a otro, sea o no en la misma entidad bancaria); pueden operar por medio de más de un titular autorizado respecto de la misma cuenta (tarjetas derivadas), utilizar un único medio de acceso al sistema para operar sobre diferentes cuentas (cuentas asociadas a un mismo usuario); b) El banco o empresa encargado de abrir la/s cuenta/s y emitir la/s tarjeta/s (débito/crédito); c) Los bancos emisores y receptores de las transferencias; d) El banco responsable de la atención del cajero automático (interno o externo) donde se realizan operaciones, sean o no clientes de la propia entidad¹¹³;

111 MILLE, Antonio, *Aspectos legales de la transferencia electrónica de fondos*, en Colección La Ley, Buenos Aires, Tomo 1989-D, 1142

112 La clave bancaria uniforme contiene 22 números o un código alfanumérico similar a la que se utilizan para cuentas de correo o redes sociales. Mediante la Comunicación A 6044 del BCRA los titulares de cuentas corrientes o cajas de ahorro deben asociar un *alias unívoco* de 14 caracteres (letras o números) como forma de identificación rápida, subsistiendo la clave numérica. El alias debe ser único para todo el sistema financiero nacional, admitiendo su vinculación con otro CBU, previa desvinculación del anterior.

113 Las redes interbancarias Link y Banelco permiten la extracción de dinero en efectivo y transferencias desde terminales de cajeros automáticos que pertenezcan a un banco que integre o no la red de otro, con cargo de comisión.

e) La empresa no bancaria que cede sus espacios físicos para la instalación cajeros automáticos cuyo funcionamiento no controla (shoppings, galerías comerciales, estaciones de servicios, hipermercados); f) La/s empresa/s no bancarias proveedoras del software, hardware, insumos, medios físicos de comunicación (transporte telefónico y/o satelital de señales y datos entre terminales); y g) Los comerciantes acreedores de los pagos tarjetas de crédito o débito (por ventas o prestaciones de servicios).

El servicio no es infalible ni inmune a riesgos¹¹⁴, incidentes o disfunciones que afectan la entrada, procesamiento, registro o salida de transacciones electrónicas, entre ellos:

a) Errores provenientes de factores medio-ambientales: calor, humedad, electricidad estática; b) Defectos y/o falencias propias de los equipos: generalmente en elementos mecánicos expuestos, que derivan de la fricción y el desgaste (falta de impresión de la transacción por inexistencia o rotura del papel o tinta); c) Errores humanos: durante la carga, procesamiento y eliminación de datos (voluntaria o involuntariamente).

Según Mille “el principal problema jurídico en esta materia es el constituido por la desigualdad existente entre las partes intervinientes en la relación causada por hallarse una de ellas a cargo del control exclusivo de los medios de registro y almacenamiento lo que imposibilita a la otra parte probar por sus propios medios, debiendo recurrir en caso de conflicto a los del adversario”¹¹⁵.

114 Algunos autores utilizan la locución “riesgo informático”. Los aspectos legales más críticos en esta materia son los que se refieren a la identificación de la parte que cursa la orden electrónica, y el valor de los registros de las memorias como medio de prueba legal. Para identificar al usuario, el sistema informático puede exigir una validación mediante el ingreso de una clave numérica de cuatro dígitos (PIN) que el propio usuario debe generar. Por razones de seguridad los bancos exigen al cliente que generen un PIN para uso exclusivo en cajeros automáticos y otro para efectuar compras. Por su parte, las transacciones efectuadas por el servicio de banca hogareña, recurren a una clave que consta generalmente de ocho dígitos (admite la modalidad alfanumérica), y puede utilizar aparatos telefónicos, terminales tipo minitel o computadoras. Por la actuación de piratas informáticos o *hackers*, la clave o *password* debe cambiarse generalmente cada noventa días y con determinadas condiciones (no repetición de caracteres, prohibición de numeración correlativa o que contenga sólo números o letras, etc.)

115 MILLE, Antonio, op. cit., 1146. Distingue el autor una serie de riesgos a los

CAPÍTULO III: Cajeros automáticos

Los primeros prototipos de cajeros automáticos fueron probados a principios de la década de 1960 y únicamente recibían depósitos.

El primero de ellos es una evolución de un diseño patentado por el norteamericano Luther George Simjian llamado *bankograph*, utilizado en el City Bank de la ciudad de Nueva York en 1961, funcionó por el lapso de seis meses como consecuencia de la escasa aceptación que recibió de parte de sus clientes.

Sin embargo, varias empresas comenzaron a desarrollar modelos complejos, y así en junio de 1967 la sucursal de Einfeld Town del Barclays Bank instaló la primera máquina que sería aceptada por el público en general que recibió el nombre de *Barclays-De la Rue* en honor a la compañía donde trabajó su creador, Jonh Shepherd Barron.

En los Estados Unidos en 1968, luego de haber resuelto el problema de la identificación del usuario mediante un código de seguridad y la utilización de una tarjeta con banda magnética, entraron en funcionamiento las primeras máquinas -modelo *Docutel*- en el Chemical Bank de Nueva York.

Hacia 1972 las máquinas operaban en tiempo real descontando en los sistemas bancarios la cantidad de dinero sustraída por el cliente desde el aparato¹¹⁶.

que se encuentra expuesto el sistema: a) relacionados con los medios de accesos al sistema (vinculados con la creación del medio, en particular la fabricación de los soportes físicos –tarjetas- y la asignación de los soportes lógicos –claves- Fuentes usuales de riesgo están constituidas por actos de negligencia o fraude del propio personal, que dan lugar a la violación de la confidencialidad de los códigos o la apropiación de medios físicos por terceros; b) Derivados de la emisión de medios físicos de acceso: distribución de tarjetas a personas que no solicitaron su provisión y con la utilización del correo común para hacer llegar las tarjetas a quienes la solicitaron.; c) Relacionados con la guarda del medio de acceso: se trata de un riesgo que corre el usuario del sistema, que es quien debe mantener los medios físicos bajo segura custodia y guardar tal confidencialidad acerca de los medios lógicos como para que no puedan ser conocidos por ninguna otra persona. La experiencia demuestra que elevada cantidad de usuarios fallan en el cumplimiento de sus obligaciones y que un porcentaje de ellos, increíblemente alto, escribe la clave de acceso sobre la propia tarjeta o sobre otro papel que lleva juntamente con ella.

El contrato por el servicio de cajeros automáticos o ATM¹¹⁷ es accesorio a los de caja de ahorro y cuenta corriente. Permite efectuar depósitos, extracciones, transferencias, pago de servicios, consulta de saldos, mensajes al banco, operar sobre cuentas a la vista sin limitaciones de horarios de atención al público; todo ello por medio de un instrumento magnético proveído por la entidad (tarjeta o plástico).

En la Comunicación A 3042¹¹⁸ el Banco Central de la República Argentina establece una serie de recomendaciones¹¹⁹ que las entidades deben comunicar a sus clientes: “Recomendaciones para el uso de cajeros automáticos. Las entidades financieras que proporcionen tarjetas magnéticas para ser utilizadas en la realización de operaciones con cajeros automáticos deberán alertar y recomendar a los usuarios acerca de las precauciones que deben tomar para asegurar su correcto empleo. La notificación de esas recomendaciones deberá efectuarse al momento de la apertura de la cuenta que implique la entrega de una tarjeta para ser utilizada en los cajeros automáticos, sin perjuicio de la conveniencia de efectuar periódicamente posteriores recordatorios. Asimismo, corresponderá colocar -en forma visible en los lugares donde se encuentren los cajeros automáticos- carteles con las precauciones que deben adoptar los usuarios del sistema.

Recomendaciones y recaudos deberán comunicarse a los usuarios: “Solicitar al personal del banco toda la información que estimen necesaria acerca del uso de los cajeros automáticos al momento de acceder por primera vez al servicio o ante cualquier duda que se les presente posteriormente; cambiar el código de identificación o de acceso o clave o contraseña personal (*password* o PIN) asignada por la entidad, por uno que el usuario seleccione, el que no deberá ser su dirección personal ni su fecha de nacimiento u otro número que pueda obtenerse fácilmente de documentos que se guarden en el mismo lugar que su tarjeta; no divulgar el núme-

117 Siglas en inglés de Automatic Teller Machine.

118 Dado el carácter técnico de estas normativas, nos limitaremos a las recomendaciones en materia de seguridad para el uso del servicio. Los textos íntegros y sus modificatorias pueden obtenerse en www.bcra.gov.ar

119 www.clientebancario.gov.ar

ro de clave personal ni escribirlo en la tarjeta magnética provista o en un papel que se guarde con ella, ya que dicho código es la llave de ingreso al sistema y por ende a sus cuentas¹²⁰; no digitar la clave personal en presencia de personas ajenas, aun cuando pretendan ayudarlo, ni facilitar la tarjeta magnética a terceros, ya que ella es de uso personal, guardar la tarjeta magnética en un lugar seguro y verificar periódicamente su existencia; no utilizar los cajeros automáticos cuando se encuentren mensajes o situaciones de operación anormales, al realizar una operación de depósito, asegurarse de introducir el sobre que contenga el efectivo o cheques conjuntamente con el primer comprobante emitido por el cajero durante el proceso de esa transacción, en la ranura específica para esa función, y retirar el comprobante que la máquina entregue al finalizar la operación, el que le servirá para un eventual reclamo posterior; no olvidar retirar la tarjeta magnética al finalizar las operaciones; si el cajero le retiene la tarjeta o no emite el comprobante correspondiente, comunicar de inmediato esa situación al banco con el que se opera y al banco administrador del cajero automático; en caso de pérdida o robo de su tarjeta, denunciar de inmediato esta situación al banco que la otorgó; en caso de extracciones cuando existieren diferencias entre el comprobante emitido por el cajero y el importe efectivamente retirado, comunicar esa circunstancia al banco en el que se efectuó la operación y al administrador del sistema, a efectos de solucionar el problema”.

120 La Cámara Nacional Comercial Sala D, en autos “Bieniauskas, Carlos c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires, publicado en Colección La Ley el 21/07/2008, consideró como firma electrónica la contraseña utilizada en un cajero automático, en los siguientes términos: “No está de más recordar que tal clave –numérica en el caso– ostenta la calidad de firma electrónica a la luz de lo dispuesto por la ley 25506 en su artículo 5º, y si bien no tiene los mismos efectos que la firma digital –artículo 3º ley citada– no puede ignorarse que tal clave tiene amplio uso en nuestra vida diaria amén de tener por finalidad, bien que no única, la identificación del cliente, como ocurre con la firma ológrafa. De hecho, esta clave personal o firma electrónica, es constantemente utilizada para múltiples actividades, muchas de ellas de claro contenido económico. Uso que se ha generalizado a partir de la llamada “bancarización”. No sólo permite realizar múltiples transacciones a través del cajero automático, sino compras o pagos de servicios mediante su combinación con la tarjeta de débito o de crédito, la conexión “on line” con el Banco para realizar transacciones remotas, acceso a bases de datos por vía de Internet, etc.”

La Comunicación "A" 3336, vigente desde el 27/09/2001, agrega: "colocar -en forma visible en los lugares donde se encuentren los cajeros automáticos- carteles con las precauciones que deben adoptar los usuarios del sistema [...] Solicitar al personal del banco toda la información que estimen necesaria acerca del uso de los cajeros automáticos al momento de acceder por primera vez al servicio o ante cualquier duda que se les presente posteriormente".

La Comunicación A 5079 del 27/3/2010 ordena a los bancos: "Incorporar en las normas sobre "Medidas mínimas de seguridad en entidades financieras" la siguiente sección: "Sección 7. dispositivos mínimos de seguridad para las dependencias especiales de atención -agencias-. 7.1. El local debe ser un recinto cerrado con una sola boca de acceso directo al lugar donde se efectúan las operaciones; de disponer de otros accesos, deberán mantenerse clausurados para el ingreso mientras dure la actividad y mientras se realice la operatoria para la cual se instalará esta agencia; no podrá desarrollarse ninguna otra actividad ajena a ella, en forma simultánea. Si el local posee superficies vidriadas que limiten con el exterior, deberá contar con una adecuada instalación de sensores electrónicos [...] Deberá contar con un efectivo de policía adicional con pulsador portátil de alarma enlazado con el organismo de seguridad [...] Las líneas de cajas de atención al público deberán contar con las medidas de seguridad que se detallan [...] contar con cámaras de un circuito cerrado de televisión y equipo de grabación [...] El control de imágenes y la grabación podrán ser en forma local y/o remota (acceso al local, cajas de atención al público y cajeros automáticos, si hubieran sido instalados)".

Entre las obligaciones que asume el banco se destacan: a) mantener disponible el servicio en forma ininterrumpida, sin limitación de días -sean laborables o inhábiles- y horarios -durante las 24 hs-; b) procesar en forma inmediata las transacciones; c) emitir periódicamente un resumen del estado de la cuenta sobre la cual opera el cajero¹²¹; d) colocar en forma visible en los lugares donde se en-

121 Usualmente se remite al domicilio del cliente un resumen de movimientos de la cuenta (caja de ahorro o cuenta corriente), donde se detallan también las operaciones realizadas por el servicio en análisis.

cuentren los cajeros –ya sea en el banco u otro– carteles con las precauciones sugeridas a los usuarios del sistema¹²².

Por otra parte, las obligaciones del usuario son: a) dar aviso urgente al banco en caso de robo o hurto de la tarjeta magnética; b) pagar periódicamente la comisión o el precio que se hubiere estipulado, autorizando al banco a debitarlo en cuenta; c) utilizar datos verdaderos y precisos al acceder al cajero; d) respetar las indicaciones del banco y actualizar la información que haya perdido vigencia cuando le sea requerida.

Respecto de la responsabilidad del banco por la prestación del servicio de cajeros automáticos, pesa sobre la entidad bancaria un deber de seguridad¹²³ y una obligación de resultado que consiste “en el correcto funcionamiento del sistema de cajero automático, evitando operaciones fallidas y permitiendo la permanente extracción de fondos o depósitos, la acreditación de pagos y transferencias sin error, la correcta consulta de saldos y también de seguridad, en cuanto debe brindarse al cliente una prestación funcional preparada para brindar el servicio de cajeros de la manera más confiable posible frente a maniobras fraudulentas de terceros”¹²⁴.

El deber seguridad no se agota en el correcto funcionamiento mecánico del cajero, sino que se extiende a evitar también que el usuario sufra posibles ilícitos; “los bancos no pueden intentar desligarse de responsabilidad alegando fuerza mayor cuando se pro-

122 Las normas emitidas por el Banco Central de la República Argentina deben ser tomadas como parámetros mínimos de cumplimiento obligatorio.

123 CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, *El deber de seguridad de los bancos y los daños derivados de la utilización de cajeros automáticos*, en Responsabilidad Civil y Seguros, Editorial La Ley, Buenos Aires, Tomo 2010-IX, 95, señala que “no resulta en vano recordar que quienes han decidido la introducción de estas máquinas en el sistema bancario y es más, quienes han promocionado intensamente su uso, son los mismos bancos. Por supuesto que las ventajas que de ello se derivan no son exclusivas de estos proveedores sino que también benefician a los usuarios. Así, a los primeros les permite fundamentalmente obtener un ahorro de dinero, ya que no necesitan disponer de tantos cajeros de “carne y hueso” como antes de la invención, mientras que para los segundos se trata, básicamente de confort, mayor comodidad y rapidez para operar, sin tener que soportar tediosas “colas” ni ajustarse a los horarios preestablecidos de atención al público en estas entidades”

124 CNCom Sala D., Nac. Com., Sala D, autos “Zappettini Raúl Martin c. Banelco SA s/ Ordinario”, 11/08/2009

ducen estos hechos, puesto que el actual contexto de inseguridad social reinante transforma directamente a los cajeros en lugares inseguros que propician la comisión de delitos”¹²⁵.

CAPÍTULO IV Cajas de seguridad

TÍTULO I Antecedentes históricos y significación actual

Para comprender este servicio, debemos partir de la premisa que desde tiempos inmemoriales el hombre experimenta la necesidad de poner a resguardo sus bienes materiales más preciados, es decir, “existe como un sentimiento innato de protección de aquellos objetos que él considera importantes para su vida, especialmente para su futuro. Lo poco o mucho que comienza a ahorrar como fruto de su trabajo y de sus restricciones al consumo, quiere ponerlos a buen resguardo”¹²⁶.

En la búsqueda de esa seguridad, en los primeros tiempos echó manos a la figura del depósito, vinculado estrechamente a la custodia de bienes religiosos; y por esa razón algunos consideran los *aedes sacrae* (depósitos en los templos consagrados a divinidades griegas y romanas) como precedente de las cajas de seguridad.

Investigaciones históricas indican que “en los templos caldeos, que albergaban importantes fortunas propias, aunaban a la solidez material su natural inviolabilidad, lo que los hacía lugares especialmente seguros. En el antiguo Egipto, los templos también servían de refugio para los objetos preciosos, como prueba el hecho de que en abundantes templos se hallan encontrado cámaras de tesoros, ubicadas en los más recónditos lugares de la edificación, en habitaciones sin puertas ni ventanas, y en ocasiones, situadas por debajo del nivel del suelo, en una búsqueda permanente de la seguridad más absoluta para lo en ellas cobijado [...] En la antigua Grecia resultaban

125 CNCom Sala C, en autos “Serra, Marcelo Daniel c. Banco Río de la Plata S.A. s/ ordinario”, 21/08/2009

126 VILLEGAS, Carlos Gilberto, *Contratos Mercantiles y Bancarios*, 403.

también frecuentes los depósitos realizados en los templos, a los que accedían no sólo las clases privilegiadas sino también simples ciudadanos [...] En la Roma clásica también se popularizaron los depósitos en los templos que recogían además de metales preciosos relevantes tratados, testamentos o convenciones entre particulares¹²⁷.

Algunos historiadores consideran que los antecedentes del contrato podemos encontrarlos en los *horrea* (*horreum*, depósitos de productos alimenticios) instalados de la antigua Roma. El primero del que se tenga registro se erigió en el siglo II a.C., con una construcción de forma rectangular de más de 26000 m², dividida en siete naves o *porticus aemilia*.

Los Graco¹²⁸ edificaron los *horrea publica populi Romanicon*, destinados al abastecimiento y reparto gratuitos de trigo para la plebe.

En el puerto de Ostia¹²⁹ -durante el gobierno de los emperadores Adriano, Antonino Pío y Cómodo- surgieron en el área septentrional de la ciudad gigantescos depósitos llamados *horreas*.

En general estas edificaciones solían ser de planta rectangular o cuadrangular, dispuestos en torno a un patio porticado, con robustas paredes de piedra reforzadas con contrafuertes, y con sue-

127 ALVAREZ RUBIO, Julio, *El contrato bancario de cajas de seguridad*, Editorial Anzardi S.A., Pamplona, 2007, 61/62

128 Los Graco fueron una destacada familia de Antigua Roma, particularmente desde finales del siglo III a.C. y sobre todo a mediados del siglo II a.C., cuando desde el cargo de tribunos de la plebe intentaron implantar ambiciosas reformas sociales.

129 En la época de los emperadores Julio-Claudios Roma era una inmensa ciudad con más de un millón de habitantes, que absorbía la producción de todas las regiones del Imperio. Cada año llegaban a la Urbe miles de toneladas de trigo, aceite y vino para el consumo diario de los romanos; tejidos y metales para las manufacturas, animales salvajes para los espectáculos de circo. Todo ello representaba un trabajo de abastecimiento colosal, que se hacía por tierra y sobre todo, por mar. Tarea tanto más ardua cuanto que, para absorber este comercio, la ciudad poseía únicamente un puerto fluvial en la desembocadura del Tíber, junto a la antigua colonia de Ostia, un puerto de pequeñas dimensiones que a causa de la estrechez y de la poca profundidad del río, no podía acoger a los barcos de gran calado. La situación cambió en el año 42 d.C., cuando el emperador Claudio hizo construir a casi cuatro kilómetros al norte de la colonia dos muelles semicirculares en los que pudieron fondear los grandes navíos mercantes. Para mayor información, puede consultarse en www.nationalgeographic.com.es

los levantados sobre pilares de ladrillo que garantizaban la conservación y custodia de los productos almacenados.

Había tres clases: *horrea fiscalia* (de titularidad y uso público), *horrea privata* (de titularidad y uso privado del dueño, para almacenar y guardar mercaderías y efectos particulares), y las *horrea publica* (de titularidad privada, donde los espacios eran cedidos o arrendados a cambio de un precio). Esta última es la que más se asemeja al actual servicio de cajas de seguridad, ya que sólo en ellas se produce la cesión de un espacio siempre a cambio de un precio, y el *horrearius* aseguraba el manejo en secreto. En las *horrea fiscalia*, en cambio, se cobraba un precio módico, casi simbólico por la utilización, en razón de su carácter público.

El sistema admitía variantes en función del espacio contratado, recibiendo distintas denominaciones: *cella* (espacio completo); *arca*, *arcula*, *locus*, *loculus* (pequeños compartimentos) y *armarium* (partes específicas del habitáculo). Todas ellas presentaban para la época las máximas medidas de seguridad en cuanto a la prevención de posibles ataques o robos, así como en preservar con éxito la integridad de las mercancías frente al acaecimiento de fenómenos naturales especialmente dañinos, como terremotos e incendios.

Eran contratos *intuitus personae*, prohibían el subarriendo, y el incumplimiento era penalizado con la exoneración de responsabilidad del *locutor horrei*, en los supuestos de pérdida o deterioro de los bienes.

Adquirieron su mayor prestigio con la expansión del comercio y la aparición de la moneda como instrumento de cambio y pago universal, aceptable y de contenido patrimonial.

En este contexto, frente a los peligros y dificultades que acarrearba el transporte de monedas, surge en 1156 el Banco de Venecia¹³⁰ como primer banco de depósitos utilizando *cofres* y *cajas* especialmente destinados a la custodia.

Los primeros banqueros privados ofrecieron a sus clientes el *servicio de depósito de bienes no monetarios*, entre ellos los Medi-

130 Cfr. Primera Parte Capítulo I.

ci¹³¹, los Rotschild¹³² y el Banco de Londres¹³³, y recién promediando el siglo XIX se forja un marco normativo convencional.

La primer referencia concreta es la *Safe Deposit Company of New York (1861)*, cuya actividad exclusiva es poner a disposición de sus clientes cajas de seguridad¹³⁴; en 1875 la *Safe Deposit Company Limited* en Inglaterra y “en 1885 la *Chancery Lane Safe Deposit and Offices Co. Ltd.*, abrió un establecimiento entre la *City* y los *Inns of Court*, que tan sólo ofrecía al público *safes* (cajas fuertes) y *strong-bolds* (cámaras acorazadas)”¹³⁵, todas entidades no bancarias.

En Francia el servicio fue iniciado por el *Crédit Lyonnais* en 1883, en Alemania en 1891, en Hamburgo en 1886 por el *Vereinsbank* y en 1888 por el *Deutsche Bank*.

En Italia, la *Banca Popolare di Vicenza* aprobó su primer reglamento en 1891 para prestar el servicio, y luego la *Banca Popolare di Pavia* en 1891, la *Banca Popolare di Milano* en 1898, y el *Banco di Palermo* en 1900.

131 Los Medici era una familia italiana de banqueros y políticos que gobernó Florencia durante cuatro siglos, también conocida por su denominación en español, los Médicis. Alcanzaron notoriedad a principios del siglo XIII como comerciantes y prestamistas, y en 1260 formaron parte de la vida pública florentina. Numerosos negocios y operaciones comerciales en Europa, convirtieron a los Medici en una de las familias más ricas de la Italia del siglo XV.

132 Los Rothschild fueron una dinastía de banqueros europeos de origen judío-alemán, con gran influencia económica y política desde finales del siglo XVIII. Su nombre proviene del escudo rojo (Rot Schild) que adornaba la casa en la que vivían sus ancestros en el *ghetto* de Frankfurt. Mayer Amschel (1743-1812) creó una casa de banca en Frankfurt, especializada en el tipo de negocio que haría rica y poderosa a la familia: el bancario. Asistían crediticiamente a las casas reales, aunque también hicieron fortuna con otros negocios como el comercio a gran escala (bienes de lujo, suministros militares, contrabando, especulación monetaria, giro internacional y descuento de letras). Al iniciarse la industrialización europea, los Rothschild financiaron exitosamente al ferrocarril, la minería y la metalurgia.

133 Creado en 1834, como sociedad privada sometida a control público.

134 El prestigio de estas instalaciones se vio realzado luego de que sufriera un pavoroso incendio en Chicago en 1871 (considerado después del de Roma del año 64 d.C. el segundo más grande de la historia). El sector donde se encontraban 878 cajas fue el único que lo resistió.

135 GALVEZ DOMINGUEZ, Eduardo, *Régimen jurídico del servicio bancario de cajas de seguridad*, Editorial Comares, Granada, 1997, 9.

TÍTULO II

Panorama nacional

En Argentina el servicio es ofrecido por bancos comerciales¹³⁶ y en menor medida por empresas privadas no bancarias¹³⁷.

La modalidad operativa en general es la siguiente: el banco pone a disposición del cliente –previa entrega de un juego de llaves especiales- el uso de un caja fuerte o cofre integrados a un recinto dotado de especiales medidas de seguridad a prueba de robos, incendios e inundaciones, para que guarde valores u objetos, en horarios previstos por la entidad, mediante el pago de un precio o canon¹³⁸.

El acceso no es directo, el cliente debe previamente individualizarse y registrarse¹³⁹.

136 Recordemos que la ley 21526 de Entidades Financieras, en su artículo 2º las clasifica en: a) bancos comerciales; b) bancos de inversión; c) bancos hipotecarios; d) compañías financieras; e) sociedades de ahorro y préstamo para la vivienda u otros inmuebles; f) cajas de crédito; y su artículo 21 por el cual “los bancos comerciales podrán realizar todas las operaciones activas, pasivas y de *servicios* que no les sean prohibidas ...”

137 En principio no se aplican las disposiciones del CCivCom que refieren al servicio como bancario, ni las normas mínimas de seguridad establecidas por la ley 26637 y las circulares A5120 y A5132 BCRA. Si bien el CCivCom en su artículo 1378 ordena que: “Las disposiciones relativas a los contratos bancarios previstas en este Capítulo se aplican a los celebrados con las entidades comprendidas en la normativa sobre entidades financieras, y con las personas y entidades públicas y privadas no comprendidas expresamente en esa legislación cuando el Banco Central de la República Argentina disponga que dicha normativa les es aplicable”; el artículo 3º LEF se dispone que: “Las disposiciones de la presente ley podrán aplicarse a personas y entidades públicas y privadas no comprendidas expresamente en ella, cuando a juicio del Banco Central de la República Argentina lo aconsejen el volumen de sus operaciones y razones de política monetaria y crediticia”. Aclaramos que refiere el artículo a operaciones activas y pasivas sujetas a políticas monetarias y crediticias, caracteres extraños al servicio de cajas de seguridad. *In extenso* Parte I, Capítulo III Título II.

138 *In extenso*, Capítulo V, Título IV de esta Segunda Parte.

139 Similar protocolo se aplica en España donde el cliente además debe exhibir la llave. En Alemania, el banco entrega una palabra de contraseña (*pass, schlusssort* o *losungort*) cuyo conocimiento es indispensable para el acceso a la cámara. En Italia la práctica bancaria expide de parte del banco al usuario una tarjeta, carnet o ficha (*lasserino*).

El recinto o cámara acorazada suele ubicarse bajo nivel, en sótanos o subsuelos del edificio donde el banco despliega el resto de sus actividades, sometido a complejas medidas de seguridad¹⁴⁰.

El elemento tipificante del contrato es la reserva absoluta del contenido o “la posibilidad de operar con absoluta discreción respecto del Estado, de terceras personas, e incluso respecto del personal del propio banco, que se limitará a facilitar el acceso al interior de la caja sin inmiscuirse en la naturaleza de las operaciones del cliente, es lo que hace al servicio único y exitoso”¹⁴¹.

Es un producto limitado por razones de espacio y económicamente deficitario, obteniendo el prestador un beneficio indirecto u oblicuo¹⁴².

TÍTULO III

Conceptos y caracteres esenciales

El CCivCom no define el contrato sino que establece las obligaciones de las partes (artículo 1413); las consecuencias de las cláusulas limitativas de responsabilidad (artículo 1414); el principio general probatorio (artículo 1415); la posibilidad de cotitularidad del servicio (artículo 1416) y los supuestos de apertura forzada (artículo 1417).

En doctrina, y con variados matices, se ensayaron las siguientes conceptualizaciones:

“Es aquel en virtud del cual una de las partes (institución financiera) se obliga por un tiempo determinado (normalmente un año,

140 En modo enunciativo: dispositivos mecánicos o electrónicos que permiten el bloqueo de su puerta desde la hora del cierre del establecimiento hasta la primera hora del día siguiente hábil; sistema de apertura automática retardada; detectores sísmicos, micrófonos u otros dispositivos que permitan detectar cualquier ataque a través de los techos, paredes o suelo de las cámaras o de las cajas; detectores volumétricos; circuito cerrado de televisión; blindaje de pisos, paredes y techos.

141 ALVAREZ RUBIO, Julio, op. cit., 83.

142 En particular por los costos de instalación de las cámaras acorazadas y el mantenimiento de las medidas de seguridad frente a la contraprestación pecuniaria que no guarda relación con los objetos custodiados. La ventaja radica en fidelizar el cliente (que obtiene un producto exclusivo y selectivo), para luego concertar otras operaciones (preferentemente crediticias).

renovable) a conceder el uso de una caja de seguridad (normalmente próximo al tesoro) bajo ciertas condiciones, y a custodiar y proteger la misma e indirectamente su contenido; y la otra parte (cliente) a pagar por uso y el servicio de custodia y protección, un precio en dinero en forma periódica”¹⁴³.

“El contrato de cajas de seguridad es aquel en que una entidad bancaria, a cambio del pago de una retribución, pone a disposición del cliente, durante un determinado período de tiempo, una caja de seguridad ubicada dentro de sus instalaciones, normalmente empotrada en una cámara acorazada, a la que sólo tiene acceso el cliente titular de la misma, y en la que puede introducir los objetos (muebles) que desee”¹⁴⁴.

“Aquel contrato por el cual el banco, a cambio de un remuneración, concede al cliente la utilización de una caja o cofre, ubicado en un lugar especialmente destinado para ello, dentro del establecimiento bancario, obligándose a la debida custodia de los locales, y a mantener la integridad de la caja y su contenido”¹⁴⁵.

Deducimos los siguientes caracteres:

- a) consensual: se perfecciona con el acuerdo de voluntades, las obligaciones son exigibles para ambas partes una vez que coincidan oferta y aceptación de las condiciones generales de contratación, sin necesidad de otro requisito. Otros consideraban que la entrega de las llaves al usuario la que constituye el momento de perfeccionamiento del negocio¹⁴⁶. Vale aclarar que el CCivCom eliminó la distinción entre contratos consensuales y reales que contenía el CC velezano.
- b) oneroso: el cliente abona como contraprestación un canon o precio, que guarda relación sólo con el tamaño de la caja y no con el valor de los bienes custodiados.

143 MOEREMANS, Daniel E., *Contrato de caja de seguridad*, en Colección La Ley Noroeste, Buenos Aires, 1999.

144 QUICIOS MOLINA, María Susana, *El contrato bancario de cajas de seguridad*, Editorial Anzardi, Pamplona, 1999, 20.

145 ALTERINI, Jorge H., *Código Civil y Comercial concordado*, T. VII, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2015, 196.

146 GIANFELICI, Enrico, *I contratti di deposito e di custodia. I titoli atipici. Le accettazioni bancarie*, Editorial Il Sole 24 Ore, Milan, 1990, 67.

- c) conmutativo: los derechos y obligaciones de las partes se encuentran expresamente establecidas desde su inicio.
- d) de ejecución continuada o tracto sucesivo: las prestaciones son periódicas, se extienden en el tiempo y no cesan, independientemente de que la caja esté o no ocupada.
- e) de adhesión: a cláusulas preestablecidas o predispuestas por la entidad financiera.
- f) de custodia: finalidad o intención principal del cliente.
- g) bilateral: el banco se obliga a prestar el servicio de custodia y el usuario a abonar el canon.
- h) formal: debe celebrarse por escrito (artículo 1380 CCivCom).
- i) principal: no es accesorio o secundario¹⁴⁷.
- j) personalísimos o intuitus personae: el banco selecciona rigurosamente al cliente a quien le prestará el servicio.
- k) típico: cuenta con regulación legal específica.

TÍTULO IV

Cuestiones relativas a la naturaleza jurídica

Tradicionalmente se lo encasilla entre el depósito y la locación, variando los criterios según se le asigne mayor valor a la custodia de la caja o a la cesión del uso.

Según Garrigues “no se trata de una cuestión bizantina o baladí, pues de la calificación jurídica dependerá su régimen jurídico, es decir, cuáles sean las normas aplicables a la prueba del contrato, la naturaleza de la acción de restitución a favor del cliente, la índole y la extensión de las obligaciones y la responsabilidad de los contratantes, y los derechos de los terceros acreedores del banco o del cliente”¹⁴⁸.

La tipificación como contrato bancario en el Código Civil y Comercial no despeja las dudas del debate¹⁴⁹, por cuanto: a) no lo

147 En la práctica el banco otorga el servicio cuando el cliente cuenta, al menos, con una cuenta corriente o una caja de ahorros al sólo efecto de debitar su costo, canon o precio.

148 GARRIGUES, Joaquín, op. cit., 448.

149 La doctrina nacional citada en este Título se gestó con anterioridad a la entra-

define, se limita a establecer la responsabilidad del prestador y sus exigentes (artículo 1413); b) dispone la inoponibilidad de la inserción de una cláusula de eximición de responsabilidad, pero la validez de una que la limite (artículo 1414); c) incorpora una norma procedimental autorizando la amplitud probatoria acerca del contenido (artículo 1415); d) trata sobre la pluralidad de usuarios y la apertura forzada (artículos 1416 y 1417 respectivamente) ; e) no precisa los derechos y obligaciones de las partes, ni el funcionamiento operativo del sistema, ni sobre medidas de seguridad¹⁵⁰.

SECCIÓN I

Tesis del depósito

Sostiene que, si la finalidad económica del contrato es conservar y resguardar bienes, es asimilable al contrato de depósito.

Esta directriz tiene su génesis en la sentencia del Tribunal Supremo de España del 21/4/1933 que interpretó “cuando un cliente solicita del Banco el servicio de una caja tiene como fin principal y decisivo la custodia [...] prevalece siempre la intención principal que imprime carácter a las distintas modalidades de depósito”¹⁵¹.

Según Bolaffio es un depósito cerrado efectuado de un modo especial, determinado por el progreso técnico para satisfacer las mayores exigencias de los contratantes; y la custodia no es directa sobre los objetos depositados sino indirecta, sobre la caja. A ella adhieren Scialoia, Bonelli y Miccio.

Para Zavala Rodríguez¹⁵² “se trata de un contrato de depósito,

da en vigencia del Código Civil y Comercial, esto es, como un contrato atípico.

150 Tampoco prevé si el servicio es prestado por particulares no comprendidos en la Ley de Entidades Financiera a quienes resultan inaplicables las normas sobre contratos bancarios, problemática que excede nuestro marco de estudio y amerita un tratamiento diferencial.

151 VILLEGAS, Carlos Gilberto, *Contratos Mercantiles y Bancarios*, T.II, op. cit., 413.

152 El Código Civil y el de Comercio regulaban el depósito civil y el comercial –por separado– en los siguientes artículos: Artículo 2182 CC: “El contrato de depósito se verifica, cuando una de las partes se obliga a guardar gratuitamente una cosa mue-

cuyo objeto principal es la guarda de la cosa. El banco comienza por ofrecer al cliente la seguridad de un edificio y de su organización [...] existe tradición del depositante (cliente) al depositario (banco), si bien la caja es dejada cerrada por el cliente como si fuere entregada en cajas o cofres sin que el depositario sepa lo que hay en ellas. No por ello deja de haber tradición, y con la entrega de la caja cerrada se constituye el contrato de depósito, y existe la responsabilidad del depositario de guardar, cuidar y devolver las cosas en depósito”¹⁵³.

Militello lo consideraba un depósito comercial, ya que “la circunstancia de que el contrato de depósito de caja cerrada no esté incluido entre las normas del Código de Comercio que regulan el depósito implica que tal especie sólo es posible en el derecho civil [...] la ley mercantil no trae una definición autónoma del contrato de depósito, sino que se limita a señalar sus requisitos específicos (artículo 572 CCom) más su carácter oneroso como rasgo esencial”¹⁵⁴.

Finalmente Saleme Murad proponía “una especie del contrato de depósito regular con la característica de que el depositario es un profesional –banco- que debe brindar al depositante la misma seguridad con que custodia sus propios bienes y que además desconoce el contenido del cofre o caja en cuestión [...] no es un contrato *sui generis* ni puede ser un contrato de custodia [...] pues la custodia no es sino un elemento propio del depósito tal como lo

ble o inmueble que la otra le confía, y a restituir la misma e idéntica cosa”. Artículo 2185 CC: “Las disposiciones de este título se refieren sólo al depósito convencional, y no a los depósitos derivados de otra causa que no sea un contrato. En todo lo que respecta a los efectos del depósito, las disposiciones de este título rigen subsidiariamente en lo que fueren aplicables: [...] 4º A los depósitos en cajas o bancos públicos, a los cuales se deben aplicar con preferencia las leyes que les sean especiales.” Artículo 572 CCom: “Sólo se considera comercial el depósito que se hace con un comerciante, o por cuenta de un comerciante, y que tiene por objeto o que nace de un acto de comercio.” Artículo 579 CCom: “Los depósitos hechos en bancos públicos, quedan sujetos a las disposiciones de las leyes, estatutos o reglamentos de su institución; y en cuanto en ellos no se halle especialmente determinado, serán aplicables las disposiciones de este título.”

153 ZAVALA RODRIGUEZ, Carlos Juan, *Código de Comercio Comentado*, TIII, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1964, 113.

154 MILITELLO, Sergio A., *El contrato de caja de seguridad*, en Colección Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, Tomo 1993-IV, 781.

consagra nuestro Código Civil¹⁵⁵. En resumidas cuentas, un contrato tipificado en el artículo 2188 inciso 2 CC¹⁵⁶.

El Código Civil y Comercial define como contrato de depósito “cuando una parte se obliga a recibir de otra una cosa con la obligación de custodiarla y restituirla con sus frutos” (Artículo 1356), presume su onerosidad *iusuris tantum*¹⁵⁷, y distingue entre depósito voluntario (regular e irregular¹⁵⁸) y necesario¹⁵⁹, con lo cual se avienta toda posibilidad –en la actualidad- de asimilación al depósito.

SECCIÓN II

Tesis del concurso de negocios

Un sector de la doctrina italiana sostiene que existe un concurso de negocios, donde uno es preparatorio, accesorio y secundario (arrendamiento de cosas) y otro principal y sucesivo cuyo fin es la custodia o función económica de guarda (depósito).

El primer contrato, formalmente autónomo, existe en tanto y en cuanto sirve de base estructural al segundo.

155 SALEME MURAD, Marcelo A., *El contrato de caja de seguridad bancaria*, en Colección La Ley, Buenos Aires, Sección Doctrina Judicial, Volumen 2006-1

156 Tal como es regulado en el Código Civil de Paraguay en su artículo 1409 *servicio de custodia de cajas fuertes*, como especie de depósito bancario.

157 Artículo 1357 CCivCom.: “Presunción de onerosidad. El depósito se presume oneroso. Si se pacta la gratuidad, no se debe remuneración, pero el depositante debe reembolsar al depositario los gastos razonables en que incurra para la custodia y restitución”.

158 Artículo 1367 CCivCom.: “Efectos. Si se entrega una cantidad de cosas fungibles, que no se encuentra en saco cerrado, se transmite el dominio de las cosas aunque el depositante no haya autorizado su uso o lo haya prohibido. El depositario debe restituir la misma calidad y cantidad. Si se entrega una cantidad de cosas fungibles, y el depositario tiene la facultad de servirse de ellas, se aplican las reglas del mutuo”.

159 Artículo 1368 CCivCom.: “Definición. Es depósito necesario aquel en que el depositante no puede elegir la persona del depositario por un acontecimiento que lo somete a una necesidad imperiosa, y el de los efectos introducidos en los hoteles por los viajeros”. El depósito necesario o *depositum miserabile* en el derecho romano se caracterizaba por un evento externo, absolutamente ajeno a la voluntad del depositante que impedía la elección de la persona del depositario.

Suponen una jerarquía material entre ambos, en la cual la locación se convierte en un mero instrumento del contrato de depósito.

Arguyen que el “contrato preparatorio es algo distinto del contrato preliminar [...] éste es un negocio que se concluye por buscar a un segundo contrato [...] tiene por objeto simplemente la promesa de concluir el contrato definitivo y queda incumplido si no se concluye; el contrato preparatorio, en cambio, tiene un objeto propio, es más autónomo, es directo, proporcionando el medio material para la explicación del segundo contrato [...] El contrato preparatorio (la concesión de la caja) y el contrato principal (el depósito) no son dos negocios del todo separados, al nexo de hecho que los une corresponde un nexo jurídico”¹⁶⁰.

SECCIÓN III

Tesis del depósito cerrado

Bolaffio afirmaba que “el servicio de cajas fuertes de custodia que prestan los bancos no es, ni más ni menos, que un depósito cerrado efectuado de un modo especial, determinado por el progreso técnico, para satisfacer las mayores y más legítimas exigencias de los contratantes”¹⁶¹.

La finalidad del contrato -como acontece en el depósito- es la custodia de los bienes introducidos en la caja, y ésta aparece como la modalidad o el instrumento técnico.

El cliente no le requiere la cesión de un espacio, sino la actividad de custodia de los valores depositados.

La *traditio* propia del depósito –según el autor- quedaría configurada con el sistema de co-clausura.

La entrega de una de las llaves al banco equivaldría a lo que en el depósito cerrado constituye la entrega de la cosa sellada o cerrada.

160 SCIALOJA, Antonio, *Il contratto di abbonamento alle cassette forti di custodia*, en *Saggio di vario*, V. II, Roma, 1927, 167/168.

161 BOLAFFIO, Luigi, *Il servizio dei depositi chiusi mediante le cassette di sicurezza*, en *Rivista di Diritto Commerciale* III, 1905, 466

La *restitutio* al concurrir el banco y el cliente a la apertura, consintiendo el retiro de las cosas depositadas.

SECCIÓN IV

Tesis de la locación

En España, Añoveros Trias de Bes considera que la cesión del uso de un cofre o caja es el elemento que define la naturaleza del contrato como una locación, en el cual el banco locador se obliga a garantizar el uso pacífico de la cosa, y a brindar especiales condiciones de seguridad y custodia.

En su mérito cita una antigua sentencia del Tribunal Supremo de España de 1928 que determinó “el alquiler de una caja de seguridad en un Banco, es propiamente un arrendamiento de cosa y no un depósito”¹⁶².

Podemos establecer la siguientes diferencias: a) el objeto de la locación es la cesión del uso y goce de una cosa (muebles o inmuebles); en el servicio la caja o cofre accede a una cámara acorazada incorporada a un inmueble, usualmente de propiedad del banco; b) el locador se obliga a entregar la cosa con todos sus accesorios; el banco a permitir el ingreso al recinto en el horarios y condiciones preestablecidos; c) el locatario puede realizar ciertas mejoras en la cosa; el banco predispone el lugar, la cámara acorazada, los cofres o cajas y la seguridad, y únicamente es quien puede realizar mejoras; d) el locatario puede subarrendar -salvo prohibición expresa en contrario-; el servicio es *intuitu persona*; e) el locador debe mantener al locatario en el uso pacífico de la cosa; el banco custodiar el recinto; y f) finalmente, la obligación de custodia del banco es un aspecto totalmente ajeno al contrato de locación.

En esta inteligencia “la doble obligación de guarda del banco, desglosada en la faceta pasiva de asegurar una construcción sóli-

162 AÑOVEROS TRIAS DE BES, Xavier, *El contrato bancario de servicio de cajas de seguridad*, en Revista Jurídica del Colegio de Abogados de Catalunya, Barcelona, Ejemplar N° 2, año LXXXIX, 1990, 335.

da y resistente, que reúna garantías más que suficiente frente a posibles incendios, inundaciones, robos e incluso, en algunas zonas determinadas, terremotos (deber de conservación); y completada además por ese activo deber de vigilancia que vele por garantizar la utilización exclusiva de ese servicio por su titular, sin que se vea amenazado por posibles perturbaciones en relación con la integridad del cierre de la caja (deber de vigilancia), se vea equiparada con la obligación del arrendador de mantener en el uso pacífico de la cosa al inquilino, resulta a todas luces exagerado”¹⁶³.

En idéntica línea argumental “el hecho de que se entendiese que el arrendador de una cosa estaba obligado a evitar las posibles perturbaciones que pudiera sufrir el arrendatario –garantizándole en consecuencia el disfrute pacífico de la cosa- no ha de ser entendido en ningún caso como deber de evitar eventuales molestias de hecho, tales como robos, hurtos o similares, por lo que la labor de vigilancia del banco jamás podría ser reconducida a tal deber genérico del locador. Éste habría de garantizar el pacífico y exclusivo disfrute del arrendatario desde el punto de vista jurídico, pero no fáctico”¹⁶⁴.

Concluyen que “no se está frente a un típico contrato de locación, dado que hay un deber de vigilancia impropio de los deberes típicos del locador, y el inquilino no se encuentra limitado en su derecho de uso. En el contrato de caja de seguridad ese derecho está limitado por la constante intervención del banco”¹⁶⁵.

163 ALVAREZ RUBIO, Julio, op. cit., 162.

164 GARRIGUES, Joaquin, op. cit., 452.

165 CNCiv Sala C, 21/3/1996, “Schmukler de Dozetz, Eva c/Banco Mercantil Argentino”, en Jurisprudencia Argentina 1997-III, 156.

SECCIÓN V

Tesis de la locación de cosa segura

Importa una variable que resalta las especiales condiciones materiales que presentan los cofres o cajas.

“Nos encontramos ante un arrendamiento cualificado por su objeto: una cosa con determinadas características de seguridad, un arrendamiento, en definitiva, de una cosa segura o, mejor, de una cosa apta para la seguridad de lo introducido en ella”¹⁶⁶.

Esta cualificación del objeto constituye la causa del contrato y encaja -en líneas generales- dentro del típico contrato de locación: cesión del uso o goce de la cosa segura (caja de seguridad) al cliente por tiempo determinado y un precio cierto¹⁶⁷.

Por cosa segura se entiende la especial aptitud de la caja tanto en la solidez de los materiales y la adecuada construcción el recinto, cuanto de los mecanismos y sistemas empleados para su custodia¹⁶⁸.

SECCIÓN VI

Tesis del contrato mixto

Consideran que es un contrato integrado con elementos propios del depósito y de la locación de cosas, entre los cuales no existe prevalencia o preferencia¹⁶⁹; y si bien la cesión de uso es

166 GALVEZ DOMINGUEZ, Eduardo, op. cit., 74.

167 Sin perder de vista que dentro del esquema tradicional del contrato de locación resulta difícil subsumir el hacer -la custodia- del banco y, si pretendemos hacerlo en aquella obligación del locador de garantizar el pacífico y exclusivo uso y goce de la cosa, nos encontramos con que ésta se refiere exclusivamente a perturbaciones de derecho, y no de mero hecho de terceros.

168 Otra cosa es el motivo puramente subjetivo que lleva al cliente al arrendamiento de la caja de seguridad. Es posible que pretenda, efectivamente, conservar en ella objetos de valor objetivo (alhajas, metales preciosos, dinero...) o subjetivo (el rosario de cristal de roca de la abuela, el diario de la infancia) o puede querer mantenerla vacía, un uso *ad pompam ostentationem*, o incluso hasta se proponga un uso ilícito (cfr. GALVEZ DOMINGUEZ, op.cit., 72)

169 Quicio Molina (cit) señala que se trata de una discrepancia terminológica, y que

esencial, el cliente no se limita a obtenerla sino que exige del banco, en igual medida, la protección y custodia de la caja.

“La concurrencia de estos elementos heterogéneos da lugar a una duplicidad de causas (contrato con causa mixta) que se funden en un contrato único”¹⁷⁰, por lo tanto “el contrato de caja de seguridad parece perfilarse como un género propio, en tanto presupone la asunción onerosa por parte del banco de una prestación compleja, que implica poner a disposición del cliente una completa estructura material, técnica y organizativa superior a la que él podría alcanzar en su propia casa, para la seguridad de los objetos que desea conservar y proteger, preservando al mismo tiempo una estricta reserva o secreto acerca de dichos objetos”¹⁷¹.

En otras palabras “se trata de un contrato singular o atípico que se rige por las reglas que estipulan los propios contratantes y las normas de los contratos típicos afines que sean compatibles con la finalidad del negocio”¹⁷²; y “cualquiera fuere la denominación que se le diere por el influjo de sus complejas características de goce y custodia, es indudable que cuando el cliente solicita del banco el servicio de una caja, tiene como fin principal y decisivo la custodia, que puede obtener por dos órdenes de medio (reales y personales), esto es, mediante el uso de una cosa (arriendo) y la prestación de guarda o vigilancia (depósito)”¹⁷³.

no sería un contrato mixto sino *sui generis*, pues la categoría de contratos atípicos peca de oscuridad en cuanto a sus clasificaciones. Afirma que la más usada es la que distingue entre contratos atípicos que se apartan completamente de los tipos regulados por la ley, como creación enteramente nueva de las partes que son los que se acostumbra a llamar puros o propiamente atípicos; y contratos atípicos en los que las partes se sirven de elementos que corresponden a diferentes contratos típicos o, dicho de otra manera, mezclan prestaciones y funciones de varios típicos, que son los que suele llamárselos mixtos, subcategoría donde se cobijan prácticamente todos los contratos atípicos.

170 GARRIGUES, Joaquín, *Contratos bancarios*, 2º edición, Editorial Aguirre, Madrid, 1975, 460

171 CNCiv Sala C 25/8/1997, “Rodo, Jorge E. c/Banco de Galicia y Buenos Aires”.

172 CNCiv Sala C, 23/3/1998 “Simao de Búsico, Elena M. c/Banco Mercantil Argentino”, en La Ley 999-D, 721.

173 CNCom Sala D, 23/10/1992, “Adler de Josephshon, Gerd c/Banco de Galicia y

TÍTULO V

Elementos esenciales y funcionamiento operativo

a) Elementos personales

1. El banco

El servicio es mayoritariamente prestado por los bancos¹⁷⁴.

La LEF habilita sólo a los bancos comerciales¹⁷⁵ que gozan -por así decirlo- de un monopolio de hecho¹⁷⁶.

Sin embargo, no toda oficina bancaria cuenta con la infraestructura necesaria. Generalmente se presta en las casas centrales o sucursales de importancia.

2. El cliente

Es la persona jurídica o humana con capacidad¹⁷⁷ que, a cambio del pago de un canon o precio, obtiene el derecho de usar una caja

Buenos Aires”, en El Derecho 156, 513.

174 Con algunas excepciones, como la *Chancery Lane Safe Deposits and Offices Co. Ltd.* (www.chancerylanesafedeposit.com), y la *Metropolitan Safe Deposits* (www.metrosafe.co.uk), cuyas sedes se encuentran en Londres. En nuestro país Hausler (www.hausler.com.ar) y Seguranza (www.seguranzajuridicas.com).

175 Los bancos comerciales conforme el artículo 21º LEF “... podrán realizar todas las operaciones activas, pasivas y de *servicios* que no les sean prohibidas por la presente Ley o por las normas que con sentido objetivo dicte el BCRA en ejercicio de sus facultades”

176 Entendido en el sentido que no existe una norma que expresamente prohíba la prestación a personas físicas o jurídicas no bancarias.

177 A partir de la sanción de la ley 26579, modificatoria del CC, conforme los artículos 126/128, son menores de edad los que no hubieren cumplido dieciocho (18) años; distinguiendo entre menores impúberes -menores de catorce (14) años cumplidos- y menores adultos -desde los catorce (14) años cumplidos hasta cumplir los dieciocho (18)-. El CCivCom. denomina menores de edad a las personas desde su nacimiento hasta los 18 años, a quienes considera incapaces de ejercicio en la medida que no cuenten con la edad y grado de madurez suficiente (art. 24 inc. b) para ejercer los actos que el propio ordenamiento les permite (art. 26 y cc). Dentro de la categoría de menores se encuentran los adolescentes (13/18), y desde el nacimiento hasta los 13 años (niños/niñas). Dentro de la capacidad el CCivCom. distingue entre capacidad de derecho (aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos - art. 22) y capacidad de ejercicio (para ejercerlos por sí - art. 23).

de seguridad instalada dentro del edificio del banco, cuyo acceso está controlado o vigilado por éste.

Con relación a los menores de edad consideramos que resulta inviable la posibilidad de que sobre ellos recaiga la titularidad o uso (autorizado) por dos razones: a) el carácter *intuito personae*; y b) su onerosidad, el banco percibe el precio por el sistema de débito automática en pues en la práctica bancaria el precio es percibido por el sistema de débito automático en cuentas a la vista.

En cambio si el titular es declarado incapaz o inhabilitado, deberá el juez que lo declare ordenar un inventario de los bienes de la caja en presencia del curador.

Si peticiona su concurso preventivo¹⁷⁸ o le es declarada la quiebra¹⁷⁹ (a su pedido o por acreedor), el magistrado ordenará un inventario por la Sindicatura y la prohibición de acceso al recinto¹⁸⁰.

3. Usuarios

El CCivCom refiere a los usuarios del servicio sin distinguir titulares y autorizados, y dispone que “si los usuarios son dos o más personas, cualquier de ellas, indistintamente, tiene derecho a acceder a la caja” (artículo 1416).

La titularidad del servicio puede ser unipersonal o plural (cotitularidad), situación ésta donde pueden suscitarse algunos conflictos como la determinación de la propiedad de los bienes, el concurso o la quiebra, el fallecimiento de un cotitular, entre otros.

“La cotitularidad de una caja de seguridad origina una presunción *iuris tantum* de pertenencia a los cotitulares, en partes y cuotas iguales de todo cuanto se contenga en la misma, de modo que

178 Artículo 15 Ley 24522 “El concursado conserva la administración de su patrimonio bajo la vigilancia del síndico”

179 Artículo 107 Ley 24522: “El fallido queda desapoderado de pleno derecho de sus bienes existentes a la fecha de la declaración de la quiebra y de los que adquiriera hasta su rehabilitación. El desapoderamiento impide que ejercite los derechos de disposición y administración”.

180 En el supuesto de quiebra, dispondrá además el desapoderamiento de los bienes.

la prueba en contra respecto de alguno de los bienes incluidos en ella, deja abierta y operante dicha presunción respecto de los otros bienes”¹⁸¹.

Apunta Alterini que “cuando la caja de seguridad estuviese contratada a la orden conjunta de los titulares y se produjere el fallecimiento de alguno de ellos, la caja sólo se podrá abrir con una orden judicial dirigida al banco y con la participación de los herederos del fallecido, el albacea o la persona que el juez del sucesorio haya designado a estos efectos”¹⁸².

Es factible que un titular autorice a terceras personas el uso, pudiéndose presentarse las siguientes alternativas: a) caja de titularidad individual y a la orden del titular; b) caja de titularidad individual a la orden indistinta de dos o más personas (titular y tercero autorizado); c) caja de titularidad plural a la orden conjunta o indistinta; d) ídem anterior con terceros autorizados.

b) Elementos materiales o reales

1. La caja o cofre

Construidas en metal u otro material sólido y resistente e incorporado a la estructura de una cámara acorazada, las cajas de seguridad se instalan generalmente en el subsuelo del inmueble donde el banco despliega sus habituales actividades.

Se admiten diversas denominaciones: cofres, cajas fuertes, cajas de o para caudales, cajas de alquiler.

En Italia se las designa *cassette forti di custodia* o *cassette di sicurezza*, en Francia *coffres-forts* y en Inglaterra y los Estados Unidos *safe deposit boxes* o simplemente *safe*.

Se identifican de modo numérico o alfanumérico, sus dimensiones son reducidas y cuentan con un sistema de coclusura, cierre doble o doble llave.

181 Corte di Cassazione, sentencia del 20/9/1979, en Revista *Banca, borsa e titoli di credito*, 1980, II, 268.

182 ALTERINI, Jorge H., *Código Civil y Comercial Comentado – Tratado exegético*, Editorial La Ley, Benos Aires, T VII, 2015, 218.

Apertura y cierre son operaciones compartidas o conjuntas y exigen la coincidencia –no necesariamente simultánea– de dos llaves: una denominada de control o confrontación (de combinación única, en poder del banco) y otra maestra (en poder del cliente).

Los niveles técnicos de seguridad para los recintos o cámaras acorazadas siempre son objetivos o tasados¹⁸³.

La ley 26637 fija medidas mínimas de seguridad que revisten carácter obligatorio para las entidades comprendidas en la LEF, a saber:

a) deberán contar en las líneas de cajas y cajeros automáticos con un sistema de protección con suficiente nivel de reserva, que impida la observación de terceros;

b) tesoro blindado (cemento y acero) para atesoramiento de numerario y/o de valores de terceros y/o cajas de seguridad de alquiler, en subsuelo o a nivel, separado de paredes medianeras, a prueba de incendio y de violación por elementos mecánicos o golpe oxihídrico. Contará con dos puertas, una de las cuales deberá

183 En España la Orden del Ministerio del Interior 314/2011 sobre empresas de seguridad privada (aplicable a los bancos), en su artículo 8º estipula que: " 1. Las cámaras acorazadas de las empresas que se constituyan para la actividad de depósito, custodia y tratamiento de monedas y billetes, títulos valores y objetos valiosos o peligrosos, excepto los explosivos, han de reunir las siguientes características: a) Estarán delimitadas por una construcción de muros acorazados en paredes, techo y suelo, con acceso a su interior a través de puerta y trampón igualmente acorazado. b) El muro estará rodeado en todo su perímetro lateral por un pasillo de ronda con una anchura máxima de sesenta centímetros, delimitado por un muro exterior de grado de seguridad 2, según la Norma UNE-EN 1143-1. La cámara ha de estar construida en muros, puerta y trampón con materiales de alta resistencia y de forma que su grado de seguridad sea como mínimo de grado de seguridad 7, según la Norma UNE-EN 1143—1. d) La puerta de la cámara acorazada contará con dispositivo de bloqueo y sistema de apertura retardada de diez minutos como mínimo, pudiendo ser sustituido este último por la interacción de personal de la empresa ubicado en distinto emplazamiento. e) El trampón de la cámara acorazada, si existiera, dispondrá de un dispositivo de apertura independiente para emergencias conectado directamente con la central de alarmas. f) La cámara estará dotada de detección sísmica, detección microfónica u otros dispositivos que permitan detectar cualquier ataque a través de paredes, techo o suelo y de detección volumétrica en su interior. Todos estos elementos conectados al sistema de seguridad deberán transmitir la señal de alarma por dos vías de comunicación distintas, de forma que la inutilización de una de ellas produzca la transmisión de la señal de alarma por la otra, o bien una sola vía que permita la transmisión digital con supervisión permanente de la línea y una comunicación de respaldo (backup)." (cfr. www.noticias.juridicas.com)

ser dotada de cerradura tipo triplecrométrica;

c) inhibidores o bloqueadores de señal que imposibiliten el uso de teléfonos celulares en el interior de las mismas, siempre que no afecten los derechos de terceros fuera de la sucursal, ni interfieran en otros dispositivos de seguridad.

El BCRA dictó la Comunicación A5412 (t.o. Comunicación A6142 vigente a partir del 6/1/2017) con relación a la circular RUNOR 1 – 1018 sobre Medidas mínimas de seguridad en entidades financieras, lo siguiente¹⁸⁴:

- Permanencia: La presencia del agente uniformado dentro del castillete debe ser con la puerta cerrada y en forma permanente, desde el ingreso del personal de la entidad financiera y/o sus proveedores hasta el cierre del tesoro al finalizar la actividad diaria, en oportunidad de activarse el mecanismo de la cerradura triplecrométrica para su apertura al día hábil siguiente.
- Cuando sea necesario complementar el castillete con un circuito cerrado de televisión [...] deberá instalarse un monitor (de 12" como máximo si es del tipo CRT) preferentemente LCD/LED o similar [...] La ubicación del monitor debe facilitar su observación y la de las zonas bajo vigilancia. La UPS (fuente de energía ininterrumpida) se ubicará fuera del castillete, debidamente protegida del acceso de terceros no autorizados.
- Se debe asegurar la iluminación permanente de los objetivos ante un eventual corte del suministro eléctrico.
- Los controles podrán efectuarse en forma local o remota, en este último caso no deberán producirse pérdidas de la información capturada en origen, manteniéndose la calidad y la cantidad de imágenes por segundo como si se hubiese grabado localmente.
- Tesoros blindados de cemento y acero en operación [...] Para cajas de seguridad de alquiler [...] En aquellas paredes, techo y piso no controlables que no reúnan las condiciones constructivas [...] deberán efectuar un blindaje modular cuyas características permitan cumplir con la finalidad establecida para las

184 Hemos reseñado por cuestiones metodológicas las aplicables al servicio de cajas de seguridad, circunscribiéndonos a los conceptos y omitiendo las referencias técnicas, ajenas a este estudio. Texto completo disponible en www.bcra.gob.ar

bóvedas de cemento y acero [...] Las paredes, techo y piso controlables, si son de cemento y acero, podrán continuar en las mismas condiciones actuales. En caso contrario, deberán efectuar su blindaje modular.

- Deberá contar como mínimo con sensor de apertura en su puerta y sensor sísmico en su casco conectados al sistema de alarma a distancia y activables las 24 horas.
- Se mantendrá el soporte de archivo de imágenes (disco rígido; disco flexible; CD; DVD; etc.) con el material registrado durante un mínimo de 10 días de operaciones. Las grabaciones correspondientes a los cajeros automáticos deberán mantenerse por no menos de 60 días corridos.
- En caso del registro de un siniestro, tomado conocimiento del hecho se deberá realizar una copia en un medio distinto al que se esté utilizando para grabar y resguardarse por separado, por un período de 365 días corridos, como mínimo, de modo tal de poder reproducirlo observando las especificaciones técnicas en la materia que establecerá esta Institución. La legitimidad del archivo deberá satisfacerse mediante una técnica digital que preserve su integridad y resguardarse en condiciones de entregar una copia a la Justicia cuando sea requerido.
- Si la Justicia solicitara copias, deberán realizarse en algún soporte que pueda visualizarse en un lector de DVD o en una PC estándar.

2. El precio

Precio, canon, renta o alquiler son las distintas denominaciones que recibe la obligación principal del cliente como retribución por la cesión del espacio con las garantías de seguridad, secreto y conservación.

La modalidad de pago admite variables: por adelantado y al contado con la suscripción o renovación del contrato, y por períodos (trimestrales, cuatrimestrales o semestrales)¹⁸⁵.

185 El pago, cualquiera sea la modalidad que se adopte opera siempre con acreditación por débitos automáticos en cajas de ahorro, cuenta corriente o tarjeta de crédito

El precio, fijado unilateralmente por el banco, varía según el tiempo de utilización y el tamaño o volumen útil de la caja, y no guarda relación con el verdadero costo que soporta el banco¹⁸⁶, y “el atractivo de la operación no es la rentabilidad directa del servicio sino la que puede derivarse tangencialmente del mismo, la posible atracción de nuevos clientes de gran capacidad económica o, al menos, la fidelización de aquellos impositores de esas características con los que ya se contaban, o el aumento de las operaciones concertadas con los mismos”¹⁸⁷.

TÍTULO VI: Contenido del contrato

Obligaciones a cargo del banco

1. Entrega de las llaves

Suscripto el contrato el banco debe entregar las llaves de la caja y en su caso las del cofre interno, y bajo ningún concepto o motivo puede conservar duplicados.

La entrega de las llaves o *traditio clavium* implica la disposición inmediata y exclusiva del cliente del interior de la caja.

En caso de pérdida, sustracción o inutilización, el banco procederá a la reposición y/o apertura forzada, cargando al cliente su costo.

2. Garantizar el acceso a la caja

El banco garantiza la utilización del servicio previa verificación del cumplimiento de los requisitos convenidos: identidad del titular y/o usuario, portación de la llave, pago del canon, subsistencia del poder a los apoderados y autorizados, entre otros.

Esta obligación subsiste durante toda la vigencia del contrato y

186 Entre los que se incluyen la remuneración al personal encargado de la atención del cliente, personal de seguridad, inversión en la adquisición y mantenimiento de medidas de seguridad, etc.

187 ALVAREZ RUBIO, Julio, op. cit, 294.

emerge cada vez que el cliente pretenda ingresar al recinto, con lo cual deviene un contrato de ejecución continuada o tracto sucesivo.

3. Garantizar la intimidad

La manipulación del interior de la caja debe realizarse en las condiciones más estrictas de intimidad, sin que puedan inmiscuirse terceras personas, o personal de la propia entidad.

“Conlleva la ausencia total y absoluta de dispositivos que permitan grabar el interior del compartimiento, así como de toda aquella presencia humana que pudiera perturbar la extrema intimidad perseguida por el cliente [...] no hay que olvidar que el absoluto secreto respecto de lo contenido o no en la caja es muy probablemente el elemento que caracteriza de manera más decisiva al negocio, dotándole de un atractivo que propicia su contratación por aquellos que quieren tener, en todo caso, un control directo y secreto del espacio cuyo uso han convenido”¹⁸⁸.

4. Garantizar la custodia

4.1. Custodia estática

El aspecto estático de la custodia tiene que ver con solidez de los locales y las cajas, con el fin de resistir tanto los embates de la naturaleza (inundaciones, incendios, terremotos y otras catástrofes), cuanto los perpetrados por la acción humana.

Si bien en materia de seguridad prima el criterio de la objetivación de las medidas mínimas, parte de la doctrina italiana entiende que esas exigencias pueden en cierta medida subjetivarse de modo tal que, si el cliente conociese y aceptase esas condiciones por malas que fueran, se atenúa la responsabilidad de la entidad.

Argumentan que la disminución de medidas puede pactarse, y así “la responsabilidad de la entidad habrá de ser valorada con menor rigor en el caso de que el cliente hubiese conocido, al perfeccionar el contrato, que el local no estaba protegido, estaba

188 ALVAREZ RUBIO, Julio, op. cit., 313.

deficientemente construido o, en definitiva, no ofrecía especiales medidas de seguridad”¹⁸⁹.

Sostiene Molle que “no se puede no considerar que la eficiencia mayor o menor de los locales adaptados para el servicio está obviamente en relación con la importancia del establecimiento que ofrece el servicio mismo, no pudiéndose poner en el mismo plano la instalación organizada con las más modernas precauciones de una sucursal importante, con los modestos cofres de una agencia periférica. En esta diversidad de organización el usuario está en grado de conocer al momento de la suscripción del contrato, no puede no ser relevante cuando se judicializa la responsabilidad del banco pretendida por la inidoneidad de los locales”¹⁹⁰.

En nuestro país las normas mínimas de seguridad rigen para todos los establecimientos bancarios, independientemente de su localización geográfica y mayor o menor población.

4.2. Custodia dinámica

Consiste en la articulación de todas aquellas medidas de seguridad que puedan instalarse para prever y evitar irregularidades en el acceso al compartimiento.

Entre otras amerita citar: dotación del recinto de equipos adecuados de vigilancia, verificación de la integridad del cierre, evitar intentos de fraude, proveer y garantizar un adecuado sistema de detectores y alarmas.

Quicios Molina plantea que la obligación de custodia incluye el deber de trasladar las cajas de seguridad a un local más seguro cuando en el que se encuentran corren serio peligro de ser dañadas, o si por el contrario, el banco se libera de responsabilidad y cumple por ello su obligación comunicando al cliente el riesgo que corren los objetos introducidos en la caja conminándole a que los traslade a otra caja u ofreciéndole la posibilidad de resolver el contrato.

El traslado aparece en este supuesto como facultativo para el banco, concluyendo que “esta segunda alternativa es la más ade-

189 SCORDINO, Felice, *I contratti bancari*, Editorial Jovene, Nápoles, 1965, 466.

190 MOLLE, Giacomo, *I contratti bancari* en CICU, Antonio – MESSINEO, Francesco, *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Editorial Giuffrè, Milan, 1981, T. I, 4ta. edición, 813.

cuada a la naturaleza del contrato, que abarca no sólo la custodia de las cajas de seguridad sino también la cesión del uso de un bien inmueble (por incorporación), situado en un determinado lugar”¹⁹¹.

4.3. Visión jurisprudencial

“Son obligaciones inexcusables del banco conceder el uso de locales idóneos, custodiar éstos y tutelar la integridad de las cajas, caracterizadas genéricamente como deber de tutela. Tratase de una obligación de resultado, porque el banco no se compromete a prestar una determinada diligencia, sino a facilitar al cliente un resultado, que consiste en la conservación del *statu quo* de la caja al ser cedida al cliente [...] El incumplimiento del deber de custodia es fuente de una responsabilidad objetiva, en tanto el banco no compromete una custodia disuasiva, sino que se obliga a una custodia efectiva, con un presupuesto, ejercerla en un ámbito idóneo que él mismo suministra; y una consecuencia, la integridad de la caja [...] La custodia supone seguridad que disipa el riesgo, y allí no basta con hacer lo posible para obtener el resguardo, sino que se impone obtenerlo”¹⁹².

“Si un banco ofrece cajas de seguridad a clientes debe considerarse que no se limita al arriendo del espacio y cofre, sino que además asume un deber de guarda y custodia, que si bien puede no resultar de los términos del contrato, surge implícito de la actividad bancaria [...] Cuando se contrata una caja de seguridad en un banco, el cliente no se limita, normalmente, al análisis de las condiciones de la caja o cofre, sino que también tiene en cuenta

191 QUICIOS MOLINA, Susana, op. cit., 145/146, comenta que en Italia a finales del año 1943, cuando las tropas invasoras ocuparon la sede de Pescara del *Banco de Roma*, sustrajeron el contenido de las cajas de seguridad, y se cuestionó si el daño sufrido por el cliente derivaba de culpa del banco o de fuerza mayor, resolviendo el Tribunal de Casación el 13 de octubre de 1955 que el banco no tenía que transportar las cajas de seguridad a otro lugar, sino que, por el contrario, tal conducta habría podido determinar una grave responsabilidad del mismo por haber custodiado las cajas de seguridad en lugar y modo diverso del establecido en el contrato.

192 CNCom Civil Sala A, 23/3/1995, “Taormina, Adela c/Banco de Galicia y Buenos Aires”, en Colección El Derecho Tomo 162, 688.

que se trata de una institución que da seguridad adecuada al espacio en el que se encuentran esas cajas”¹⁹³.

“Responder por la integridad de la caja significa que el banco es responsable de los daños sufridos por el locatario por una lesión externa de la caja; llamamos “lesión externa” porque es la integridad exterior de la caja la que el banco debe asegurar con la vigilancia, pero también la integridad del contenido, por el cual el banco responde sólo en consecuencia de la integridad de la caja misma [...] Responder por la custodia de los locales significa que el banco debe disponer los medios idóneos para asegurar la vigilancia diurna y nocturna de los locales mismos, para impedir que otro, que no sea el locatario, pueda abrir la caja de seguridad”¹⁹⁴.

“La entidad bancaria debe responder por la custodia de los locales disponiendo los medios idóneos a los fines de asegurar la vigilancia diurna y nocturna de los mismos [...] Tratándose de una obligación de resultado, la entidad bancaria es libre de adoptar los medios que considere más adecuados para efectuar la vigilancia debida, y el locatario no puede censurar la adecuación de esos medios o imponer la adopción de otros. Es sólo *a posteriori*, esto es, sólo en el caso en que la caja haya sido abierta por quien no estaba autorizado, o que la integridad externa de ella haya sido alterada, que esta censura es posible, a fin de contrastar la eventual prueba liberatoria del banco que quiera atribuir al caso fortuito la causa del daño”¹⁹⁵.

5. Comunicar cambios en el servicio

El banco debe comunicar inmediatamente aquellas circunstancias que afectan la marcha normal del servicio, como así también

193 CNCom Civil Sala D, 30/4/1998, “Paternostro, Mario c/Banco Mercantil”, en Colección Jurisprudencia Argentina, Tomo 1999-I, 150.

194 CNCom Sala B, 26/3/1993, “Sucarrat, Gustavo A. c/Banco de Galicia y Buenos Aires”, en Colección Jurisprudencia Argentina Tomo 1994-I, 439.

195 CNCiv Sala C, 21/3/1996, “Schmukler de Dozretz, Eva c/Banco Mercantil Argentino S.A.”, en Colección Jurisprudencia Argentina Tomo 1997-VII, 156.

aquellas incidencias modifican la seguridad e integridad del contenido de la caja¹⁹⁶.

Obligaciones a cargo del cliente

1. Pagar el precio o canon

Satisfacer el precio convenido es la principal obligación a su cargo, y su incumplimiento faculta al prestador a denegar el acceso al recinto.

2. Respetar las condiciones de uso

El horario de apertura / cierre es establecido unilateralmente por el banco, y comúnmente coincide con el de atención al público o se extiende desde media hora más tarde de la apertura y hasta media hora antes del cierre.

Debe observar los requisitos de identificación que le sean exigidos: documentos, poderes, actualización del registro de firmas, suscripción del registro de ingresos.

En caso de extravío o robo de la llave debe dar inmediato aviso. Es el banco quien procede al cambio de cerradura, a costa del cliente. Asimismo debe reintegrarlas al concluir el contrato.

Finalmente, debe respetar la prohibición de introducir en el interior de las cajas productos que puedan resultar peligrosos¹⁹⁷ u objetos provenientes de actos ilícitos¹⁹⁸.

196 En España el Banco Santander incluye cláusulas con el siguiente texto: "En el supuesto de obras, modificaciones, cierre de la Sucursal donde se halla la caja, daños sobrevenidos, peligro para la misma o concurrencia de cualquier otra circunstancia, determinante del cese temporal o definitivo de la prestación por el Banco del servicio de cajas de seguridad en dicha sucursal, el Banco lo comunicará al arrendatario a fin de que éste, en el plazo de diez a partir del recibo de dicha comunicación, pueda optar entre: a) dar por finalizado el contrato vaciando la caja y devolviendo las llaves, sin perjuicio, en su caso, del oportuno reintegro por el Banco de la parte del precio del arrendamiento que hubiera cobrado por el tiempo en que la caja no haya sido utilizada. b) trasladar el contenido de la caja a una nueva provisional o definitivamente, si el Banco en ese momento tuviera disponibilidad, con respecto a las condiciones del contrato vigente en aquel momento, salvo las económicas que corresponderían, en su caso, de acuerdo con el tamaño de la nueva caja."

197 Tales como sustancias inflamables, explosivas, tóxicas, infecciosas, corrosivas o que produzcan molestias o daños.

198 Drogas, armas de fuego ilegales, botines de robo, etc.

TÍTULO VII Apertura forzada de la caja

a) Por falta de pago y vencimiento del plazo

El CCivCom ha previsto un procedimiento de apertura y retiro de los efectos en los siguientes términos: “Vencido el plazo o resuelto el contrato por falta de pago o por cualquier otra causa convencionalmente prevista, el prestador debe dar a la otra parte aviso fehaciente del vencimiento operado, con el apercibimiento de proceder, pasados treinta días del aviso, a la apertura forzada de la caja ante escribano público. En su caso, el prestador debe notificar al usuario la realización de la apertura forzada de la caja poniendo a su disposición su contenido, previo pago de lo adeudado, por el plazo de tres meses; vencido dicho plazo y no habiéndose presentado el usuario, puede cobrar el precio impago de los fondos hallados en la caja. En su defecto puede proceder a la venta de los efectos necesarios para cubrir lo adeudado en la forma prevista por el artículo 2229, dando aviso al usuario. Los bienes remanentes deben ser consignados judicialmente por alguna de las vías previstas en este Código” (art. 1417).

La apertura forzada puede ser dispuesta por el banco (por vencimiento del plazo, falta de pago u otros incumplimiento contractuales), o por autoridad judicial (como medida cautelar que ordena el bloqueo de acceso, embargo y/o secuestro de bienes).

Establece sólo dos causales de extinción del contrato: vencimiento del plazo y falta de pago. A ellas debemos sumar las convencionalmente pactadas como la pérdida o sustracción de las llaves, la falta de colaboración al derecho de inspección, la incorporación de materiales explosivos, corrosivos, peligrosos, ilegales, entre otras.

La primera parte del artículo 1417 CCivCom contiene a nuestro criterio un error de redacción.

Dispone que el prestador deba dar a la otra parte “aviso fehaciente del vencimiento operado...” y así literalmente pareciera re-

ferir a la primera causa de apertura, cuando se prevén además la falta de pago y el incumplimiento de las obligaciones pactadas. Empero, el mismo artículo refiere a la causal de falta de pago con expresiones tales como *pago de lo adeudado* y *precio impago*¹⁹⁹.

El prestador debe dar aviso fehaciente (carta documento o actuación notarial) en el domicilio constituido en el contrato o en su defecto en el real del usuario, y otorgar un plazo de treinta días corridos desde la recepción para que retire los efectos, caso contrario, forzará la apertura de la caja en presencia de un notario, quien deberá practicar inventario del contenido.

Seguidamente el banco deberá notificar la apertura forzada (también por medio fehaciente, aunque no lo exprese la ley) y la puesta a disposición del contenido por el plazo de tres meses.

Dentro de este plazo el usuario podrá retirarlos, previo pago de lo adeudado (entre otros: canon, gastos derivados de la apertura forzada por la intervención de cerrajero y escribano, de conservación de los bienes –desde la apertura hasta el retiro-).

Vencido el plazo de tres meses, la ley faculta al prestador a cobrarse los gastos de los fondos existentes en la caja, con imputación en primer término la moneda nacional, y en caso de ser insuficientes afectará –si los hubiere- los que no tengan curso legal convertido a valor de mercado, dejando debida constancia de la cotización en acta notarial.

Finalmente podrá disponer de los demás bienes procediendo a su venta, previo aviso al usuario -por medio fehaciente- conforme lo prescribe el trámite previsto en el artículo 2229 para la ejecución de prenda para los efectos no dinerarios²⁰⁰.

199 Una futura reforma debería eliminar del artículo la expresión “del vencimiento operado”, y sí evitaría discusiones y planteamientos innecesarios.

200 Artículo 2229 CCivCom: “Ejecución. El acreedor puede vender la cosa prendada en subasta pública, debidamente anunciada con diez días de anticipación en el diario de publicaciones legales de la jurisdicción que corresponde al lugar en que, según el contrato, la cosa debe encontrarse. Si la prenda consiste en títulos u otros bienes negociables en bolsas o mercados públicos, la venta puede hacerse en la forma habitual en tales mercados, al precio de cotización. Las partes pueden convenir simultáneamente con la constitución que: a) el acreedor se puede adjudicar la cosa por la estimación del valor que de ella se haga al tiempo del vencimiento de

b) Por falta de colaboración del usuario

Si con motivo de la realización de mejoras o reparaciones en el recinto el banco necesita trasladar momentáneamente las cajas, el cliente debe prestar su colaboración y facilitar la apertura, caso contrario se procederá forzosamente, siguiendo el procedimiento detallado precedentemente.

En el precedente jurisprudencial *Barmaymon, Raúl Norberto y otros c/Banco Itaú Buen Ayre S.A.*²⁰¹ se pretendía el resarcimiento daños y perjuicios (detrimentos físicos, psíquicos y morales) por la indebida apertura, vale decir, sin autorización judicial ni de sus titulares.

Argumentaron que pese a que le fueron reintegradas al día siguiente sus pertenencias –dinero en efectivo–, la imposibilidad temporal de disponer de las mismas perjudicó notablemente su tráfico comercial y estado emocional.

La sentencia de primera instancia hizo lugar parcialmente a la demanda, condenando al banco a abonar una suma de dinero por daño moral y psicológico.

El banco recurrió argumentando que: a) había cumplido con el contrato, guardando y custodiando en todo momento las pertenencias del actor, y que la errónea apertura por un brevísimo lapso de tiempo no alteró su prestación básica; y b) que no se probó el daño moral, acogido en base a una sola declaración testimonial.

la deuda, según lo establezca el experto que las partes designen o bien por el que resulte del procedimiento de elección establecido; en su defecto, el experto debe ser designado por el juez a simple petición del acreedor; b) la venta se puede realizar por un procedimiento especial que ellas determinan, el que puede consistir en la designación de una persona para efectuarla o la venta por el acreedor o por un tercero a precios que surgen de un determinado ámbito de negociación o según informes de los valores corrientes de mercados al tiempo de la enajenación que indican una o más cámaras empresariales especializadas o publicaciones designadas en el contrato. A falta de estipulación en contrario, estas alternativas son optativas para el acreedor, junto con las indicadas en los párrafos primero y segundo de este artículo, según el caso. El acreedor puede adquirir la cosa por la compra que haga en subasta o en la venta privada o por su adjudicación”.

Artículo 2230 CCivCom: “Efectuada la venta, el acreedor debe rendir cuentas, que pueden ser impugnadas judicialmente, pero ello no afecta la validez de la enajenación”

201 Cámara Nacional Comercial Sala D 16/03/2009, “Barmaymon, Raúl Norberto y otros c/Banco Itaú Buen Ayre S.A.”, en Colección La Ley Tomo 2009-D, 302.

Alzada la confirmó y señaló además que “corresponde responsabilizar al banco demandado por la indebida apertura de la caja de seguridad del actor, pues si bien aquél restituyó a éste el contenido de la mentada caja al día siguiente de constatada la apertura, no sólo incumplió con su prestación de otorgar el uso y goce de la caja en el día que intentó hacerlo, sino que infringió el deber de confidencialidad al permitir que su personal conociera el contenido del cofre [...] El deber de guarda y custodia que surge debe cumplirse en condiciones de confidencialidad y secreto, a punto tal que también es obligación del banco proporcionar un lugar reservado para la apertura de la caja por el titular [...] Constituye una obligación del banco la inviolabilidad de la caja tanto por cualquier tercero como por el mismo banco o por la autoridad de superintendencia, de modo tal que sólo por orden judicial o por falta de pago del canon -si fue pactado contractualmente- el banco está facultado a abrir la caja en presencia de notario e inventariar su contenido [...] Resulta procedente otorgar una indemnización por daño moral al titular de una caja de seguridad que fuera abierta indebidamente por el banco, pues en épocas de inseguridad la violación del lugar donde se encontraba parte del patrimonio del actor, así como el hecho de que personas indeterminadas conozcan la existencia del contenido de la caja, son suficientes para presumir a existencia del agravio moral”.

En la causa *De Olazabal Pueyrredón, Bárbara Ana María c/Banco Patagonia S.A. s/Ordinario*²⁰², se juzgó la conducta del banco que decidió la apertura forzada de la caja de seguridad y el traslado de los bienes a otra sucursal, en virtud de: 1) la rescisión del contrato por parte del banco, que tendría como causa la falta de pago de los costos de mantenimiento; y 2) la mudanza de la sucursal.

La actora demandó al banco por daños y perjuicios (incluyendo daños materiales y daño moral), en razón del supuesto incumplimiento por parte del banco de los términos y condiciones del contrato, acusándolo de: 1) haber abierto la caja de seguridad sin aviso ni autorización previa; 2) haber omitido, una vez abierta la caja, las medidas de seguridad y custodia exigibles; y 3) la desaparición,

202 CNCom Sala B, 22/2/2013, “De Olazabal Pueyrredón, Bárbara Ana María c/ Banco Patagonia S.A. s/Ordinario”, en Colección LL 2013-C, 409.

tras la apertura, de objetos de gran valor que se encontraban depositados en la caja, y que la actora había heredado de su madre fallecida, quien habría ejercido la profesión de joyera.

El banco contestó que: a) la caja fue abierta de acuerdo a lo previsto en el contrato, por haber incurrido la rescisión del contrato en razón del incumplimiento del pago de los costos; b) que la rescisión, la intimación a retirar los bienes, la amenaza de abrir forzosamente la caja y la mudanza de la sucursal fueron hechos comunicados oportunamente a la actora; y c) que la caja fue abierta y los bienes trasladados a la nueva sucursal tomando medidas adecuadas de seguridad, no acreditándose ningún robo posterior, habiéndose constatado notarialmente su contenido (tanto al momento de su apertura como de la restitución de los objetos guardados a la actora).

El juez de 1ª Instancia admitió parcialmente la demanda, entendió que si bien el banco se encontraba en su derecho de proceder a la apertura forzada (sea por rescisión del contrato como por la mudanza de la sucursal), omitió notificar previamente de modo fehaciente tal como exigía la cláusula contractual, no siendo suficientes las cartas enviadas por el banco a un domicilio que no era el constituido contractualmente y cuya recepción además no pudo acreditarse.

Consecuentemente lo encontró responsable por incumplimiento contractual, haciendo hincapié en el deber de responsabilidad agravado que pesa sobre las entidades financieras.

Por otra parte, rechazó la pretensión indemnizatoria del daño material por no haber logrado acreditar ningún robo posterior a la apertura, ni el incumplimiento por parte del banco de las medidas de seguridad adoptadas en el posterior resguardo de las cosas, ni logró redargüir el acta notarial levantada por el escribano al momento de la apertura y restitución de los bienes.

No obstante ello, reconoció una suma en concepto de daño moral, en base a los principios generales derivados del incumplimiento del banco a su deber de notificación previa.

La Cámara confirmó el fallo y puntualizó que aún cuando el banco pudiera no haber adoptado las medidas de seguridad adecuadas para el resguardo de los bienes con posterioridad a la apertura, el

hecho crucial que debía probar a actora era la existencia de algún faltante en el contenido de la caja, dado que allí radicaba el origen del daño material alegado. Es decir, el actor debía acreditar un daño para lograr un derecho indemnizatorio.

Argumentó además que la actora debía demostrar que su madre era joyera, mínimamente constancias del juicio sucesorio que acreditare sus derechos sobre los bienes heredados, una denuncia penal por el supuesto robo del contenido de la caja, alguna declaración impositiva que permitiera inducir que la actora era propietaria de los bienes o fotografías utilizando los mismos, extremos que no pudo demostrar.

Reconoce la Cámara la doctrina y jurisprudencia en la materia a favor de las pruebas de presunciones o indiciarias a fin de procurar acreditar qué objetos se encontraban dentro de la caja; sostuvo que ello no permite asumir en forma categórica que cualquier indicio o presunción sea suficiente a tal efecto y, finalmente, reafirmó el derecho de la actora al resarcimiento moral, entendiendo que la conducta del banco –al no haber notificado fehacientemente a la actora sobre la nueva sucursal a la cual habían sido trasladados los bienes– resultaba cuestionable e inaceptable para el grado de responsabilidad profesional que le cabe a una entidad financiera.

c) Por disposición judicial de embargo, secuestro e inhibición

El embargo es “un mecanismo de apropiación de bienes del deudor, pero lejos está de significar tal cosa, aunque de hecho lo suponga. En realidad proviene del latín *imbarricare* que expresa la idea de impedir, estorbar, obstaculizar y embarazar [...] el embargo está inserto dentro de las medidas cautelares que pueden disponer de oficio o petición de parte interesada. Como son esencialmente discrecionales, también el embargo corre esa suerte, aunque sea la medida más habitual y corriente por la versatilidad y adaptación que tiene para afectar cosas y bienes registrables”²⁰³.

203 GOZAINI, Osvaldo Alfredo, *Embargo y secuestro en cajas de seguridad*, en Colección La Ley, Buenos Aires, Tomo 2009-B, 619.

No crea ni declara derecho alguno.

El embargante no obtiene la posesión de la cosa, sólo consigue una situación procesal que le acredita una ventaja respecto de otros acreedores del deudor que aún no tuvieran resguardos legales; y sólo tiene el poder de elegir el objeto sobre el o los cuales recaerá la medida, con la limitación de aquellos bienes que por ley resultan inembargables²⁰⁴.

Ahora bien ¿puede embargarse el contenido de una caja de seguridad?

Existen posiciones contrapuestas.

A favor Martorell, quien propone la siguiente secuencia procesal: "Primero, se deberá obtener un mandamiento de embargo con la facultad de constatar previamente si el cofre se halla a la orden del ejecutado, con la prevención de que si así fuese, se podrá requerir el concurso de un cerrajero, abrir la caja, constatar su contenido y embargarlo, y tomar luego los recaudos pertinentes para que el sujeto pasivo de la medida no pueda retirarlos sin orden del juez. Segundo, en el escrito en el cual se requiera la medida, se deberá dejar constancia de que no deberá resultar obstáculo para ella, ni el secreto bancario, ni el hecho de que el Banco –simple

204 Artículo 469 C.P.C.C.: "No se puede trabar embargo en los siguientes bienes: 1) el lecho cotidiano del deudor, de su mujer y de sus hijos; los muebles y ropas del preciso uso de los mismos si correspondieren a su posición social; los utensillos necesarios para preparar el sustento; los animales destinados a proveer su alimentación y la de su familia; las provisiones alimentarias necesarias para la subsistencia de un mes; las sumas o frutos que se destinen a los alimentos; los libros, instrumentos, animales, enseres y semillas necesarias para la profesión, arte u oficio que ejerza; el usufructo de los padres sobre bienes de los hijos, que le fueren indispensables para llenar las cargas respectivas; y los demás bienes expresamente exceptuados por las leyes; 2) los créditos por pensiones alimentarias y litisexpensas; 3) los bienes y rentas de las provincias y municipios mientras se encuentren afectados a un servicio de uso público, excepto en los casos de acreencias a cuyo pago están afectados los ingresos respectivos; 4) los sepulcros, salvo en el caso que se reclame su precio de compra o construcción; 5) las imágenes de los templos y las cosas afectadas a cualquier culto, a menos que se reclame su precio de compra o construcción; 6) los honorarios profesionales, sino hasta un veinticinco por ciento de su monto.- Tampoco, salvo hasta igual porcentaje, las sumas que reciban los afiliados en la distribución del fondo común que efectúen las cajas o instituciones constituidas por profesionales, siempre que no tengan carácter comercial".

tercero en el caso que se estaría limitando a dar cumplimiento a la orden de un juez– no conozca ni pueda dar fe del contenido del cofre que se deberá violentar para concretar la traba”²⁰⁵.

En el marco de un juicio ejecutivo se solicitó el embargo del contenido de la caja de seguridad, a lo que se resolvió que “siendo el patrimonio del deudor prenda común de sus acreedores y no existiendo restricciones legales para embargar el contenido de una caja de seguridad rentada en una institución bancaria, no se aprecia óbice alguno a la pretensión intentada, en la medida en que no alcance bienes inembargables o que excedan el límite del crédito que se pretende ejecutar [...] máxime cuando, como en el caso, no han podido ser hallados otros bienes del deudor y ya se ha inscripto la inhibición general de bienes en los registros respectivos [...] La armonización del derecho crédito rió y persecutorio con el de identidad, privacidad y reserva de documentos personales del titular de la caja de seguridad no puede conducir a dotar a este tipo de depósitos una suerte de inembargabilidad que la ley no les confiere, y que permitiría a los deudores sustraer ciertos bienes del alcance de sus acreedores con el solo recurso de colocarlos en dichos cofres. Sobre todo en un juicio ejecutivo, en el que incluso la ley ritual admite el allanamiento y embargo de bienes en el domicilio real del deudor, situaciones éstas que afectan en igual o mayor medida la intimidad y privacidad de los demandados. No obstante, como se dijo, a fin de evitar perjuicios innecesarios al demandado, el embargo se limitará a aquellos bienes que sean necesarios para cubrir el crédito reclamado y lo presupuestado para intereses y costas, y no podrá recaer sobre aquellos que la ley considera inembargables [...] el oficial de Justicia interviniente en la diligencia, en presencia de autoridad jerárquica superior de la sucursal de la entidad bancaria, realizará un inventario del contenido de la caja de seguridad, preservando el derecho a la privacidad del titular respecto de aquellos otros elementos que pudieran encontrarse y que resultaran inconducentes como medios para asegu-

205 MARTORELL, Ernesto Eduardo, Tratado de los contratos de Empresa, Tomo II, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1996, 516.

rar el cobro pretendido y designará depositario provisional de los bienes embargados –lo que recaerá preferentemente en el Banco indicado o, ante su negativa, en la parte actora– quien aceptará el cargo en el acto mismo de la diligencia [...] ínterin y mientras se libra el mandamiento respectivo, se bloqueará por cuarenta y cinco días la caja de seguridad indicada a efectos de impedir su acceso al aquí demandado y/o sus autorizados. A tal fin, se librará oficio a la entidad bancaria a quien, además, se requerirá información respecto de si el demandado es el único titular de la caja de seguridad y, en su caso, la identidad de los cotitulares a efectos de citarlos debidamente a ejercer sus derechos”²⁰⁶.

En posición contraria, Zigman de Domínguez considera que “el contrato de caja de seguridad reconoce como causa fin la seguridad de los bienes que introduce el cliente o los autorizados en el cofre. El titular puede guardar efectos propios o de terceros sin declararlos a la institución. El contenido de la caja es confidencial y secreto. El banco no es titular de los bienes contenidos, sólo es guardián del local y del espacio cuyo espacio cedió al titular. El cliente tiene derecho a que no se viole su intimidad hallándose en este punto el conflicto que se suscita con una orden de embargo y su efectivización, además de hallarse eventualmente en el cofre bienes de terceros ajenos a la causa judicial de la que surge la orden de la medida”²⁰⁷.

Con similares argumentos, en una causa de apremio fiscal se decidió que “efectivamente es de una consideración lógica y razonada que entre la disyuntiva de disponer una medida cautelar extrema (como es la apertura compulsiva de una caja de seguridad) que sólo podría afectar derechos constitucionales, y otra, si se quiere más conveniente, como puede ser el embargo de cuentas bancarias, se esté por esta última solución [...] caso contrario constituiría un perjuicio innecesario al deudor”²⁰⁸.

206 CNCom Sala E, “Adamo, Cristina c/Fernández, Jorge Eduardo”, 12/11/2008, en Colección La Ley suplemento del 11/03/2009.

207 ZINGMAN DE DOMINGUEZ, Nydia, *Responsabilidad derivada del contrato de cajas de seguridad en Responsabilidad de los bancos frente al cliente*, Dir. María Elsa Kabas de Martorell, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006, 318.

208 Juzgado Contencioso Administrativo Mercedes N° 1, “Provincia de Buenos Ai-

El contenido de una caja de seguridad no implica necesariamente la existencia de bienes de naturaleza patrimonial, su apertura compulsiva puede comprometer o afectar el derecho a la privacidad e intimidad de las personas.

Consecuentemente, el embargo sólo debe proceder en supuestos donde no sea posible identificar otros bienes, y además puedan demostrarse maniobras tendientes a sustraer bienes del alcance del acreedor.

“El derecho a la intimidad encuentra su límite legal siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen. De tal modo, la garantía actúa contra toda injerencia o intromisión arbitraria o abusiva en la vida privada de los afectados”²⁰⁹.

Con relación a la inhibición general, en la causa *Amanzi Pablo c/ Banco Itaú Buen Ayre S.A.*²¹⁰, el juez de grado hizo lugar a la acción de daños y perjuicios en la cual el usuario no pudo acceder a su caja por haber sido forzada por el gerente del banco que incautó su contenido. El banco le habría manifestado que procedió en virtud de una medida cautelar ordenada por el juez en lo contencioso administrativo de Mar del Plata, en un proceso seguido por el Fisco de la Provincia de Buenos Aires.

El actor precisó que la medida únicamente había ordenado la inhibición general de bienes lo que no autorizaba la apertura de su caja de seguridad, y que este proceder habría conculcado sus derechos a la intimidad y a la propiedad privada, por ello peticionó una indemnización comprensiva del daño moral, psicológico, y gastos por tratamientos psicológico.

El banco reconoció que había procedido a la apertura de la caja pero ajustándose a una comunicación enviada por el Banco Central, que ordenaba trabar la inhibición general de bienes de conformidad con una orden judicial.

res c/Gómez, Lucas R y otros”, en Colección La Ley, suplemento del 3/5/2005.

209 CSJN, “Estado Nacional – DGI- c/Colegio Público de Abogados de Capital Federal”, fallo del 13/02/1996.-

210 CNCom, “Amanzi Pablo c/Banco Itaú Buen Ayre S.A. s/Ordinario”, fallo del 24/04/2009.

Agregó que conforme al texto de la nota remitida por el Banco Central involucraba el acceso a la caja, justificando su proceder en la normativa vigente.

Destacó que habría intentado comunicarse con el usuario sin localizarlo y que, anoticiado de la medida, el Sr. Amanzi no habría solicitado la entrega de los objetos que se hallaban en la caja.

El juez de grado admitió parcialmente la demanda, consideró que la medida se limitaba a la anotación de una inhibición general de bienes y que la apertura importaba un incumplimiento grosero de sus obligaciones de custodia; e impuso una indemnización por daño moral –comprensivo del psíquico- y gastos por tratamiento psicológico.

En segunda instancia el actor cuestionó el rechazo de la indemnización solicitada en concepto de daño psicológico, por entender que era un rubro autónomo del moral; y el banco la admisión de la demanda, por considerar que no incumplió su deber de custodia, destacando que en todo momento primó la custodia de los objetos ya que una vez cumplida la medida el contenido fue puesto a resguardo por el banco.

También la procedencia de la indemnización, afirmando que no se dan en el caso los requisitos de la responsabilidad generadora del resarcimiento, como el obrar ilícito y el daño.

Sentencia enfáticamente la Cámara que “es un hecho que no parece admitir controversia que el banco demandado incurrió en un exceso manifiesto al forzar la caja de seguridad asignada al actor. No se ha exteriorizado en autos ningún elemento de juicio susceptible de justificar tal proceder. En efecto, la medida ordenada por el Juez en lo contencioso-administrativo se limitaba a decretar la inhibición general de bienes del demandado, haciéndola extensiva a los activos financieros del accionado [...] y en esos términos fue comunicado al Banco Central [...] A su vez el Banco Central, por medio de la Comunicación D 8924 transmitió la medida al banco demandado para tomar nota de la inhibición general de bienes del accionante [...] en ninguna de esas instrucciones se advierte la autorización, menos aún la orden, de abrir la caja de seguridad y secuestrar su contenido [...] Tal circunstancia pone en

evidencia una conducta francamente culpable del banco demandado, no sólo por haber excedido las instrucciones recibidas de la autoridad de contralor y por consiguiente el mandato judicial que las precedía, sino por haber exorbitado también las facultades provenientes de la relación contractual con su cliente, todo lo cual implica un obrar contrario a la directiva contenida en el art. 512 CC. Este proceder antijurídico, agravado también en este caso por la profesionalidad de la entidad de que se trata (art. 902 del mismo Código), compromete su responsabilidad en la medida de las consecuencias perjudiciales atribuibles a su obrar (arts. 519 y ss - 904 y ss CC) [...] la cuestión sub lite no tiene que ver con el cuidado necesario para evitar la pérdida de los bienes que se hallaban en el cofre, sino en su conducta precedente al haberlo forzado para extraer su contenido”.

Finaliza Alzada, de modo contundente que “tanto más censurable por provenir de una entidad especializada que se debía limitar a cumplir con las medidas en cuestión sin exorbitar sus facultades [...] la conducta exteriorizada por el banco implicó una lesión a derechos con jerarquía constitucional como es el derecho a la intimidad [...] por los motivos expuestos corresponderá confirmar la sentencia apelada”.

TÍTULO VIII

Causales de extinción del contrato

a) Por expiración del plazo

El contrato se extingue, en primer lugar, por el vencimiento del plazo por el cual fue convenido.

Habitualmente se incorporan cláusulas de renovación automática, según las cuales si existieran nuevas condiciones económicas el banco las comunicarán y de no mediar oposición, subsistirá la vinculación contractual.

b) Por rescisión unilateral

Si el usuario entrega de las llaves antes del vencimiento del plazo implica la rescisión del contrato, con pérdida del precio proporcional por el tiempo no utilizado.

Gálvez Domínguez entiende que “aún sin contemplarse en el contrato, no parece que el banco vaya a poner pegadas a una resolución anticipada del cliente si consideramos que el precio lo paga por adelantado, lo que en definitiva constituiría una extinción anticipada por mutuo acuerdo”²¹¹.

En cambio resulta controvertida la cláusula de reserva del banco de rescindir el contrato.

Una postura se inclina en favor de la validez de este tipo de estipulaciones, con la convicción de que por resultar un negocio que implica cierto riesgo, la pérdida de confianza o de cualificación moral en el cliente convalidaría una cláusula de este tenor.

Otra se manifiesta decididamente en contra de ello tachándolas de nulidad, por considerar que alteran el justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes.

c) Por resolución

Tratándose de un contrato bilateral, el incumplimiento contractual produce su resolución.

Entre las causales resolutorias podemos mencionar: falta de pago del canon; incumplimiento de las prohibiciones de introducción de objetos peligrosos; falta de cooperación del cliente al momento de ejercitar la entidad su derecho de inspección; concurso y/o quiebra del cliente; incumplimiento del banco del deber genérico de seguridad y reserva; ausencia o incapacidad del cliente; disolución y liquidación del banco.

211 GALVEZ DOMINGUEZ, Eduardo, op. cit., 249.

d) Por muerte del titular

El fallecimiento del titular y/o cotitulares tiene directa incidencia en la relación contractual, en consideración que estamos frente a un vínculo *intuito personae*.

Una primera cuestión que se plantea es la posibilidad de continuación por los herederos de no mediar oposición del banco.

Una segunda en el supuesto de titularidad plural, ya que continúa vigente respecto de los cotitulares supérstite. En tal caso, los herederos deberían adoptar las medidas cautelares conducentes a salvaguardar sus derechos impidiendo la apertura ordinaria de la caja, por ante el juez del sucesorio²¹².

El CCivCom carece de disposiciones respecto de esta causal.

212 La cautelar puede disponer el bloqueo de la caja hasta tanto sean debidamente notificados los co-titulares, y en presencia de éstos levantar un inventario de los bienes que se encuentren en la caja. De no prestar colaboración los cotitulares, puede procederse a su apertura forzada.

Tercera Parte
NUEVAS PERSPECTIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL
DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS EN EL SERVICIO
DE CAJAS DE SEGURIDAD EN EL SIGLO XXI

CAPÍTULO I
Régimen de responsabilidad civil

TÍTULO I
Cuestiones preliminares

Nos enseña Trigo Represas que “la voz responsabilidad proviene del latín *respondere* que significa prometer, merecer, pagar. *Responsalis* representa el que responde, en un sentido más restringido *responsum* es el obligado a responder de algo o de alguien [...] cuando de responsabilidad se habla, se hace referencia no a una idea autónoma y primaria, sino a un término complementario de una noción previa más profunda: la de deber u obligación”²¹³.

Responder es, entonces, dar cada uno cuenta de sus actos.

Responder civilmente²¹⁴ importa el deber de resarcir o indemnizar económicamente aquellos daños patrimoniales y extrapatrimoniales causados por una conducta u omisión antijurídica.

Esta conceptualización es fruto de un largo proceso histórico ya que en los primeros tiempos “las instituciones jurídicas en la generalidad de los pueblos otorgaron a las víctimas de un daño, o a sus familiares, el derecho de vengarse del dañador [...] se buscaba lograr dos objetivos: la reparación del daño a través de la expiación del dolor, y la sanción a quien lo provocó”²¹⁵.

213 TRIGO REPRESAS, Félix A. – LÓPEZ MESA, Marcelo J., *Tratado de la responsabilidad Civil*, Tomo I, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2ª edición, 2011, 37.

214 Limitamos nuestra investigación a la responsabilidad civil de las entidades financieras por el servicio de cajas de seguridad, excluyendo las que puedan derivarse de los órdenes penal, administrativo y fiscal. Asimismo excluimos la responsabilidad del cliente/usuario en general, que reservamos para una investigación independiente.

215 MAZEAUD, Henri – CHABAS, François, *Derecho Civil. Obligaciones*, Tomo I, trad. Luis Orlando Andorno, Editorial Zavalía, Buenos Aires, 1997, 472.

“El instinto de venganza excitaba la reacción frente a los daños injustos: se procuraba devolver un mal por el mal sufrido, castigando con ello al ofensor, generalmente a través de una pena corporal”²¹⁶.

La ley de Talión o *lex talionis*²¹⁷ equiparó proporcionalmente el daño con la venganza, pero generando mayor violencia, guerras familiares, tribales y de clanes.

Con la incorporación de la figura del perdón comienza a instalarse la idea de justicia.

En esta transición de venganza a justicia²¹⁸, “el cristianismo tuvo una función fundamental: ayudar a desvincular la responsabilidad de la causalidad material, al enseñar a los fieles a soportar las calamidades, aceptando con resignación la enfermedad, la muerte, las catástrofes y otros hechos similares causantes de daños no indemnizables”²¹⁹.

A partir de la monopolización de la aplicación de sanciones en manos de la autoridad pública, se tornó obligatoria y muchas veces

216 ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños*, Tomo 4, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1999, 79.

217 Refiere a un principio de justicia retributiva, en el que la norma imponía un castigo que se identificaba con el crimen cometido. El vocablo talión deriva del latín *talis* o *tale* que significa idéntica o semejante, de modo que no se refiere a una pena equivalente sino a una idéntica. La expresión más conocida es la de “ojo por ojo, diente por diente” aparecida en el Antiguo Testamento: “Pero si sucede una desgracia tendrás que dar vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, herida por herida, contusión por contusión” (Éxodo 21, 23-25); “El que hiera mortalmente a un animal pagará la indemnización correspondiente: vida por vida. Si alguien lesiona a su prójimo, lo mismo que él hizo se le hará a él: fractura por fractura, ojo por ojo, diente por diente, se le hará la misma lesión que él haya causado a otro” (Levítico 24, 18-20). El cristianismo la deja sin efecto a partir del llamado Sermón del Monte por Jesús de Nazaret: “Ustedes han oído que se dijo: ojo por ojo y diente por diente, pero yo les digo que no hagan frente al que les hace mal: al contrario, si alguien te da una bofetada en la mejilla derecha, preséntale también la otra” (Nuevo Testamento, Evangelio según San Mateo 5, 38-39).

218 Matilde Zavala de González, op. cit., propone nueve estadios de evolución de la responsabilidad civil, a saber: a) de la venganza a la reparación del daño; b) desde la causalidad material a la responsabilidad subjetiva; c) desde la culpabilidad como paradigma excluyente hacia un esquema bipolar, donde la culpa comparte el escenario con el riesgo creado y otros factores objetivos de atribución; d) desde el daño injustamente causado al daño injustamente sufrido; e) desde una concepción patrimonialista del daño hacia otra personalista; f) desde la responsabilidad individual hacia responsabilidades colectivas; g) desde el individualismo hacia la solidaridad; h) desde un derecho a seguir dañando -mientras se paguen los daños- hacia el rotundo no a la causación del daño; i) desde un derecho resarcitorio clásico al derecho de daños.

219 TRIGO REPRESAS, Félix A. – LOPEZ MESA, Marcelo J., op. cit., 64.

reglamentada la reparación de los perjuicios, evitándose los desórdenes y las sangrientas luchas propias de la venganza privada²²⁰.

Con ello dio comienzo un proceso de consideración de los elementos subjetivos en la conducta del infractor, tales como el *dolus malus* o intención malvada; y a posteriori la culpa²²¹, el riesgo creado, el abuso del derecho, la equidad.

La responsabilidad civil o deber de indemnizar con base en la culpa “apuntaba a limitar los casos de condena a indemnizar o, dicho de modo directo, a proteger a ciertos dañadores, liberándolos de esa reparación. Esa protección o liberación se originó, básicamente en una mirada benévola y comprensiva respecto de los dañadores, que encontraba justificación en la utilidad de su quehacer; en los beneficios que para la comunidad se seguían de sus emprendimientos, de la falta de maldad o perversidad de su obrar, aún dañoso”²²².

220 La Ley de las XII Tablas o Ley de igualdad romana (*lex duodecim tabularum* o *tabularum leges*) obligaba en ciertos casos a la víctima a aceptar la composición que el pretor fijaba y a renunciar a la venganza privada, escindiendo la responsabilidad civil de la penal.

221 La culpa, destinada a moralizar conductas individuales más que a asegurar la reparación del daño de imputación y factor por excelencia de responsabilidad en los códigos decimonónicos, comenzó su injerencia con la irrupción de la aplicación de la tecnología en los procesos industriales del siglo XX. El progreso, por un lado, mejoró las posibilidades de actuación humana, pero acrecentó los riesgos y daños por el otro.

222 MOSSET ITURRASPE, Jorge U., *¿Responsabilidad civil y derecho de daños?*, en Revista de Derecho de Daños, Tomo 2015-2 *Unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual*, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, 12.

Relata el distinguido jurista santafesino que “los dañadores que se querían proteger eran, por lo común, los empresarios, los contratistas, los patronos, que llevaban adelante emprendimientos juzgados como útiles o provechosos para la comunidad, pertenecían a la burguesía originada luego de unos años de ocurrida la Revolución Francesa y el dictado del *Code Napoléon*. El Estado, considerando de gran beneficio su quehacer, buscaba defenderlos de acciones fundadas en los daños originados en sus emprendimientos, causados por el empleo de sus máquinas o por el obrar de sus animales [...] se defendía a la clase alta de las pretensiones de los empleados o dependientes perjudicados. La visión era clasista, liberal e individualista, sin escrúpulos, por juzgar que los beneficios de esa impunidad justificaban su existencia. Los Códigos del siglo XIX, incluyendo el de Vélez eran ajenos a lo que hoy denominamos la cuestión social, con base en la justicia social, la protección de los débiles o desamparados, la preocupación por la solidaridad o el bien común. Se encontró en las enseñanzas de Domat, la clave para restringir al máximo el deber de reparar, los costos de la indemnización, las pérdidas de ganancias o los riesgos de la empresa. Se consideraba que el dañado, la víctima, era un descuidado, negligente o imprudente, y que el perjuicio padecido, en buena medida, era la conse-

Fiel al modelo francés Vélez Sarsfield consagró como principio medular que sólo habrá ilícito punible si al agente se le puede imputar dolo, culpa o negligencia.

De esta manera, frente al acto inculpable no habría obligación de responder, basado en el “principio señero del orden jurídico, según el cual no hay responsabilidad sin culpa [...] la necesidad de la culpa como requisito genérico de responsabilidad, es una exigencia de justicia con respecto al responsable [...] no basta la simple voluntariedad del obrar para que por ello surja la obligación de reparar el daño que se pueda haber causado y la consiguiente responsabilidad del agente [...] si bien el agente puede aparecer como autor material de un daño, no es el autor moral de ese daño y falla, entonces, la razón suficiente para hacerlo pasible de una sanción [...] Una concepción de la responsabilidad que se caracteriza por ese vaciamiento del aspecto espiritual de la actividad humana, es francamente regresiva, puesto que arrasa con toda valoración de la conducta del agente y arruina el cimiento moral del orden jurídico. Ella estimula, insensiblemente, una comprensión del orden jurídico que lo convierte en una física de las acciones humanas y favorece, sin que se lo haya advertido, una organización social desentendida de preocupaciones morales”²²³.

El CC contenía otras disposiciones que atemperaban el principio: la presunción de culpa²²⁴, la objetivación²²⁵ y la reflexión de responsabilidad²²⁶.

cuencia de su debilidad, abandono o desidia” (*ibidem*, 11/12).

223 LLAMBIAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil – Obligaciones*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983, T. III, 522.

224 Artículo 1116 CC: “Los padres no serán responsables de los daños causados por los hechos de los hijos, si probaren que les ha sido imposible impedirlos. Esta imposibilidad, no resultará de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia, si apareciese que ellos no habían tenido una vigilancia activa sobre sus hijos”. Artículo 1117 CC: “Lo establecido sobre los padres rige respecto de los tutores y curadores, por los hechos de las personas que están a su cargo. Rige igualmente respecto de los directores de colegios, maestros artesanos, por el daño causado por sus alumnos o aprendices, mayores de diez años, y serán exentos de toda responsabilidad si probaren que no pudieron impedir el daño con la autoridad que su calidad les confería, y con el cuidado que era de su deber poner”.

225 Artículo 1118 CC: “Los dueños de hoteles, casas públicas de hospedaje y de establecimientos de todo género, son responsables del daño causado por sus agentes o empleados en los efectos de los que habitan en ellas, o cuando tales efectos desapareciesen, aunque prueben que les ha sido imposible impedir el daño”.

226 Artículo 1113 CC: “La obligación del que ha causado un daño se extiende a

Con el advenimiento del maquinismo y el desarrollo de la gran industria evolucionaron también las ideas sobre la responsabilidad civil, orientándose hacia el llamado riesgo de la empresa.

“Con la teoría del riesgo que, sin duda ocupa un lugar destacado dentro del proceso de socialización de la ciencia jurídica, se va a plantear la primacía del bien común de la colectividad por encima de los meros intereses individuales, en miras de procurar una adecuada protección al interés público en general, atribuyendo el riesgo de la actividad económica privada a quien o quienes reciben provecho de ella: *ubi emolumentum ibi onus* (donde están los beneficios, también deben recaer las cargas; que en definitiva es lo mismo que lo postulado por la otra regla clásica que reza: quien goza del *commodum* (ventajas) debe soportar el *periculum* (peligros o desventajas correlativos)”²²⁷.

TÍTULO II

Unificación de los regímenes contractual y extracontractual

Vélez Sarsfield consagró en el CC un doble régimen de responsabilidad: el incumplimiento obligacional (o responsabilidad contractual que deviene cuando el comportamiento del sujeto viola un deber jurídico impuesto por una obligación preexistente), y la responsabilidad aquiliana (extracontractual, de carácter residual, derivada de la violación del *alterum non ledere* o deber genérico de no dañar a otro)²²⁸.

los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado. En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. Si la cosa hubiese sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, no será responsable”.

227 TRIGO REPRESAS, Félix A., *Los factores de atribución. El rol de la culpa*, en Revista de Derecho de Daños, Tomo 2015-2 *Unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual*, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, 17.

228 Las disposiciones relativas a la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones se encontraban en los Títulos I y II de la Primera Parte de la Sección Primera del Libro Segundo (arts. 505 a 514, 519 a 522 y cc), y los hechos ilícitos en

Las características del régimen de responsabilidad contractual velezano eran las siguientes:

- la fuente de la obligación era el contrato;
- la mora del deudor según la constitución de la obligación con interpelación o automática;
- el plazo de prescripción ordinario decenal;
- la extensión del resarcimiento comprendía a las consecuencias inmediatas y necesarias si hubo culpa, y se extendía a las mediatas si el agente obraba con dolo;
- en la responsabilidad objetiva, el acreedor no debía probar la culpa del deudor salvo que se trate de una obligación de medios;
- se reparaba el daño material y moral, se resarcía el daño al interés positivo o interés de cumplimiento;
- la ilicitud era un elemento estructural y estaba referida al incumplimiento ya sea total, parcial, tardío o defectuoso;
- el factor de atribución era esencialmente objetivo;
- en los supuestos del artículo 512²²⁹ el factor por regla era subjetivo;
- se requería una relación de causalidad adecuada.

El régimen extracontractual tenía su basamento en el *neminem laedere* o deber genérico de no dañar, y

- la mora era automática;
- el plazo de prescripción de dos años contados a partir del hecho ilícito;
- la extensión del resarcimiento comprendía las consecuencias inmediatas, mediatas y en algunos supuestos las causales;
- la víctima debía probar la culpa del demandado, salvo que se encontrare dentro de los supuestos de responsabilidad objetiva;

el Título VIII de la Sección Segunda del Libro Segundo, dedicado a los actos ilícitos (artículo 1066 y ss), también en otros artículos (901 a 909) ubicados en el Título I de la Sección Segunda del Libro Segundo, que trata acerca de los hechos jurídicos. Finalmente el artículo 1107 establecía que las normas sobre los hechos ilícitos son inaplicables al incumplimiento de las obligaciones, salvo que degeneren en un delito del derecho criminal.

229 Artículo 512 CC: “La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exige la naturaleza de la obligación, y que corresponden a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”.

- la antijuridicidad podía ser lícita o ilícita, la reparación del daño integral; el factor de atribución objetivo o subjetivo y la causalidad adecuada.
- El CCivCom en el Libro III Capítulo 1 Título V regula la responsabilidad civil²³⁰ como otra fuente de las obligaciones, unificando las órbitas contractual y extracontractual en el artículo 1716 que reza: “Deber de reparar. La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código”. En su mérito, cualquiera sea a fuente del deber de reparar la responsabilidad, se rige en principio por las mismas reglas (artículos 1709 a 1780).

Entre los aspectos más relevantes de la unificación podemos señalar:

- el plazo de prescripción liberatoria: el artículo 2561 in fine CCiv Com establece un plazo común de tres años, con algunos supuestos especiales (10 años para la acción por daños derivados de agresiones sexuales a personas incapaces; 2 años para la acción de derecho común derivada de accidentes o enfermedades del trabajo o para el reclamo de los daños derivados del contrato de transporte en el artículo 2562 incisos b y d);
- extensión del resarcimiento: el artículo 1726 declara resarcibles las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles.
- curso de los intereses accesorios a la obligación de reparar: el artículo 1748 establece que comienzan desde que se produce cada perjuicio.

Bien se ha dicho que “la unificación no implica subsumir a la obligación en el hecho ilícito, ni desconocer la diferencia estruc-

230 La expresión *responsabilidad civil* es comprensiva de tres funciones: preventiva, resarcitoria y punitiva. En la primera, la acción se promueve antes de que el daño se produzca, con lo cual para algunos autores la denominación *responsabilidad por daños* resultaría confusa en un ámbito donde no se necesita demostrar su existencia. En la otra orilla, los defensores de la denominación *derecho de daños* o *derecho a la reparación* se extiende más allá del ámbito civil, como por ejemplo el comercial, administrativo, laboral, etc.

tural entre una y otra fuente del deber de reparar. La distinción no puede ser negada en relación a la distinta estructura del hecho generador del deber de reparar. La utilidad del contrato consiste en crear entre las partes obligaciones que la ley no prevé, y esa especialidad de los vínculos contractuales sería completamente abolida si pudieran sustituirse esas obligaciones personalizadas por los deberes generales que la ley impone para las relaciones entre terceros. Pero una vez incumplido el convenio, no hay razón para hacer diferencias, en orden a la reparación, entre las consecuencias de ese incumplimiento y las que surgen de la comisión de un ilícito aquiliano. La unificación no diluye la estructura del contrato respecto del acto ilícito, sino que se propone unificar las consecuencias de ambos, sometiéndolos, salvo casos de excepción, a las mismas reglas²³¹.

Las disposiciones del Título V “son aplicables a la prevención del daño y a su reparación” (artículo 1708 CCivCom), consagrándose con ello “la función bipartita de la responsabilidad civil: prevenir y reparar [...] comprende dos etapas del daño: actuar *ex ante* para impedir su producción, continuación o agravamiento, estableciéndose un deber general de hacer (realizar una acción positiva para evitar causarlo) o de abstención (omitir ejecutar una conducta potencialmente lesiva). Acaecido el hecho, se presenta la clásica función resarcitorio que cuantitativamente es la más importante²³².”

En los fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial, los codificadores destacan que “tanto en el derecho comparado como en nuestro país existen discusiones doctrinales acerca de si la prevención y la punición integran o no la noción de responsabilidad; es necesario, pues, que la ley resuelva la controversia. Por ello, el primer artículo señala que las normas son aplicables a los tres supuestos, y los subsiguientes contemplan la prevención, la reparación, y la sanción pecuniaria disuasiva²³³ [...] consagra el

231 PICASSO, Sebastián, *La unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Editorial La Ley, Buenos Aires, Noviembre 2014.

232 LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Tomo VIII, 2015, 271.

233 En el trámite parlamentario se eliminó la regulación sistemática de la función

deber de prevención para toda persona con los siguientes alcances: a) en cuanto dependa de ella, es decir, que la posibilidad de prevenir se encuentre en su esfera de control, ya que de lo contrario se puede convertir en una carga excesiva que afecta la libertad; b) se deben adoptar las diligencias conforme a lo que haría una persona que obrara de buena fe, disponiendo medidas razonables para evitar el daño o disminuir su magnitud o no agravarlo, si ya se ha producido; c) se reconoce el derecho al reembolso del valor de los gastos en que ha ocurrido siguiendo las reglas del enriquecimiento sin causa [...] se propone una regulación más completa de la función preventiva incluyendo la acción, la legitimación y las facultades judiciales [...] La omisión del deber de prevención da lugar a la acción judicial preventiva, cuyos presupuestos son: a) autoría: que en este caso puede consistir en un hecho o una omisión de quien tiene a su cargo un deber de prevención del daño [...] b) antijuridicidad: porque constituye una violación del mentado deber de prevención; c) causalidad: porque la amenaza del daño debe ser previsible de acuerdo con el régimen causal [...] d) no es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución, que es lo que, además de la función, diferencia a esta acción de la obligación de resarcir [...] Se delimitan los siguientes criterios para la sentencia de finalidad preventiva: a) se distingue entre la tutela definitiva que surge de un proceso autónomo cuya finalidad es únicamente la prevención, de aquellos en que es provisoria; b) en ambos supuestos, la sentencia puede establecer obligaciones de dar, hacer o no hacer, según los casos; c) el contenido y extensión de estas obligaciones debe estar guiado por la necesidad de evitar el daño con la menor restricción de derechos posible, la utilización del medio más idóneo; la búsqueda de la eficacia en la obtención de la finalidad. Estos parámetros permiten una valoración más exacta y un control judicial sobre las medidas que se adopten; d) el juez puede disponer estas medidas a pedido de parte o de oficio"²³⁴.

punitiva, subsistiendo en la LDC y en la facultad judicial para moderar la punición excesiva (art. 1714 CCivCom).

234 Anteproyecto Código Civil y Comercial.

CAPÍTULO II

Responsabilidad civil bancaria

La problemática relativa a la responsabilidad civil de las entidades financieras amerita un análisis específico por tratarse de una actividad privada de interés público²³⁵.

Según Drucaroff Aguiar “las entidades financieras deben obrar con arreglo a estrictas pautas de profesionalidad y eficiencia. Tales parámetros, además, no resultan sólo de las normas y principios generales sino de las reglamentaciones específicas que establecen las autoridades de contralor estatal [...] la responsabilidad de los bancos y entidades financieras se define con un grado sustancialmente mayor a la del común de las personas...”²³⁶.

La responsabilidad civil bancaria es de carácter profesional o agravada²³⁷ y precisamente en ello radica su especialidad.

Es el res15de un daño concreto, y sólo debe reconocerse en favor del usuario la posibilidad de instar la resolución del contrato”²³⁸.

Otros reconocen que el cliente “pueda pedir la rescisión del contrato y en su caso la indemnización de los perjuicios, como los gastos de un nuevo contrato con otra entidad que tal incumplimiento pudiese ocasionarle”²³⁹.

235 Cfr. Primera Parte Capítulo II Título III.

236 DRUCAROFF AGUIAR, Alejandro, *Principios generales de la responsabilidad bancaria*, en *Revista de Derecho de Daños – Daños en la contratación bancaria*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Tomo 1, 2013, 11.

237 Artículo 902 CC (derogado): “Cuando mayor sea el deber de actuar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos”. Artículo 1725 CCivCom “Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias. Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes. Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente”.

238 JORDANO FRAGA, Francisco, *La responsabilidad contractual*, Editorial Civitas, Madrid, 1987, 534.

239 GALVEZ DOMINGUEZ, Eduardo, op. cit., 202.

Finalmente, en lo que respecta a la violación del deber de conservación “el banco se compromete a conservar el *status quo* de la caja cedida al cliente [...] tal compromiso se desglosa en una doble obligación de integridad interna y externa que se corresponde a su vez, con las garantías respectivas de clausura y conservación a que todo usuario aspira”²⁴⁰.

Para cumplir con dicha obligación el prestador debe adoptar todas las técnicas de conservación y custodia necesarias para evitar la afectación (destrucción o deterioro) de los bienes ubicados en el habitáculo.

Ejemplo de ello es el artículo 1839 del CCI²⁴¹ que prescribe: “En el servicio de cajas de seguridad, el banco responde hacia el usuario por la idoneidad y la custodia de los locales, y por la integridad de la caja, salvo el caso fortuito”.

Papanti Pelletier interpreta respecto de este artículo que “el objeto de la custodia está constituido no por la caja, sino por los locales en los cuales ella está situada [...] es necesario precisar que la previsión normativa que indica los locales no es casual [...] el objeto no es, ni podría ser, el contenido mismo de la caja [...] la obligación subsiste independientemente de la introducción y de la permanencia de los objetos en la caja...”²⁴².

CAPÍTULO III **Configuración de la obligación bancaria**

La configuración de la obligación bancaria genera controversias, considerada ya sea como de resultados o de actividad (el deudor promete un resultado, un acto determinado, independientemente de la diligencia o los medios que emplee para conseguirlo); o como una de medios o de diligencia (se obliga a desplegar una

240 GARRIGUES, Joaquín, op. cit., 460.

241 *Articolo 1839: “Nel servizio delle cassette di sicurezza, la banca risponde verso l’utente per l’idoneità e la custodia dei locali e per l’integrità della cassetta, salvo il caso fortuito”*

242 PAPANTI PELLETIER, Paolo, *Cassette di sicurezza e responsabilità del banchiere*, Edit. Giuffrè, Milan, 1988, 1380.

determinada actividad mediante el empleo de una elevada diligencia tendiente a la consecución de un posible resultado, pero sin garantizarlo, es decir, son obligaciones generales de prudencia y diligencia).

La cuestión no es neutra ni mucho menos carente de relevancia práctica, y resulta decisiva de cara a configurar el esquema probatorio procesal, el nivel de diligencia exigible al banco y el régimen de imputación de responsabilidad.

Considerada una obligación de medios, el cliente debe demostrar la conducta negligente del banco (elemento subjetivo), la ausencia o funcionamiento defectuoso de las medidas de seguridad, o la incidencia de algún factor humano (por acción u omisión).

Calificada como obligación de resultados, le bastará probar su ausencia y será el banco quien tendrá la carga de demostrar la concurrencia de un evento constitutivo de caso fortuito o fuerza mayor.

Analizaremos a continuación ambas posturas doctrinarias.

TÍTULO I

Obligación de resultados

Parte de la doctrina y jurisprudencia española, opta por configurar la promesa de seguridad implícita en el contrato, como una obligación de resultados, identificándola con la consecución de un objetivo: el mantenimiento del *statu quo* de la caja (integridad externa e interna)²⁴³.

243 ALVAREZ RUBIO, op. cit, 369, destaca la sentencia de Tribunal Superior Sala 2º del 26/2/1993, a causa de un robo acaecido en una sucursal del Banco Hispano Americano de Barcelona el 15 de agosto de 1985. En los hechos resultan forzadas más de 1000 cajas, siendo desvalijadas unas 387, que eran las que se encontraban en uso. Al enjuiciar el caso el tribunal optó por abandonar antiguas fórmulas de imputación de la responsabilidad basadas en la culpa *in vigilando* o *in eligendo*, y en el considerando 4º asume los postulados de Garrigues, señalando que: "En el caso sub iudice no puede reprocharse al Banco la falta de dispositivos apropiados para la prevención de asalto fuera de las horas de oficina, capaces de detectar un ataque contra las zonas donde se custodiaban fondos o valores, porque tales dispositivos existían y contaban con la homologación administrativa, ahora bien su inefectivo funcionamiento no se produjo fortuitamente o por un suceso de fuerza mayor, sino por el descuido y negligente comportamiento de la empleada o dependiente de la entidad, cuya misión en el servicio de Cajas de Seguridad, como demostró lo sucedido, era pieza decisiva para la finalidad protectora y preventiva

Por esa razón “el banco, independientemente de la naturaleza jurídica de la relación contractual que asume, se compromete siempre a prestar un *opus* global al cliente, en el que sólo se encuentra la obligación de custodia sino también la mera facilitación del uso de la caja”²⁴⁴.

Entre nosotros prevalece el criterio jurisprudencial que reivindica este carácter de obligación de resultados, en los siguientes términos:

“En el contrato de caja de seguridad la obligación de vigilancia a cargo del banco forma el centro, el alma, la naturaleza del mismo y, por ello, su trasgresión equivale a un completo incumplimiento del contrato. Por tal razón, la obligación del banco no puede quedar afectada por ninguna cláusula de exoneración de responsabilidad, la que no puede tener valor alguno, pues implica una renuncia anticipada de derechos por parte del cliente que desvirtúa la esencia misma del contrato [...] Responder de la custodia de los locales significa que el banco debe disponer los medios idóneos para asegurar la vigilancia diurna y nocturna de los locales mismos, con el fin de impedir que otro que no sea el locatario pueda abrir la caja. Responder por la integridad, en cambio, significa que el banco es responsable de los daños sufridos por el locatario por una lesión externa de la caja, debiendo vigilar la integridad externa de la misma. Ambas obligaciones se traducen en una prestación única a cargo del banco que consiste en impedir que la caja sea abierta por quien esté en posesión ilegítima de la llave o, durante las horas de clausura, fuerce el local para llevarse su contenido [...] Asumiendo el banco una obligación de resultado, cuando los valores introducidos en la caja de seguridad sean dañados o destruidos, no puede liberarse

del sistema. El Banco no se compromete a prestar una determinada diligencia, sino a facilitar al cliente un resultado que consiste en la conservación del *statu quo* de la caja, obligación que se desdobra en una obligación relativa a la integridad interna (garantía de clausura) y una obligación relativa a la integridad externa (garantía de conservación), y para liberarse de la consiguiente responsabilidad en caso de robo había que demostrar el perfecto funcionamiento del servicio de vigilancia y de los mecanismos o sistemas de seguridad, lo que aquí no ha ocurrido”.

244 JORDANO FRAGA, Francisco, op. cit., 533.

probando haber empleado la diligencia de un buen padre de familia, de un buen banquero, ni muy vigilante ni muy escrupuloso”²⁴⁵.

“Los clientes buscan de la entidad bancaria la garantía de máxima seguridad contra el riesgo de robo, extravío o pérdida de las cosas, el deber de custodia por parte del banco forma la esencia del mismo; por ende, las cláusulas²⁴⁶ de exoneración de responsabilidad no tendrán valor alguno, pues implicarían una renuncia anticipada de derechos por parte del cliente, en tanto es inadmisibles por parte del banco que se obligue a algo sin sanción posible para tal supuesto, pues ello es lo mismo que no obligarse a nada, lo cual desnaturalizaría el concepto de obligación y atentaría contra el principio de buena fe [...] la ausencia de culpa del banco es irrelevante por cuanto, tratándose de un supuesto de responsabilidad objetiva, era insustancial prever que para el supuesto de obrar con culpa o aún con dolo pueda erradicarse el deber de responder, pues no es aquélla la conducta que califica el reproche, sino la ausencia del resultado previsto”²⁴⁷.

“Si un banco ofrece cajas de seguridad a clientes debe considerarse que no se limita al arriendo del espacio y cofre, sino que además asume un deber de guarda y custodia, que si bien puede no resultar de los términos del contrato, surge implícito de la activi-

245 CNCom Sala B, 26/03/1993, “Sucarrat, Gustavo c/Banco de Galicia y Buenos Aires S.A.”, en La Ley 1994-E, 437.- En el caso el banco fue condenado en primera y segunda instancia al pago de la suma de u\$s 14.000.- y las costas del proceso, considerando que: a) el robo, proviniendo de la mano del hombre, no tiene carácter de caso fortuito porque para sustraer los valores al peligro de tal evento, está destinada la caja de seguridad. b) si bien el banco cumplía con las normas mínimas de seguridad previstas en la ley 19130 destinadas a las operatorias comunes, al prestarse en esa sucursal el servicio de cajas de seguridad debió haber previsto otras para evitar el siniestro, pues se demostró que no poseía servicio de vigilancia adicional para ello, sea en el horario diurno y nocturno de no atención al público, o durante los fines de semana, como asimismo que la alarma dependía del accionar humano.

246 El texto de la cláusula rezaba: “los locatarios eximen al banco, en su carácter de locador de la caja de toda responsabilidad por daños, perjuicios y/o erogaciones que pudieren derivar para los locatarios o para terceros de eventuales daños o pérdidas sufridas por las cosas contenidas en la caja o fuera de ella debidas a la apertura de la misma por cualquier causa o con motivo de otro hecho o siniestro”.

247 CNCiv Sala A, 23/3/1995, “Taormina, Adela c/Banco de Galicia y Buenos Aires”, en Colección El Derecho Tomo 162, 689.

dad bancaria [...] cuando se contrata una caja de seguridad en un banco, el cliente no se limita, normalmente, al análisis de las condiciones de la caja o cofre, sino que también tiene en cuenta que se trata de una institución que da seguridad adecuada al espacio en el que se encuentran esas cajas [...] El banco no cumplió con las obligaciones de custodia y guarda que asumió en la relación de caja de seguridad, si existían deficiencias en la puerta de ingreso, falta de vigilancia e ineficacia del sistema de alarma”²⁴⁸.

“La circunstancia de que las medidas de seguridad adoptadas por el banco demandado fueran superiores a las requeridas por el ente de contralor para entidades bancarias dedicadas a operaciones comunes, no excusa su responsabilidad por los daños y perjuicios sufridos por los actores como consecuencia del robo de su caja de seguridad [...] Para apreciar la responsabilidad, sirve como parámetro judicial su carácter profesional. Así, como la entidad bancaria no puso la diligencia ni los controles idóneos para prevenir tales situaciones, cabe atribuirle falta de cuidado en su actuación comercial, falta que incidió en gran medida en la producción del resultado dañoso [...] La responsabilidad y la carga de la prueba están en íntima dependencia con la naturaleza del contrato. En efecto, cuando la obligación es de resultado, la carga de la prueba corresponde al deudor, el acreedor nada tiene que probar en caso de incumplimiento [...] los bancos no se comprometen a prestar una determinada diligencia, sino a facilitar al cliente un resultado, consistente en la conservación del *statu quo* de la caja. Se trata de un servicio por el cual los clientes buscan de la entidad bancaria la garantía de máxima seguridad contra el riesgo de robo, extravío o pérdida de sus bienes, razón por la cual el deber de custodia por parte del banco forma la esencia del contrato [...] El incumplimiento genera una responsabilidad objetiva, es irrelevante que el banco pretenda acreditar que obró sin culpa, desde que no es tal la conducta que califica el reproche, sino la ausencia del resultado previsto [...] La calidad de banquero del demandado es un antecedente jurídico necesario que lo somete a la doctrina del riesgo profesional [...] la

248 CNCiv Sala D, 30/4/1998, “Paternostro, Mario L. c/Banco Mercantil”, en Jurisprudencia Argentina Tomo 1999-I, 150.

ecuación confianza-asunción del riesgo se traduce en una acción profesional de tutela: la oferta profesional de un servicio debe ser satisfecha de acuerdo a la expectativa que genera²⁴⁹.

TÍTULO II Obligación de medios

Quicios Molina configura la obligación de custodia como de medios, y sostiene que “la cuestión es muy dudosa, sobre todo porque la custodia, como toda actividad, tiende a un resultado que en este caso es la conservación de los objetos introducidos en la caja. Aún así, creo que la obligación de custodia es una obligación de medios, un servicio y no una obra, que se traduce en la puesta a disposición del cliente de unos medios especialmente idóneos para conseguir el resultado que busca el cliente, pero al que no se compromete el banco [...] en el depósito la obligación de restitución, unida a la de guarda, puede llevar a considerar que la conservación de la cosa es una obligación de resultado porque dicha cosa debe restituirse, en el contrato de cajas de seguridad, al no existir obligación de restitución, la obligación de custodia no está influida por ese resultado que es la devolución de la cosa [...] en definitiva, el banco no se obliga a que las cosas introducidas en la caja no sean robadas o sufran menoscabo de ningún tipo, sino a desarrollar la actividad adecuada para que no sean robadas ni sufran menoscabo. Lo que se remunera es el servicio, sobre todo teniendo en cuenta la escasa cuantía de esta remuneración en proporción al servicio que ofrece²⁵⁰.”

Concluye que esta obligación de diligencia es como la del buen padre de familia o para el caso concreto, la del buen banquero o banquero medio. Como expresa Biondi²⁵¹ “*ne troppo trascurato ne troppo scrupoloso*” (ni demasiado descuidado ni demasiado escrupuloso).

249 CNCom Sala B, 04/10/1996, “Quiquisola, Roberto c/Banco Mercantil Argentino”, en La Ley 1997-B, 80.

250 QUICIOS MOLINA, María Susana, op. cit., 168/169.

251 BIONDI, Biondo, *Forza maggiore in tema di servizio delle cassette di sicurezza*, en Revista *Banca, borsa e titoli di credito*, 1958, 292.

Quienes sustentan esta tesitura esgrimen de tres argumentos: a) el contrato supone la prestación de un servicio y nunca de una obra; b) no existe obligación de restituir; c) el banco jamás se obligaría a que los bienes ubicados en el compartimiento no fuesen robados o no sufriesen deterioro de ningún tipo, sino simplemente a acometer los medios idóneos para evitar tales contingencias.

Saleme Murad abona esta teoría, y afirma que “el Código Civil expresamente limita la responsabilidad del depositario; y lo ilegal sería traspasar ese límite, razón por la cual no se puede hablar aquí de ilegitimidad de cláusulas limitativas de responsabilidad. Sostener lo contrario, sería directamente desconocer la normativa legal y proponer la desaparición de este tipo de contratos por su total desnaturalización [...] en este contrato rige el criterio de la responsabilidad subjetiva, el cliente debe demostrar que el banco no puso toda la diligencia posible, y no a la inversa”²⁵²; en otras palabras, sólo debe demostrar que ha puesto la máxima atención en el cuidado de la caja y cumplido acabadamente con las normas de fondo y las pertinentes del Banco Central de la República Argentina²⁵³.

TÍTULO III Tesis intermedia

Distingue la naturaleza de las obligaciones del banco en función de los diferentes orígenes del daño.

Si éstos provienen de una configuración deficiente del servicio por defectos en el funcionamiento de los mecanismos y sistemas

252 SALEME MURAD, Marcelo A., *El contrato de caja de seguridad bancaria*, op. cit., 663.

253 Para el citado autor si lo que se pide para exonerar al banco es que acaezca un terremoto, entonces se hará responsable al banco de todo lo que no sea un desastre natural, lo cual es a todas luces incompatible con cualquier criterio de razonabilidad jurídica; y si bien los hechos de robo son de gran impacto, no dejan de ser aislados, como ocurrió con la Sucursal Acasuso del Banco Río. El cinematográfico robo ocurrió en 13 de enero de 2006. Unas 23 personas fueron tomadas de rehenes durante toda una tarde. Los ladrones escaparon en dos gomones por los desagües subterráneos. Cuando la policía se decidió a entrar al banco, sólo encontraron a los rehenes, el túnel por el cual huyeron los ladrones, armas de juguetes y una sarcástica nota cuyo texto decía: *En barrio de ricachones, sin armas ni rencores. Es sólo plata, no amores*. Botín estimado de las 145 cajas de seguridad: 19 millones de dólares entre dinero en efectivo y joyas.

de seguridad, el banco incumpliría obligaciones de medio o diligencia. Si en cambio derivan de la violación de la integridad del compartimiento, nos encontraríamos frente al incumplimiento de una obligación de resultado²⁵⁴.

CAPÍTULO IV

Daños ocasionados por siniestros y fenómenos naturales

Siniestros y fenómenos naturales tales como incendios, movimientos sísmicos e inundaciones pueden afectar el normal funcionamiento del servicio.

Tradicionalmente estos hechos son considerados caso fortuito o fuerza mayor, en virtud de que su acaecimiento –generalmente irresistible- se presenta incontrolable frente al deudor de una prestación.

Sin embargo, en el contrato que nos ocupa habrán de valorarse en el caso concreto y de acuerdo a las características físicas del lugar, la posibilidad de prever e impedir consecuencias dañosas.

De este modo “serán las características físicas y constructivas de los compartimentos y cámaras donde se hallan ubicadas las cajas, así como las cualidades de especial resistencia y estanqueidad de éstas las que hagan que la obligación asumida por la entidad de crédito exceda de la simple vigilancia, hasta abacar la resistencia frente a embates habitualmente irresistibles en otros ámbitos negociales”²⁵⁵.

254 GALVEZ DOMINGUEZ, Eduardo, op. cit., 204, considera que en los supuestos de las obligaciones de medios, la obligación de probar corre a cargo del cliente, de forma que éste haya de demostrar, no sólo la obligación, el daño y la relación causa-efecto entre el incumplimiento y el perjuicio sino, además, la ausencia en cada caso del nivel de diligencia exigido. No obstante, este rigor probatorio lo morigera al considerar incluido el contrato dentro de las previsiones de la Ley General de Defensa del Consumidor y Usuario de España, en particular en su artículo 26 que supone la inversión de la carga de la prueba, que aligera las tremendas dificultades de cara a obtener una eventual indemnización.

255 ALVAREZ RUBIO, Julio, op. cit., 442.

TÍTULO I Terremotos

Los movimientos sísmicos y sus diversas manifestaciones (terremotos y tsunamis) son considerados hechos exoneratorios de responsabilidad, asimilándolos a la fuerza mayor²⁵⁶.

Su advenimiento supone un evento que escapa a la esfera de control y, por su infrecuente acontecer, a la posibilidad de prever su acaecimiento²⁵⁷.

256 Un movimiento sísmico es un movimiento vibratorio producido por la pérdida de estabilidad de masas de corteza. Cuando el movimiento llega a la superficie y se propaga recibe el nombre de terremoto. Se distinguen tres tipos de terremotos: a) microsismos: pequeñas vibraciones en la corteza terrestre provocadas por causas diversas, entre las más frecuentes se encuentran grandes tormentas, hundimiento de cavernas, desplomes de rocas, etc.; b) sismos volcánicos: es el caso del hundimiento de calderas volcánicas, destape de las chimeneas en una erupción, etc.; y c) sismos tectónicos: son los verdaderos movimientos sísmicos y los de mayor intensidad, generalmente asociados a fracturas o fallas. Se producen por formación de filas, movilización de fallas preexistentes o por movimiento de fallas asociadas. (www.recursoctic.educacion.es). Un tsunami es una serie que procede del océano que envía grandes oleadas de agua que en ocasiones alcanzan alturas de 30,5 metros hacia el interior. Estos muros pueden causar una destrucción generalizada cuando golpean la costa. (www.nationalgeographhc.es)

257 En Chile, considerado el país *más sísmico del mundo*, los movimientos sísmicos de mayor envergadura en los últimos años fueron en Chillán de 1939 (grado 8,2) que dejó más de 5000 muertos; Valdivia de 1960 con magnitud de 9,5, el más potente registrado en la historia y que dejó casi 2000 muertes; Algarrobo en 1985 (7,8) cuyo balance de víctimas fue 180, y en Concepción en 2010 con una magnitud de 8,8 con un saldo superior a los 500 fallecidos. En el país transandino la norma N° 433 sobre construcciones, aborda las especificaciones técnicas que deben observar las construcciones para el caso de terremotos. Está orientada a lograr estructuras que resistan sin daños movimientos sísmicos de intensidad, limiten los daños en elementos no estructurales y, aunque presenten daños, eviten el colapso. Establece requisitos mínimos para el diseño sísmico de edificios de acuerdo con el área en el que se enclaven y el uso al que estén destinados, distinguiendo zonificaciones sísmicas: a) zona costera, con suelos más blandos y riesgosos, obliga a una mayor rigidez en sus cimientos. Esta área incluye toda la costa, desde el Norte Grande hasta Puerto Montt. b) zona central, basta una rigidez intermedia y contempla hasta la isla de Chiloé. c) zona cordillerana, desde el Antiplano hasta Tierra del Fuego, con suelos de roca firme, se exige una menor rigidez (www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2014/04/140402_chile_terremoto_edificios.az.shtml)

El terremoto de San Francisco de 1906²⁵⁸ demostró la resistencia de las cámaras acorazadas a este tipo de eventos naturales, garantizando la seguridad e integridad de los bienes en ellas contenidos.

TÍTULO II **Inundaciones**

El *leading case* es la inundación sufrida en las instalaciones de la agencia del Banco de Sicilia en la ciudad de Florencia, como consecuencia de la crecida del río Arno en el año 1966²⁵⁹.

Se integra con las sentencias del Tribunal de Florencia del 24 de abril de 1970²⁶⁰, la Cámara de Apelaciones del 16 de noviembre de 1971²⁶¹ y Casación del 27 de julio de 1976²⁶².

El Tribunal de Florencia acoge la demanda por indemnización de los daños ocasionados en los bienes existentes en la caja de seguridad de titularidad de la familia Vitali²⁶³.

258 El 18 de abril de 1906 la ciudad de San Francisco (EEUU) sufrió los efectos de un devastador terremoto que provocó la muerte de más de 3000 personas e hirió a decenas de miles. El terremoto se originó en el océano Pacífico y se propagó a más de 3 km por segundo. El segundo de los seis terremotos que le sucedieron minutos después, tuvo epicentro en la Falla de San Andrés, a tan solo 12 km. del centro de la ciudad, alcanzando una magnitud de 7,9 en la escala de Richter. Se declararon docenas de incendios en viviendas y demás edificios, que se propagaron durante tres días.

259 El Río Arno discurre por la Región Toscana. Nace a 1385 mts. de altura en el Monte Falterona, en los Apeninos, y desemboca en Pisa, en el mar de Liguria tras 241 km de curso y 8228 km² de cuenca. El 4 de noviembre de 1966 inundó la ciudad de Florencia en menos de 24 hs. debido a las intensas lluvias. Las aguas invadieron el casco histórico florentino alcanzando más de 5 metros de altura en algunos puntos como la Plaza de la Santa Croce. Como consecuencia del arrebato de la naturaleza, el fabuloso patrimonio florentino quedó sumergido. Más de un millón de libros y casi un centenar de pinturas, frescos y esculturas quedaron seriamente dañados. Entre las obras que más sufrieron el infortunio estaba *L'ultima cena* de Giorgio Vasari (1546). La monumental tabla con paneles álamo (2,43 x 6,40 mts) permaneció sumergida bajo el agua, los detritus y el lodo más de 12 hs.

260 Tribunal de Florencia, Banco di Sicilia c Vitali, en Revista Banca, borsa e titoli di credito, Editorial Giuffrè, Milan, Parte 2, 1971, 267/283.

261 Corte de Apelación de Florencia, Banco di Sicilia c Vitali, en Revista Giurisprudenza di merito, Editorial Giuffrè, Milán, 1973, 599/601.

262 Corte de Casación, Banco di Sicilia c Vitali, en Revista Guistuzia Civile, Editorial Giuffrè, Milán, 1976, fasc. 12.

263 Objetos de plata, relojes, una colección de estampillas emitidos hacia fines de

La entidad bancaria argumentó como excepcional el caudal, la vastedad y la violencia de la inundación súbita de Florencia, hecho notorio en su dimensión fenoménica, calificándolo como un caso de fuerza mayor.

Argumentaban que si “el aluvión revistió el extremo de la *vis cui resisti non potest*, ninguna fuerza humana podía impedir que las cenagosas aguas inundasen ciertos puntos de la ciudad, penetrasen en ciertos locales y a ciertas alturas”.

El debate giró entorno a la calificación jurídica de la inundación en relación con las obligaciones a cargo del banco, esto es, si pesaba sobre un particular deber de prevención y defensa del aluvión, ya que el concepto de caso fortuito o fuerza mayor tiende a coincidir con la idea de causa no imputable a culpa del deudor.

Entendió el Tribunal florentino que “la noción de causa no imputable no se resuelve en la pura y simple situación negativa de ausencia de culpa, sino que comprende la exigencia de probar (en virtud del evento positivamente individualizado) que la prestación se haya tornado imposible, y no sólo demostrar haber sido diligente”.

“En la definición del fortuito están tradicionalmente presentes los dos requisitos de la imprevisibilidad y la inevitabilidad [...] el requisito de la imprevisibilidad no parece esencial porque el problema no es tanto de ver si el deudor había previsto el evento, cuanto si había puesto aquellos medios y aquellas precauciones que la ley le reclamaba para evitarlo”.

Continúa “en otras palabras, la investigación debe ser siempre completada sobre el terreno de la evitabilidad, porque frente a un fenómeno previsible, ocurre establecer si el deudor había adoptado, según el parámetro de la diligencia o de normas más específicas, todas las cautelas idóneas a evitar la influencia negativa de ello sobre el cumplimiento, y si se puede demostrar que del evento es derivada una imposibilidad liberatoria y no una mera *difficultas*”.

“Existiría un margen de previsibilidad en todos los eventos, de los cuales el deudor debiera tener en cuenta, pero el criterio de la imprevisibilidad no puede considerarse decisivo en la comprobación del caso fortuito, sino la inevitabilidad”.

la guerra de 1914 y otra emitida entre 1914 y 1938.

Consideró que “la imprevisibilidad es sólo eventual, mientras es necesaria la inevitabilidad de modo que no puede tener eficacia liberatoria el caso fortuito provocado o facilitado por la culpa del deudor. Entonces, para determinar qué es el caso fortuito derivado del artículo 1839 Codice Civile, en primer término deben determinarse cuáles son las obligaciones a cargo del banco [...] por ser el caso fortuito manifiestamente indicado en la norma el límite de la responsabilidad del banco, eso no podrá nunca identificarse en un evento que esté comprendido entre aquellos en orden a los cuales el banco presta su normal servicio de defensa. La función del servicio es conceder en uso con las garantías de secreto y seguridad”.

Advierte que “en los hechos, el banco garantizaba un local idóneo respecto a un eventual anegamiento circunscripto a la rotura de un tubo o al rebasamiento de una alcantarilla, y sostenía que el propio edificio estaba construido de modo de evitar las consecuencias de tales previsiones y normales eventos [...] para tener una finalidad de seguridad así fácilmente [...] se instituya un costoso servicio bancario, no puede de ningún modo admitirse”.

Argumentó el banco que por estrictas razones de seguridad contra robos, los locales donde se encuentran instaladas las cajas de seguridad no podían estar situados sobre el nivel del suelo y, en su caso, se habría preocupado de arreglar un nivel de seguridad respecto a las alcantarillas callejeras, eliminando cualquier peligro de anegamiento o infiltración²⁶⁴.

Entendió que si bien es verdad que “es fundamental -por seguridad- que los locales por un lado sean subterráneos, acorazados y dotados de particulares sistemas de apertura, por el otro los torna

264 El subsuelo del edificio estaba protegido por una *scannafoso* (técnica de construcción que consiste en un vacío creado artificialmente junto a los cimientos de los edificios utilizado para adherirlos a terrenos húmedos y así mejorar la conservación en el tiempo (sinónimo de zanjas). Contaba con dos niveles: a) el más bajo (o segundo sótano) contenía varias dependencias y un sector del archivo propio de la entidad; y b) el más alto (o primer sótano) ocupado por los locales del tesoro y de las cajas de seguridad.- El banco alegó que no obstante la enormidad del cataclismo, si el agua no hubiese venido desde la calle (que llenó todo en un cuarto de hora), el primer sótano donde se encontraban las cajas no se habría inundado, pues su nivel es superior al de las alcantarillas de la calle.

más vulnerables a la agresión del ingreso de las aguas, sean del sistema normal de conductores y alcantarillas, lluvias, inundaciones [...] Entonces, para atemperar las dos exigencias, puesto que no sólo contra los robos sino también contra el agua, el banco debe aprestar locales idóneos, tal idoneidad debe ser alcanzada mediante una planificación tal que evite la penetración del agua [...] no puede hacerse referencia a una genérica figura del buen banquero, válida para todos los casos, por cuanto ésta debe ulteriormente ser especificada según las circunstancias del caso concreto. No se puede pretender para el cliente de la pequeña agencia bancaria de un pueblo o periferia el mismo precio de seguridad que se puede y debe pretender para la sede central de la gran banca. En la especie, es evidente que se debe asumir la figura del buen banquero en la acepción del máximo de su diligencia debida y, por lo tanto, de su responsabilidad”.

Agrega que “la inundación del Arno es un evento previsible [...] No tiene importancia que el recuerdo de la última inundación del año 800 fuese ya prácticamente perdido, porque ocurre que valorar la previsibilidad de evento en relación no a una prestación cualquiera, en la cual no esté ínsita una función de garantía o de seguridad, pero en relación a los deberes propios de quien presta tales garantías o seguridades, y debe ser por lo tanto diligentemente informado de cada posibilidad aunque remota de peligro [...] El local de las cajas no era impermeable y es irrelevante que tal cualidad no haya sido asegurada nunca, ni antes ni después de estipular el contrato [...] se trataba de una obligación legalmente debida por el Banco de Sicilia, cuyo cumplimiento habría evitado la inundación, por lo tanto, no puede integrar los extremos del caso fortuito en la norma del artículo 1839²⁶⁵ [...] la entidad debió haber previsto un sistema que actúe rápidamente ante la contingencia, “como la técnica de las construcciones navales enseña”²⁶⁶.

265 El Tribunal destaca en la sentencia la declaración del gerente del banco, quien detalló que el local era subterráneo, sin ventanas, con boquetes de aireación comunicados con el piso del edificio. Otro funcionario del banco señaló que: el local del tesoro no es hermético, porque existe la necesidad de aireación por la documentación contenida, y además que el agua entró por los boquetes del local que sirven para una necesaria aireación.

266 Plantea la siguiente hipótesis: si tal sistema hubiese sido previsto, habría po-

Finalmente califica como inidóneos a los locales de la entidad, por carecer de un sistema alternativo o de emergencia de apertura de puertas que inhiba la programación de los relojes de las cerraduras²⁶⁷.

Admitió el extremo malestar y la falta de medios que afligieron a la ciudad, y que el banco puso todo los medios a su alcance para abrir el tesoro con medios extraordinarios y con la mayor celeridad posible; pero concluye que “el defecto no está en tal actividad posterior, sino en la predisposición de un sistema de apertura que es una excelente defensa contra los robos y al mismo tiempo contra otras eventualidades, como el agua o el fuego”.

Resolvió declarar al banco incumpliente de las obligaciones a su cargo impuestas por el artículo 1839, condenándolo al pago de los daños en los bienes de los Vitali provocados por el agua y el barro²⁶⁸.

La Corte de Apelación de Florencia revocó el fallo liberando al banco de todo tipo de responsabilidad civil, argumentando que “caso fortuito o fuerza mayor es aquel evento natural o humano imprevisible o, si previsible inevitable, que torna imposible el cumplimiento de una obligación; y por lo tanto evento imprevisible integrante como tal el caso fortuito o la fuerza mayor, no sólo aquello que se juzga no poder en ningún modo o por ninguna razón acaecer, sino aquello que, como consecuencia de la concreta y efectiva realidad esta destinado a producirse, pueda juzgarse ex-

dido ser puesto en función ágilmente la mañana del 4 de noviembre, dado que a las 8 de la mañana de ese día los custodios tomaron conocimiento de la invasión de las aguas en el segundo sótano, y en el primer sótano (recinto de las cajas) el agua penetró sólo después de las 11, es decir, después de tres horas. Aunque suponiendo que el mecanismo habría debido ser accionado eléctricamente, ya que el suministro de energía fue interrumpido entre las 9 y 9,30, esto es, una hora después del primer alerta de inundación.

267 La inundación se produce un viernes feriado y los relojes fueron programados el jueves para la apertura en la mañana del lunes siguiente. Al intentar la apertura ese día y comprobado que no funcionaban, se decidió penetrar en los locales por intermedio de un boquete en las paredes de cemento armado, con lo cual pudo ingresarse al recinto el día martes a las 23,50 hs.

268 Con relación al monto de la indemnización, el banco entiende que si bien tiene validez la cláusula limitativa de responsabilidad (500.000 liras), ella está condicionada a su específica rúbrica. Por ello condena a la entidad sin límites, conforme el monto que resulte de tasación pericial.

tremadamente improbable, del todo accidental, sustancialmente anormal [...] El caso fortuito excluye la responsabilidad del banco que, con relación al servicio de cajas de seguridad, no había podido consentir la apertura y el acceso a las cajas en tiempo útil para poner a resguardo los valores en ellas contenidos”²⁶⁹.

Guido Alpa señala que “si se examina en concreto la solución adoptada por los jueces de primera instancia, no puede esconderse perplejidad en orden al análisis del comportamiento del deudor. Ninguna precaución podría haberse tomado para prevenir un eventual anegamiento de los locales, que podría derivar de causas también menos graves [...] En realidad, la valoración del comportamiento del deudor a la medida del criterio de diligencia comporta un examen concreto de las circunstancias que concurren a turbar el cumplimiento”²⁷⁰.

269 Destaca Alzada en su fallo del 16 de noviembre de 1971 con relación a la imputación contra el banco de no haber consentido la apertura de las cajas de seguridad la mañana del 4 de noviembre ni bien se tuvieron las primeras noticias del aluvión, que no puede mínimamente probarse que los actores, si el banco hubiese consentido la apertura de las cajas, habrían llegado a tiempo. Además, si bien las cajas pudieron abrirse la mañana del 9 de noviembre, quedó fehacientemente demostrado que la mañana del sábado 5 de noviembre la dirección de la institución se preocupó en disponer los medios para afrontar la situación creada por el aluvión, y que en la misma jornada, dio inicio al operativo de saneamiento del primer subsuelo; el domingo 6 se continuó tratando de secar los locales inundados que continuamente se volvían a inundar por la afluencia del agua de los fundos vecinos; el lunes 7 fue posible la compra de un grupo electrógeno, una bomba y otros materiales, y la mañana del mismo día (cerciorado de la falta de funcionamiento de los mecanismos de relojería para la apertura de la puerta de los locales donde se encontraban las cajas de seguridad) se procuró la intervención de un técnico y fueron encontrados el personal y los medios necesarios para efectuar los trabajos para penetrar en los locales acorazados y hacer saltar los dispositivos de seguridad. La mañana del martes 8 el personal y los medios llegaron a la sede del banco y dieron inicio a los trabajos practicando una apertura de una de las paredes, trabajo que demandó toda la jornada. Por ello, concluye la Cámara, no puede reprocharse al banco de haberse quedado inerte o de haberse tardado en la reapertura de los locales acorazados, habiendo desplegado todo cuanto era posible, porque la apertura se realizó lo más rápido posible. Agrega que no se debe olvidar que los días 4, 5 y 6 eran festivos, de modo que no era fácil conseguir los medios y el personal necesario para efectuar los trabajos de recupero, como así tampoco que los días inmediatamente sucesivos al aluvión fueron, para la ciudad de Florencia, días de crisis, de modo que otro motivo se agrega a la dificultosa tarea que el banco fue constreñido a poner para consentir a su clientela el acceso a las cajas de seguridad.

270 ALPA, Guido, *Per una critica all'identificazione di casus e non culpa*, en Revista

Giacomo Molle interpreta que “las inundaciones y en general todos los siniestros provocados por las fuerzas de la naturaleza serán considerados caso fortuito o fuerza mayor, y liberarán al banco siempre y cuando en relación con el supuesto de hecho concreto se compruebe que, de acuerdo con la situación del lugar y con la magnitud del evento, éste era verdaderamente imprevisible e irresistible”²⁷¹.

La Corte de Casación confirmó el decisorio de Alzada y agregó que “el fenómeno tan repentino e impetuoso que desató las fuerzas destructivas de la naturaleza, había adquirido proporciones tan enormes e impactantes para abrumar cualquier baluarte, incluso el más tenaz para salvaguardar las personas y las cosas”.

Como colofón, para atribuir responsabilidad a un banco en caso de inundación se deberán resolver las siguientes cuestiones: a) si los hechos representan fenómenos previsibles o imprevisibles; b) si son verdaderamente evitables atendiendo a los medios técnicos existentes en cada momento y a la magnitud específica del evento; y c) dilucidar si la naturaleza de la obligación bancaria de custodia conlleva -explícita o implícitamente- una obligación de resistencia (estanqueidad e impermeabilidad)²⁷².

Giurisprudenza di merito, Editorial Giuffrè, Milán, 1973, 599/601

271 MOLLE, Giacomo, *I contratti bancari*, op. cit., 820

272 Estanqueidad e impermeabilidad son conceptos diferentes. Este último en la capacidad que un determinado material ha de tener para no ser atravesado por líquido o gas alguno, mientras aquél se refiere a la capacidad que ha de tener una obra para contener un líquido o gaseoso, de tal forma que si la impermeabilidad es una cualidad intrínseca a un material, la estanqueidad es el resultado de una o varias operaciones que tienen por objetivo oponerse al paso de los líquidos a través de una obra. La adopción de estas medidas, entendemos, no reviste demasiada dificultad para una entidad con capacidad técnica y económica como un banco.

TÍTULO III Incendios

El riesgo de sufrir daños ocasionados por la acción del fuego²⁷³ o las altas temperaturas, también pertenece a la esfera de influencia del banco (previsión y evitabilidad).

El BCRA dictó la Comunicación A 5308 (medidas mínimas de seguridad en entidades financieras) que en su punto 2.3. prescribe: "Tesoro blindado (cemento y acero) para atesoramiento de numerario y/o de valores de terceros y/o cajas de seguridad de alquiler, en subsuelo o a nivel, separado por paredes medianeras, piso y techo no controlables, a prueba de incendio"²⁷⁴.

Para deslindar su responsabilidad en caso de incendio, el banco debería probar que alcanzó tal magnitud que resultaba absolutamente imposible poner a salvo el contenido de las cajas, aún acudiendo a todas las técnicas de protección existentes²⁷⁵.

273 El fuego es una oxidación con generación de luz y calor. Una oxidación es una reacción química que se produce entre la sustancia y el oxígeno y, para que ello ocurra, debe entregarse una cantidad de energía en forma de calor. Por lo tanto, deben estar presentes tres elementos: la sustancia que se puede oxidar (combustible), oxígeno para que la reacción ocurra (aire) y el calor suficiente para que la reacción comience (temperatura). Iniciado el fuego, la temperatura aumenta y ya no se necesita de calor pues la misma reacción produce el calor necesario para autoabastecerse y esto es debido a que ocurre la reacción química en cadena.

274 Suele utilizarse la expresión *a prueba de fuego* como sinónimo de *materiales resistentes al fuego*, que es la determinación del tiempo durante el cual los materiales y elementos constructivos conservan las cualidades funcionales que tienen asignadas en la construcción. La expresión *resistente al fuego* es, entonces, una convención que expresa la propiedad de un material o elemento constructivo en virtud del cual se lo considera apto para resistir la acción del fuego durante un tiempo determinado. En rigor no existe ningún material que sea perfectamente resistente al fuego, es decir, que conserve inalterables indefinidamente sus propiedades características, por lo que resistente al fuego no es sinónimo de *incombustible*. También existen materiales *ignífugos* (del latín *ignis* fuego y *fugo* que protege), que son aquellos que poseen o proporcionan índices de inflamabilidad y propagación relativamente bajos y los *retardadores de llama*, que son materiales que han sido sometidos a un tratamiento químico y por tal motivo no se inflaman con facilidad, ni la llama se propaga rápidamente cuando están sometidos a fuegos pequeños o moderados.

275 Se estima que la temperatura máxima promedio en un incendio varía entre los 426° y 650°C. A modo de ejemplo, el papel entra en combustión a los 205°C. Así, para proteger documentos en papel, la temperatura interna de los productos

Los avances tecnológicos destinados a ofrecer resistencia al fuego son tales que la posibilidad del eximirse de responsabilidad por estos hechos se ha reducido considerablemente. Por ello “resultan cada vez más *contra natura* aquellas cláusulas que intentan exonerar a las entidades de crédito de todos los daños producidos a causa de las altas temperaturas cuando sin demasiado esfuerzo el banco puede articular los medios suficientes para hacer casi imposible que el habitual efecto devastador del fuego afectara al interior de las cajas”²⁷⁶.

Tras el atentado terrorista del 11 de septiembre de 2001 en el *World Trade Center* de New York, prácticamente los únicos bienes recuperados fueron las reservas en lingotes de oro y plata que el Banco de Nueva Escocia tenía depositados en las cajas de seguridad del *Scotiabank* situados en el 4º subsuelo, valuados en unos 300 millones de dólares, recuperados recién el 30 de octubre de 2001.

Las cajas resistieron no sólo las altísimas temperaturas que desataron el incendio sino también el posterior colapso del edificio²⁷⁷.

CAPÍTULO V

Daños ocasionados por la acción del hombre

TÍTULO I

Guerras y revoluciones

Las medidas de seguridad dispuestas por el banco están dirigidas a resistir posibles intentos de asalto, protagonizados por ban-

resistentes al fuego –en nuestro caso las cajas de seguridad- no debe ser mayor a los 176° C durante al menos 60 minutos, mientras estén expuestos a la acción directa del fuego (www.cajas-fuertes.com.ar o www.cajas-fuertes-sterk.com)

276 ALVAREZ RUBIO, Julio, op. cit., 458.

277 El World Trade Center (WTC) era una urbanización neoyorquina en el pleno centro de Manhattan formada por 7 edificios, entre ellos las denominadas *Torres Gemelas* de 110 pisos y 417 mts. de altura. Como consecuencia del ataque terrorista perpetrado con el secuestro de aviones de líneas regulares de pasajeros, se incendiaron y colapsaron por su propio peso. Los temblores que causaron los derrumbes hicieron caer otros tres edificios del WTC, dejando a los otros dos prácticamente derribados, varios otros con serios daños estructurales y el lamentable saldo de unas 3000 muertes.

das armadas de escasos integrantes dentro del horario de atención al público.

En la actualidad resulta verdaderamente difícil prever la amenaza o irrupción en sus establecimientos de ejércitos armados o de hordas revolucionarias que exigiesen por la fuerza la apertura indiscriminada de las cajas.

Hechos de guerras y revoluciones sucedieron en la década de los '40, registrándose casos de expolios en Italia como consecuencia del violento accionar de las tropas armadas alemanas sobre los bancos.

Las autoridades fascistas forzaron la apertura de cajas de seguridad cuya titularidad pertenecía a ciudadanos judíos, amenazando directamente con armas a los empleados so pretexto de incurrir en desobediencia al régimen.

El Tribunal de Florencia²⁷⁸ no consideró un caso de fuerza mayor la apertura de las cajas a instancia de las autoridades nazis, ya que el banco dio aviso a sus titulares en tiempo, y luego se limitó a cumplir órdenes.

Arguye que la controversia no era si el precepto que contenía la orden era o no legal (lo cual resultaba obvio proviniendo de una autoridad ilegítima) sino si verdaderamente la entidad de crédito pudo oponer algún tipo de resistencia ante la ejecución de semejante disposición.

El Tribunal de Pescara²⁷⁹ dispensó la responsabilidad del banco cuando las tropas alemanas expoliaron el contenido de las cajas utilizando explosivos.

En idéntico sentido la Cámara de Apelaciones de Turin²⁸⁰, por la circunstancia de haber comunicado a la autoridad fascista la nómina de cajas de seguridad de ciudadanos judíos, propiciando su forzamiento y saqueo.

El actor consideró como “verdaderamente imperdonable la ser-

278 Tribunal de Florencia, fallo del 18/3/1948 transcripto en Revista Banca, borsa e titoli di credito, Editorial Giuffrè, Milan, 1951, volumen II.

279 Tribunal de Pescara, fallo del 4/9/1951, *Ritelli c Banco* Roma, en Revista Banca, borsa e titoli di credito, Editorial Giuffrè, Milan, 1951, volumen II, 77.

280 Cámara de Apelaciones de Turin, fallo del 4/7/1951, *Banca Popolare di Novara c Mazza*, en Revista Banca, borsa e titoli di credito, Editorial Giuffrè, Milan, 1951, volumen II, 388.

vil sumisión del banco a las órdenes del funcionario alemán y su conducta, durante y después del hecho”; y que el banco violó los deberes que la ley impone al depositario retribuido sobre el cual pesaba una diligencia particular; y finalmente que se comportó de modo negativo “a) al haber indicado a la Comisaría de Novara las dos cajas como pertenecientes a persona de raza hebrea cuando al menos la mitad pertenecían a personas arias; b) por no haber opuesto resistencia al requirente; c) por no dar aviso inmediato a los titulares ante la primer petición de la Comisaría de Novara; d) por no haber reclamado la restitución, al menos, de la parte que competía al actor, considerado de raza aria”.

En su defensa el banco sostuvo que “indudablemente, en tal contingencia, dichos funcionarios se encontraban frente a la dura alternativa de resistir arriesgando la integridad de las instalaciones y también su incolumidad física, o de venir a menos su deber de escrupulosos custodios de los bienes confiados al banco [...] Evidentemente ésta es una visión diversa a aquella expresión de *im-perdonable servil sumisión*”.

La Cámara concluye que “la inmediata presencia de un elemento de autoridad extranjera ocupante, la asistencia de un funcionario de la P.S. italiana, la mano fuerte prestada por una escolta armada, la imposición específica reiterada de abrir las cajas, entre otros, es equiparable al *factum principis*, el caso fortuito. Odioso y odiado, en el caso, era el príncipe [...] si por príncipe debe entenderse quien por las transitorias e injustas leyes de la guerra detenta el poder, el comando, la fuerza [...] Echar en cara en aquellas condiciones a los funcionarios del banco de no haberse opuesto a la arrogancia de los armados, vale exactamente como reprochar a los cónyuges Mazza, perseguidos y fugitivos, de no haber específicamente continuado a la luz del sol su residencia en Novara. De allí que el heroísmo nunca fue materia de obligaciones contractuales [...] La arrogancia alemana sumada al manifiesto propósito de disparar a las cerraduras o de usar *in loco* la llama oxhídrica no pudo evitar el daño a los Mazza, pero sí a aquellos otros usuarios no perseguidos [...] Que después de aquellas condiciones el banco podría o debería aprovechar las interrupciones nocturnas para dar

aviso a lejanos usuarios y si éstos podrían (en aquella peligrosísima situación tener voluntad) modos y medios para poder desaparecer bajo los ojos de un séquito de vigilantes el contenido de las cajas, todo eso pertenece a las cómodas declaraciones, pero queda lejos no sólo de la apreciación jurídica, sino también de la razón común”.

El Tribunal de Peruggia²⁸¹ hizo lo propio basándose en la insuperabilidad del suceso, “aquello demuestra con suficiente claridad que, si los dependientes prestaron su consentimiento para la apertura de la caja de seguridad por parte de la policía su acción no fue libremente querida en cuanto ellos accionaron de ese modo, porque justamente consideraron inútil oponerse a un pedido que encontraba en la fuerza su fundamento [...] debe recordarse aquel estado que se vivía durante la época nazi-fascista, y particularmente los días en los cuales los opresores nacionales y extranjeros sentían acercarse el fin de aquel período de tiranía”.

El Tribunal de Pescara²⁸² resolvió que “en el servicio bancario de las cajas de seguridad, el deber de custodia del banco no se agota en el ámbito de los locales en los cuales se encuentran las cajas. Tal deber, por tanto, no viene menos adonde el banco sea forzado por razones de fuerza mayor a trasladarse a otro lugar. En tales situaciones, el banco está exento de responsabilidad si, no pudiendo por la naturaleza de su obligación de custodia forzar las cajas para llevar el contenido, proporcionó prueba de diligencia invitando tempestivamente a los locatarios a retirar el contenido de las cajas y dejando en el lugar un custodio²⁸³ [...] así pues, hasta

281 Revista *Banca, borsa e titoli di credito*, sentencia del 13 de diciembre de 1946, volumen II, 1948, 110.

282 Tribunal de Pescara, fallo del 4/9/1951, *Ritelli c Banco di Roma*, en Revista *Banca, borsa, e titoli di credito*, Editorial Giuffrè, Milán, 1952, volumen II, 77.

283 Los hechos sucedieron así: el día 9 de octubre el banco expidió a todos los usuarios una recomendación en la cual le advertía que, atento las dificultades del momento, el servicio funcionaría en Pescara el lunes y jueves de las 7,30 a las 8,30 hs., agregando que “dado que las actuales excepcionales contingencias no garantizamos la custodia de las cajas de seguridad que Ud. tiene en locación. Los invitamos a retirar el contenido, teniéndose presente que declinamos toda responsabilidad”.

aquel momento no se había disminuido la obligación de garantizar la integridad de las cajas, había puesto a los usuarios en condiciones de evitar daños futuros, retirando los propios valores. Varios usuarios aprovecharon la oportunidad ofrecida, no así los actores a quienes enviaron también la carta [...] la ausencia de culpa por parte del banco, el daño lamentado por los actores debe considerarse debido a caso fortuito”.

En España acaecieron hechos similares y fueron calificados por la doctrina como supuestos de fuerza mayor, por las “circunstancias en que se hallaron los bancos españoles frente a la expoliación en masa de las cajas de seguridad cometida por los elementos revolucionarios durante la guerra civil de 1936 a 1939 [...] se produjo en forma tan general y notoria obedeciendo a un plan preconcebido y ante la pasividad de los Agentes del Poder Público llamados a evitarlo, que su calificación como hecho de fuerza mayor no ha ofrecido duda en ningún momento”²⁸⁴.

TÍTULO II

Robos

Tradicionalmente los supuestos de robo son los que generan las mayores discusiones debido a las sofisticadas tácticas, técnicas y medios tecnológicos utilizados por los delincuentes para perpetrar el delito.

Es por ello que los bancos utilizan –generalmente– dos argumentos para deslindar su responsabilidad: a) el cumplimiento de las exigencias de seguridad impuestas por las normas y autoridades, y la propia naturaleza del negocio situando al evento al margen de la capacidad de resistencia del banco²⁸⁵; y b) la utilización de adelantos tecnológicos y científicos tales que, deviene imprevisible.

284 GARRIGUES, Joaquín, *Contratos bancarios*, op. cit., 463.

285 A la hora de graduar la insuperabilidad o no del suceso, el robo con fuerza en las cosas con violencia o intimidación en las personas (amenazas por sobre la integridad física de los empleados y clientes del banco) sitúan el evento más cerca de los expolios a causa de conflictos bélicos y revoluciones que del robo propiamente dicho.

El robo integra la esfera típica de riesgo de la actividad bancaria, ergo no puede considerarse bajo ningún concepto y circunstancia un supuesto de caso fortuito, "... precisamente a evitar ese tipo de peligros ha de estar destinada la caja de seguridad"²⁸⁶.

Se enfatiza que "la caja ha de encontrarse garantizada contra los heterogéneos peligros que pueden ocasionar tanto la actividad humana (robos y rapiñas) como los fenómenos naturales, y únicamente se destruirá la presunción de responsabilidad que opera en contra de la entidad de crédito cuando ésta pueda probar, de manera terminante, que el daño se debió a un suceso ajeno a su esfera de previsión, extraordinario y excepcional, reconducible a la *vis resisti non potest*"²⁸⁷; y que "si bien el cliente podría asumir los daños ocasionados por catástrofes, no sucede así con relación con los propiciados por ataques humanos, principal objetivo a evitar con la perfección de este contrato que, además, pondera la máxima diligencia exigible al banco de forma dinámica, atendiendo al concreto estado de la técnica y no al existente en un momento histórico determinado que sirva como referente permanente y estático, lo que dificulta mucho, obviamente, las posibilidades que las entidades de crédito tienen para liberarse"²⁸⁸.

En España, la doctrina mayoritaria excluye el robo como suceso asimilable al caso fortuito, con fundamento en la naturaleza y finalidad del contrato, "exigiéndole al banco, de cara a su potencial exoneración, una peculiar *probatio diabolica* consistente en acreditar el perfecto funcionamiento de los dispositivos de vigilancia y seguridad, lo que, una vez sucedido el robo, resulta sin dudas harto complicado, al menos en abstracto"²⁸⁹.

Una singular posición adopta Quicios Molina al sostener que "el grado de diligencia exigible puede hacerse coincidir exclusivamente con el respeto de las medidas de seguridad que la norma-

286 MOLLE, Giacomo, *I contratti bancari*, op. cit., 820.

287 GABRIELLE, Enrico, *Il servizio bancario delle cassette di sicurezza*, en *Revista Banca, borsa e titoli di credito*, Editorial Giuffrè, Milán, 1984, 576.

288 PERASSI, Marino, *Il servizio bancario delle cassette di sicurezza*, en *Trattato di Diritto Commerciale*, Editorial CEDAM, T IV, Milán, 2001, 600.

289 ALVAREZ RUBIO, Julio, op. cit., 475.

tiva administrativa requiera a las entidades bancarias, incluyendo por supuesto el buen funcionamiento y control humano de las mismas, o bien ampliarlo no contentándose con dichas medidas. Debido al progresivo endurecimiento de esa normativa, puede que sea suficiente, sobre todo a los efectos de contar con una mayor seguridad jurídica, la primera alternativa [...] en principio los robos o atracos no se consideran como supuestos de caso fortuito o fuerza mayor si el banco no ha dispuesto las medidas exigibles para evitarlos, de lo que se deduce que no responde el banco en estos supuestos cuando se han adoptado todas las cautelas necesarias, porque entonces habrá obrado con la debida diligencia y cabrá entenderlos como casos fortuitos”²⁹⁰.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante del 16 de enero de 1995²⁹¹ representa el único precedente jurisprudencial español que exonera de responsabilidad al banco por robo, por considerar que cumplimentó todos los requisitos técnicos y organizacionales que se le demandaban reglamentariamente, argumentando que “sin desconocer que el contrato concertado entre las partes obliga al banco a utilizar todos los mecanismos de seguridad contemplados en la legislación, con objeto de garantizar la custodia y conservación de las cajas de seguridad ofrecidas a los

290 QUICIOS MOLINA, María Susana, op. cit., 176. En n. 527 advierte que el supuesto de robo a mano armada está previsto expresamente por el artículo 1784 del Código Civil Español como suceso de fuerza mayor, y así se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo del 15 de marzo de 1990, en la cual los demandantes al hospedarse en un hotel, entregaron en custodia las joyas de valor que llevaban consigo a un dependiente del mismo, que las guardó dentro de una caja de seguridad y les entregó una llave de ella reservándose un duplicado en el interior de otra caja. Esa noche, unos individuos armados con pistolas y escopetas intimidaron a los vigilantes del hotel y violentaron las cajas de seguridad, apropiándose entre otras del contenido de la que tenía las joyas de los demandantes. Para el máximo tribunal “el suceso de fuerza mayor que dio lugar a la pérdida de los efectos de la demandante encaja perfectamente según el concepto debido por esta Sala –sentencia del 2 de Enero de 1955- en aquellos hechos que están fuera del círculo industrial de la empresa que causen un daño material y que excedan visiblemente de los accidentes propios de curso normal de la vida por la importancia de su manifestación”, a cuyos hechos hay que asimilar desde luego el robo o atraco a mano armada como la que se contempla en estas actuaciones, hecho frente al cual no pudieron reaccionar los empleados de la empresa por ser imprevisto y a la sazón inevitables”.

291 ibídem, npp 250.

clientes a cambio de un precio, lo cierto es que dicha prestación no puede exigirse más allá de lo que integra el contenido obligatorio propio del referido contrato de alquiler, de manera que cualquier imputación de responsabilidad hecha a la arrendadora, basada en un incumplimiento del deber esencial de custodia antes mencionado, habrá de estar fundado en hechos ciertos y demostrados que revelen la existencia de *culpa in vigilando* por parte de la misma y no en meras suposiciones o hipótesis carentes del necesario soporte fáctico”.

El derecho italiano durante la vigencia de los Códigos Civil de 1865 y de Comercio de 1882, se caracterizó por la falta de específicas disposiciones legislativas y la existencia de varios y heterogéneos reglamentos contractuales, que contribuyeron al debate en torno a la naturaleza jurídica del *contrato di abbonamento al servizio delle cassette di sicurezza*.

“Las complejas teorías elaboradas sobre el tema de la cualificación del contrato de cajas de seguridad por la doctrina y la jurisprudencia previa a la codificación, no pueden ser examinadas y confrontadas con aquellas sucesivas y más recientes, sin tener adecuadamente en cuenta aquel cuadro jurídico y socioeconómico dentro del cual el contrato emerge y evoluciona [...] conviene recordar como en esa época intensa de la economía en el sector industrial y comercial, favorecieron la creación de nuevas formas de negocios jurídicos que no encontraban -o difícilmente encontraban- un lugar en los esquemas típicos de derivación romanística. Esta irrefrenable tendencia de la praxis influía no poco sobre los estudios de la causa del negocio jurídico y, a su vez, sobre los resultados de aquellos estudios, condicionaban y eran condicionados por las tentativas de reconducir las nuevas convenciones dentro de los tipos previstos. El contrato es tal vez uno de los ejemplos más llamativos de este proceso de adaptación de las categorías tradicionales frente al surgimiento de una nueva fenomenología contractual. Resulta común la derivación del *abbonamento alle casse forti di custodia* del depósito cerrado. Es asimismo notable como en aquellos tiempos propios la construcción clásica del con-

trato de depósito venía turbado por las nuevas y más evolucionadas funciones a las cuales estaba llamado a absorber en el ámbito de las actividades bancarias²⁹².

El Código Civil del 1942 contiene en los artículos 1839-1841 una embrionaria disciplina del instituto, resolviendo positivamente el problema del *nomen juris* (*servizio bancario delle cassette di sicurezza*), caracterizándolo como acto bancario de ordinaria administración, oneroso, formal, de ejecución continuada, a un tiempo determinado y estandarizado.

La escasa regulación de los artículos 1839/1841 hace que el contrato se integre en la práctica con cláusulas predispuestas en la forma de condiciones generales del contrato, derivadas del esquema predispuesto por la Asociación Bancaria Italiana (ABI) a través de las Normas Bancarias Uniformes (NBU)²⁹³.

La intención de la ABI es introducir un sistema uniforme de condiciones contractuales para las empresas de créditos adheridas, con el fin de eliminar o cuanto menos reducir la diversidad y especificidad de los variados usos reglamentos bancarios.

Las NBU regulan detalladamente las numerosas obligaciones principales o accesorias a cargo del cliente, y las obligaciones extremadamente reducidas del banco, las que se enuncian de modo indirecto²⁹⁴.

292 CERRAI, Alessandro, *Cassette di sicurezza* en *Digesto delle discipline privatistiche – Sezione commerciale*, Editorial Unione Tipografico-Editrice Torinese, T III, Turin, 1988, 3.

293 *Ibidem*, 8: “los codificadores el ‘42 han querido respetar las exigencias de los bancos de regular autónomamente el servicio, poniendo en ello sólo los límites, directa o indirectamente, derivados de la reglamentación predispuesta a través de las disposiciones legales [...] la escasa reglamentación legislativa del servicio se integra con las cláusulas predispuestas por los bancos en la forma de condiciones generales, condiciones derivadas de los esquemas predispuestos por la Asociación Bancaria Italiana en las Normas Bancarias Uniformes [...] que encuentra justificación en la superación de un sistema bancario inspirado en la libertad de contratación y por consiguiente hostil hacia formas de reglamentación normativa no idóneas a reconocer, en modo flexible, la mutables exigencias del mercado [...] la llegada del régimen oligopólico en el sector de crédito ha inducido a los bancos a concertar sobre el contenido a ellos más favorable de los contratos impuestos a la clientela: las NBU son justamente el fruto de tales generales acuerdos”.

294 A modo de ejemplo el artículo 1º establece que el banco se obliga a conceder

Retomamos el artículo 1839 CCI “en el servicio de las cajas de seguridad, el banco responde frente al usuario por la idoneidad y la custodia de los locales, y por la integridad de las cajas *salvo el caso fortuito*”.

La jurisprudencia italiana considera que el robo de cajas de seguridad no es un supuesto de caso fortuito, y “sea el artículo 1839 CCI o el artículo 3° de las normas bancarias uniformes por el servicio de cajas de seguridad, delinear una presunción de responsabilidad del banco de la cual puede liberarse sólo demostrando el caso fortuito, que sin embargo no puede individualizarse en el hurto en cuanto tal, atento que se trata de una situación previsible, por lo tanto, no pesa sobre el usuario la carga de demostrar la insuficiencia de las defensas existentes, debiendo limitarse a la demostración del daño sufrido y su entidad, pero pesa sobre el banco la carga de probar el caso fortuito”²⁹⁵.

“El banco es responsable por el hurto en las cajas de seguridad por culpa grave por omisión o insuficiente predisposición de cautelas idóneas para prevenir la sustracción de los bienes custodiados, salvo que no pruebe la intervención de un hecho excepcional integrante del caso fortuito”²⁹⁶.

Consecuentemente “debe responder por el hurto de los bienes depositados en la caja de seguridad, atento que la sustracción de los bienes custodiados no puede considerarse caso fortuito, tratándose de un evento previsible”²⁹⁷.

en uso la caja, indirectamente se deduce que le pesa una obligación de custodia. Otro es el artículo 3° que replica la fórmula del artículo 1839 CCI: “la empresa de crédito responde hacia el usuario por la idoneidad y la custodia de los locales, y por la integridad de la caja, salvo el caso fortuito”.

295 Casación Civil, Sesión I, Sentencia N° 5421 del 07/05/1992, Piazza c/Società Credito Italiano. También Casación Civil Sesión I, Sentencia N° 8065 del 27/08/1997, Banca del Fucino c Romito.

296 Corte de Apelación de Milán, fallo del 14/06/2005.

297 Casación Civil, Sesión I, sentencia N° 23412 del 4/11/2009, Banca Antoniana Popolare Veneta, en Revista Diritto e Giustizia 2009. Idéntico argumento la sentencia N° 28835 del 27/12/2011 Casación Civil Sesión I, Gagliardini c/Banca Sicilia, fallo publicado en Revista Giustizia Civile 2012-I, 7-8.

TÍTULO III

Sinopsis de casos nacionales

“Sánchez Tuñón, María Isabel y otro c/ Banco Itau Buen Ayre S.A. s/ordinario”298

Antecedentes de la causa

María Isabel Sánchez Tuñón y Alejandro Eduardo Goyeneche, demandaron al Banco Itaú Buen Ayre S.A. a fin de obtener el cobro de dólares estadounidenses ciento sesenta mil (U\$S 160.000) con más intereses y costas.

Citaron en garantía de Chubb Argentina de Seguros S.A. y La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A.

En 1992 los actores contrataron el servicio de caja de seguridad, oportunidad en que el gerente de la entidad les entregó en mano dos juegos de llaves, previamente gravados y formateados, y en su demanda afirmaron que al 30 de diciembre de 2004 tenían encofradas alhajas y la suma de dólares reclamada.

El 11 de enero de 2005 observaron que su caja estaba entrea-bierta y comprobaron el faltante del dinero.

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.

El Banco Itaú S.A. en oportunidad de contestar la demanda, reconoció el contrato y se refirió a los siguientes items: 1) el mecanismo de seguridad, 2) el método de ingreso y 3) la limitación de responsabilidad.

Afirmó que los accionantes conocían la totalidad de las cláusulas contractuales, suscribiéndolas de conformidad sin impugnarlas ni tacharlas de nulidad; que el sistema de seguridad fue aprobado por el BCRA en su carácter de autoridad de aplicación en materia de seguridad bancaria y que de las actuaciones penales surge que el cofre no fue violentado, razón por la cual no existió ilícito alguno y consecuentemente no puede imputársele responsabilidad.

298 CNCom Sala F, 14/02/2013.

Las aseguradoras contestaron la citación en garantía, reconocieron su vincularon con Banco Itaú S.A. e hicieron saber que: 1) la cobertura es un coaseguro del cual Meridional S.A. tiene a su cargo el 60% y Chubb S.A. el 40% restante, 2) la suma asegurada para siniestros en caja de seguridad asciende a dólares estadounidenses dos millones (U\$S 2.000.000), y 3) acordaron una franquicia de dólares estadounidenses diez mil (U\$S 10.000).

La sentencia de primera instancia

Condenó al Banco Itaú S.A. a pagar a la actora dólares estadounidenses ciento sesenta mil (U\$S 160.000) con más intereses y costas, extensivo las aseguradoras en los términos del artículo 118 de la Ley 17418.

En sus considerandos subrayó que el deber de custodia hace a la esencia y naturaleza del contrato, que la obligación del banco es de resultado y 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. En este sentido coincide con la doctrina y jurisprudencia que considera que robo y hurto no constituyen un *casus* que releve de responsabilidad al banco.

Juzgó inidóneo el sistema de seguridad del banco y consideró que: 1) la buena fe se presume, 2) la caja no se contrata para tenerla vacía, y 3) la denuncia penal concomitante a la comprobación del evento constituye un serio indicio que corrobora la efectiva verificación del siniestro.

Reconoció que si bien 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, y 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.

Interpretó que las cláusulas que limitan la responsabilidad hasta la suma de pesos cinco mil (\$5000) eran nulas, argumentando

que: a) en el artículo 37 de la Ley de Defensa del Consumidor: en tanto que el ínfimo límite obliga a considerarlas como condiciones que la eximen de toda responsabilidad por los faltantes; y b) en el artículo 507 del Código Civil: pues admitir este tipo de condiciones legitima la dispensa de dolo, cuestión prohibida por la norma.

Con relación a la prueba del contenido de la caja, señaló que adquieren valor las presunciones que deben ser graves, precisas y concordantes y meritó que, para su cuantificación, debían considerarse las condiciones morales y profesionales de los reclamantes, la solvencia económica y la inmediata denuncia del robo.

Demandada y citada en garantía recurrieron la sentencia en base a los siguientes agravios: a) la actora conocía al tiempo en que celebró el contrato las medidas de seguridad que ahora tacha de ineficaces; b) la cláusula que limita la responsabilidad por daños está relacionada con el bajo costo del servicio; c) no se probó el robo ni que el banco incumpliera con sus obligaciones; d) las medidas de seguridad fueron aprobadas por el BCRA y resultaron idóneas; e) no se acreditó el contenido del cofre; f) se endilgó responsabilidad en base a presunciones e indicios; g) no se acreditó el hurto; h) meritó el 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; i) no consideró el *a quo* que el banco accionado no tenía otro juego de llaves y que el perito sólo dijo que era probable que hubiera existido una duplicación de llaves; j) las conclusiones del experto referidas a la falta de medidas de seguridad son subjetivas y dogmáticas, no son científicas ni técnicas; k) desestimó que las medidas de seguridad que adoptó su mandante fueron aprobadas por el BCRA.; l) no justificó la acreditación de una suma superior a ciento veinte mil dólares (U\$S 120.000); m) 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; n) declaró el juez inválidas las cláusulas del contrato que limitan la responsabilidad, sin que la actora lo haya requerido; y ñ) que no se probó en autos que incumplió con su deber de custodia.

La resolución de Cámara

“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, sólo se exime de ella si acredita el caso fortuito o fuerza mayor notoriamente ajenos al servicio esencial que presta [...] En tales condiciones, el banco no se libera de responsabilidad aún cuando demuestre que no tuvo culpa, dado que ella no califica el reproche sino la ausencia del resultado previsto [...] 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 [...] 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 [...] 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 [...] 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 [...] Así las cosas y meritando la modalidad del hurto denunciado en el escrito de inicio sólo podrá tenerse por cierta la sustracción de los valores de la caja de seguridad a través de presunciones [...] 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”.

Analizó las distintas pruebas obrantes en la causa penal con las que tuvo por cierta la sustracción de los objetos del cofre, y consideró deficiente el sistema de seguridad, particularmente en la cerradura, pues “de las cláusulas del contrato surge que: 1) a cada cliente le eran entregados dos juegos de llaves compuestos por dos llaves N° 1 y dos llaves N° 2; y 2) la caja de seguridad se abría cuando se colocaban simultáneamente las dos llaves (una de cada juego) [...] Respecto a este método, el perito informó 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 (o testigo) [...] 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) [...] 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”.

Argumentó 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 co-clausura”.

Observó puntualmente que: 1) la incorrecta ubicación del sector de cajas de seguridad, ya que los cofres se hallaban emplazados en una zona que no ofrecía garantías de custodia y vigilancia permanente, “alrededor de la bóveda hay un pasillo circundante, en el cual existe una puerta, por la cual también se accede a la bóveda”; 2) la incorrecta ubicación de la sala reproducción de las imágenes captadas en el sector de cajas de seguridad, en un espacio al que pueden acceder diversas personas (personal de limpieza, mantenimiento, etc.) que no preservaba la debida intimidad”.

Finalmente refiere como desaprensiva la conducta del gerente de la entidad frente a la denuncia de la actora que no levantó acta de lo sucedido ni realizó inventario del contenido del cofre violentado, y por ello “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 [...] la vulnerabilidad del sistema del seguridad del servicio de guarda y custodia prestado por el banco, permiten tener por cierta la sustracción del contenido del cofre [...] debe presumirse la buena fe de la actora”.

Con relación a las cláusulas limitativas de responsabilidad insertas en el contrato, el juez de primera instancia declaró la nulidad de las cláusulas 13.2 y 13.2.1 que restringen la responsabilidad del banco por robo hasta pesos cinco mil (\$5000), reputándolas contrarias al artículo 37 de la Ley de Defensa del Consumidor y al artí-

culo 507 del Código Civil que prohíbe la dispensa del dolo.

El demandado se alzó contra la decisión y sostuvo que las cláusulas deben ser respetadas en virtud del principio de la autonomía de la voluntad.

La Cámara decidió que “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 de los artículos 1 y 2 de la Ley de Defensa del Consumidor. En tal sentido y de acuerdo a lo previsto en el artículo 65 de la citada ley, la aplicación de tal ordenamiento reviste carácter de orden público, razón por la cual corresponde su aplicación oficiosa por parte del juez [...] la cualidad que ostenta la referida normativa, genera como efecto la restricción de la autonomía de la voluntad de las partes, pues si la ley entra en conflicto con lo acordado, debe ceder ante el orden público comprometido [...] y además resulta contrario a los propios actos del Banco Itaú S.A. sostener que limitó su responsabilidad a pesos cinco mil (\$5000), 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 dos millones (U\$S 2.000.000), con una franquicia de dólares diez mil (U\$S 10.000)”.

Tilda de poco serio y hasta violatorio de la buena fe el agravio de la citada en garantía respecto que las fallas del sistema o su poca seguridad se vinculan con el bajo precio del servicio abonado por el actor, decidiendo que “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 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”.

Prueba del contenido del cofre

El juez de inferior instancia consideró que la actora tenía en la caja de seguridad la suma de dólares estadounidenses ciento sesenta mil (U\$S 160.000).

Respecto de la prueba del contenido del cofre la Cámara sustenta su decisorio “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 [...] 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 [...] 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”.

Concluye argumentando que “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 [...] 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”.

La cuantía resarcitoria

El Tribunal de Apelación encontró suficientemente acreditada la existencia de dólares estadounidenses ciento veinte mil (U\$S

120.000) producto de la diferencia que la actora obtuvo del precio de venta del inmueble sito en Av. Quintana 46 y el valor de compra del inmueble adquirido en la calle Juncal N° 1635, por cuanto 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.

“Kreszes, David Julio c/ Banco Patagonia S.A. s/ ordinario”²⁹⁹

Antecedentes de la causa

David Julio Kreszes demandó al Banco Patagonia S.A. Sucursal Cabildo los daños y perjuicios que dijo haber padecido como consecuencia del robo de la caja de seguridad de la cual era titular por la suma de U\$S 214.000.-

Refirió en su demanda las diferentes mudanzas que debió realizar del contenido de su caja de seguridad por sucesivos traslados de la sucursal bancaria, y describió los bienes sustraídos y su origen: a) u\$s 119.000: u\$s 49.000 provenían de un retiro de fondos hecho por él, su madre y hermano de la sociedad Provemet S.A. que integran, y u\$s 70.000.- eran propiedad de su madre provenientes de: 1) la venta de una propiedad y; 2) la mensualidad que recibía de Alemania como reparación por los sufrimientos padecidos en la época del nazismo; 3) los ahorros que su padre fallecido pudo reunir como empresario textil, en una primera etapa y luego modificando su rubro por el metalúrgico; b) un grupo de joyas que valoró en un mínimo de u\$s 40.000. propiedad de su madre; c) 50 monedas mexicanos de oro, valuadas en u\$s 25.000.- d) Daño moral (u\$s 20.000) y daño psíquico (u\$s 10.000); e) por lucro cesante que debía traducirse en los intereses tasa activa en dólares, sin indicar sobre que base (dólares hurtados, mexicano de oro, joyas), calculados desde la fecha del robo o en que fue descubierto. Respecto de los mexicanos de oro robados, solicitó su valor de mercado al tiempo del efectivo pago.

El Banco Patagonia S.A. se defendió con los siguientes argumentos: a) el prolongado período durante el que se habrían man-

299 CNCom Sala D, 06/05/2011.

tenido depositados los valores sin efectuar inversión alguna; b) resaltó diferencias en cuanto al detalle de las joyas hurtadas en las denuncias presentadas al Banco, en la Comisaría y en las declaraciones posteriores; c) destacó que la madre del actor era titular de otra caja de seguridad en la misma sucursal, por lo que discute el por qué guardaría sus joyas en una caja de seguridad a la que no tiene acceso; d) dejó planteado en forma subsidiaria el caso fortuito como causal de eximisión de responsabilidad, para la supuesto de que se demuestre el robo; e) sostuvo haber tomado todas las medidas de seguridad y que el supuesto hurto habría de tener características extraordinarias; f) con relación a los intereses alegó que no procedían, en tanto los valores en una caja de seguridad se encontraban inmovilizados, por lo que no generaban lucro ni intereses de ninguna índole; g) negó la pertinencia de la indemnización por daño moral y psicológico ni su valoración en moneda extranjera.

La sentencia de primera instancia

Hizo lugar parcialmente a la demanda, estimó probada la existencia en la caja de la suma de dinero denunciada (U\$S 119.000) y su robo, condenando al Banco su restitución con más sus intereses.

Consideró pertinente admitir la restitución de 25 mexicanos de oro (cantidad inicialmente denunciada) al valor de mercado sin intereses. Denegó todo resarcimiento por la pérdida de joyas por no acreditarse su existencia.

Desestimó la indemnización por daño psíquico e hizo lugar a la indemnización por daño moral por \$ 30.000.-, con más los intereses calculados a la tasa activa que cobra el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones de descuento a treinta días, desde la fecha en que el actor descubrió el robo y hasta el efectivo pago. Impuso las costas al demandado por ser sustancialmente vencido.

Ambas partes apelaron el fallo.

La cuantía resarcitoria

La Cámara consideró acreditada la existencia de los u\$s 49.000.- denunciados por comprobarse el predicado retiro de fondos de

la sociedad Provemet S.A., conforme pericial contable obrante en la causa, y agrega que “por las características del contrato de caja de seguridad es esencial el secreto y, por tanto, la ausencia de inventario o control de contenido por parte del Banco, tornan dificultosa la prueba del daño. Esta dificultad no soslaya la necesidad de acreditar los perjuicios. Tampoco invierte la carga de la prueba que, como principio general, reposa sobre quien invoca el faltante [...] esta característica esencial del contrato, sumado al reconocido incumplimiento del Banco a su deber de seguridad, permiten que en estos casos el juez pueda recurrir a las presunciones [...] frente a las características del contrato de caja de seguridad, donde la confidencialidad en punto al contenido de la caja constituye su nota tipificante, no es pertinente exigir en su acreditación una prueba acabada y precisa, pues ello llevaría a tornar de cumplimiento imposible la carga de quien peticiona resarcimiento [...] Aquí cabe reparar que la presunción es una consecuencia que se obtiene por el establecimiento de los caracteres comunes de los hechos [...] no constituyen un medio especial de prueba, sino que son obtenidas por el juez de los medios de prueba [...] de exigirse al peticionario de resarcimiento por violación de su caja de seguridad una prueba rigurosa e inequívoca, se le impondría una carga cuyo cumplimiento sería impracticable, dada la ausencia de toda exteriorización que se sigue respecto de los objetos ingresados en ese ámbito. De allí que sea menester que el presunto damnificado demuestre indiciariamente que tenía los valores que denunció o, mejor dicho, que por sus condiciones personales y/o económicas estaba en condición de poseerlos [...] de tratarse de dinero efectivo, el pretensor deberá acreditar, por ejemplo, la operación comercial de la que derivó, o si esta no ha sido invocada, simplemente que su nivel de vida es compatible con la magnitud de los ahorros que denunció guardados en la caja de seguridad [...] Que tanto David como Sara Matys de Kreszes no hubiesen declarado en su presentación impositiva dichos fondos no obsta a la conclusión anterior. Es que bien puede tratarse de una infracción impositiva, que no enerva la prueba referida”.

Respecto de los intereses dispuso que “es cierto que quien opta por resguardar parte o todo su patrimonio líquido mediante su depósito en un cofre bancario, no tiene por intención obtener algún rédito, cuanto menos, mientras tales fondos se encuentren en tal situación [...] Pero la admisión de intereses, en el caso, no está dirigida a reparar los perjuicios causados por el eventual fracaso de un inversión, sino para atender la indisponibilidad de dichos bienes ante su requerimiento [...] el actor frente al robo de los fondos reclamó su restitución [...] la resistencia injustificada del Banco, cuanto menos respecto del importe que es aquí admitido, justifica la imposición de réditos”.

Finalmente respecto del moral, confirma el fallo y agrega que “la doctrina ha sido reiterada en punto a considerar que dentro de la órbita de la responsabilidad contractual, prima un criterio restrictivo en materia de reparación del daño moral [...] en materia contractual el daño moral no se presume, quien lo invoca debe alegar y probar los hechos y circunstancias que determinan su existencia, correspondiendo al juzgador aplicar la condena de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso [...] es indudable que el robo de una caja de seguridad, donde habitualmente son depositados elementos valiosos, no sólo desde un parámetro económico sino muchas veces desde lo afectivo, provoca en los titulares una injuria a sus sentimientos al ver violada parte de su intimidad [...] la pérdida de valores que el actor tenían en un ambiente que estimaba de gran seguridad, y que posiblemente hubieran reservado para contingencias graves y urgentes, produce un desánimo que excede largamente del que provoca un simple incumplimiento”.

Los agravios del actor

Centra el actor sus agravios en: a) el rechazo de la indemnización por la sustracción de 25 mexicanos de oro (reclamó el valor de 50 de ellos y sólo fue admitida la mitad); b) la denegación de resarcimiento por las joyas; c) el rechazo del rubro daño psíquico; d) la exigua indemnización por daño moral; y e) el interés fijado sobre el capital admitido.

La sentencia de primera instancia condenó al Banco a restituir al actor los 25 mexicanos de oro, cifra que el actor había denunciado en una primera instancia en sede penal y al banco, destacando que no advertía ningún elemento en la causa que permitiera presumir una equivocación inicial.

El recurrente argumentó que si bien en la denuncia penal mencionó el depósito de 25 mexicanos, estimó su valor en el doble de la cantidad real, pues el precio en aquel momento de los 50 mexicanos era de U\$S 25.000 y no los U\$S 50.000 que allí declaró; y además el estado anímico del denunciante produjo el evidente error.

Desestima dicho agravio la Cámara aclarando que “es de presumir, frente a la violación de su caja de seguridad, que el titular presente un cuadro de angustia y nervios que pueden justificar una equivocación al describir los bienes depositados [...] este presunto error, cuya presencia no se niega en la primera denuncia penal como en el reclamo ante el Banco, sólo aparece corregido al demandar, pero sin ensayar explicación alguna que permita evaluar la existencia del error [...] tanto en la denuncia policial como en el reclamo al Banco, el actor no indica tasación alguna [...] luego, en la carta documento denuncia y corrige el error -aunque allí reclama 51 mexicanos- en el escrito de demanda se limitó a demandar la restitución de 50 mexicanos por un valor de U\$S 25.000, sin intentar explicación alguna [...] no refiere prueba alguna sobre su existencia y menos sobre su cantidad”.

En relación a las joyas señaló que “el actor no adjuntó, como es usual en este tipo de pleitos, fotos que habitualmente se toman en eventos (casamientos, cumpleaños, etc.) donde quienes demandan o sus familiares lucen las alhajas robadas [...] Si bien tal omisión no es decisiva, exige que el actor aporte alguna otra prueba que permita concluir la existencia de las referidas joyas [...] Así cabrá estar, usualmente, a la prueba testimonial que, en el caso, la sentencia ha juzgado insuficiente [...] aún cuando la doctrina propicia cierta flexibilidad en la consideración de los elementos probatorios que pudieren aportarse, es evidente que quien pretende la restitución de los bienes debe generar por vía de indicios presunciones serias, precisas y concordantes para generar en el

juzgador el convencimiento de la verdad de sus dichos [...] con la amplitud predicada, estimo que los dichos de la testigo son aptas para crear tal convicción [...] por tanto admitiré la existencia de la gargantilla de oro 18 quilates, la plaqueta de platino con brillante central, y un collar de perlas cultivadas [...] el valor que se asignará a cada una de las alhajas será la que indican los tasadores del Banco de la Ciudad de Buenos Aires [...] condenar al Banco por este rubro en la suma de u\$s 11.500”.

Finalmente por el daño psíquico, “el peritaje médico no había demostrado que la depresión neurótica ansiosa que padecía tenía como única causa la conducta de la demandada [...], el daño psicológico no es un daño autónomo [...] puede presentarse como daño material y producir incapacidad psíquica y en tal caso se lo resarcirá como incapacidad sobreviniente, y también puede dar lugar al resarcimiento de los gastos de tratamiento psicológico. En cambio, cuando no trasciende como incapacidad sino que queda reservado a la vida interior se lo ponderará al determinar el daño moral [...] el actor señaló como único sustento de su pretensión que dejaba “constancia del profundo dolor y vacío afectivo que nos produjo la desaparición de los fondos y joyas que estaban guardados en la caja de seguridad [...] el daño inflingido es innegable, y debe ser reparado y fijado por S.S. su monto atento las circunstancias de autos”.

Concluye que “del informe pericial surge que el actor presenta un cuadro de depresión neurótica ansiosa moderada por pérdida de equilibrio psicofísico acentuado por el hecho de autos, dejándole la sensación de poder recibir intempestivamente un daño proveniente del exterior [...] el siniestro acentuó su diagnóstico y no fue la causa del mismo [...] La perito psicóloga recomendó un tratamiento de un año de terapia individual, con una sesión semanal y estimó el costo en \$ 5000. Considero que corresponde que la entidad bancaria se haga cargo del 50% de dicho monto, por el agravamiento que el siniestro produjo en su diagnóstico. Propongo esta solución equidistante, en tanto la experta no deslindó en que medida o porcentual puede mensurarse la profundización de su dolencia”.

Confirmó el otorgamiento de la suma de \$ 30.000.- por daño moral y respecto de las costas –por mediar vencimientos parciales- fueron impuestas en el orden causado en ambas instancias.

**“Maero Suparo, Hernán Diego y otros
c/ Banco Francés S.A. s/ordinario”³⁰⁰**

Relato de los hechos

Hernán Diego Maero Suparo, Narciso Maero y Luisa Carmen Suparo promovieron demanda por cobro de la suma de u\$s 50.000.-, sus intereses, daños y perjuicios y costas contra Banco Francés S.A. Invocaron la exención de pago de la tasa de justicia con base en el artículo 53 de la LDC.

En su relato de los hechos manifiestan que el 14/12/2007 la Sra. Suparo fue informada al ingresar en el sector cajas de seguridad que su cofre (n° 822) había sido violentado por error, toda vez que habría sido abierta la suya en vez de la programada y autorizada (n° 828) perteneciente al Sr. Alfredo Santiago Trillo.

Afirman que -según dichos del propio banco- el Sr. Trillo habría concurrido días después a la entidad y procedido a la devolución de los efectos tomados de la caja de seguridad de los actores, sin que el banco registre por cualquier medio lo reintegrado.

Así las cosas, el 18/12/2007 Hernán Maero se presentó en la sucursal acompañado de un escribano, se labró un acta dejando constancia del estado y contenido del cofre como así también del testimonio empleados del banco sobre lo sucedido.

Resaltaron que el banco reconoció el yerro cometido al permitir la apertura de su caja de seguridad a un tercero.

Manifestaron que los fondos provenían del ejercicio profesional de los actores, con más una indemnización obtenida a principios de los años 90 por el Sr. Narciso Suparo en su entonces calidad de empleado de YPF (que ascendía a u\$s 60.000), más un ingreso en concepto de alquiler temporal de un inmueble en la Costa Atlántica ahorrado por más de 10 años y el cobro de haberes jubilatorios.

Expusieron aspectos de su vida para demostrar su confortable posición económica y en particular numerosos viajes al exterior.

Agregaron que en la caja de seguridad se habría resguardado también bienes de otras familias tales como joyas pertenecientes

300 CNCom Sala F, 28/08/2012.

a la Sra. María Perla Goizueta (esposa del coactor Hernán Suparo) y a la Sra. Vanesa Andrea Maero Suparo (hija de los demandantes).

Reclamaron el reintegro de la suma de u\$s 52.300 y el valor de las siguientes joyas de oro: una cadena y un medallón con la figura de San Ignacio de Loyola, un anillo de sello y dos gemelos. Reclamaron además una indemnización por pérdida de chance y lucro cesante (u\$s 5000), daño moral (u\$s 35.000) y daño punitivo (u\$s 50.000).

La entidad bancaria en oportunidad de contestar la demanda admitió el error en la apertura de la caja, y manifestó que dos horas después se presentó en la institución la Sra. Suparo y advirtieron el yerro.

En dicha oportunidad –afirman– sólo manifestó como faltante la suma aproximada de u\$s 1600.- y \$3500.- y que se comunicaron con el Sr. Trillo quien inmediatamente volvió a la sucursal, conversó con la Sra. Suparo y devolvió la suma de u\$s 1.335.- y \$ 3.500.-

Destacaron que los actores no formularon una denuncia policial y que ninguno de los elementos supuestamente faltantes se hallarían declarados ante la autoridad fiscal.

Finalmente rechazan por improcedente la indemnización del daño punitivo pretendida porque la regulación que a su reparación autoriza, fue sancionada con posterioridad a los hechos que dieron origen al reclamo.

La sentencia de primera instancia

Admitió parcialmente la demanda promovida e impuso las costas a la demandada perdidosa.

Estimó que la grave negligencia imputable al demandado configuró los tres presupuestos necesarios para la atribución de responsabilidad: la existencia de un hecho ilícito, su imputabilidad y la relación de causalidad.

Con relación al contrato refirió a su finalidad de seguridad y custodia, y destacó que la obligación asumida por la entidad bancaria era de resultado.

Juzgó inédito que el banco no advirtiera que la caja de seguridad que por emergencia estaba abriendo un cerrajero no era la del tercero.

Precisó que correspondía juzgar con severidad la conducta de

la demandada, y que todas las dudas presentadas en el caso debían inclinarse a favor de los reclamantes.

Respecto a los rubros reclamados, consideró existente los u\$s 50.000.- argumentando que: a) no parecía razonable que los actores contrataran una caja de seguridad y costearan su precio para tenerla vacía; b) tampoco correspondería, en razón de la naturaleza jurídica del pacto y habida cuenta el propio consentimiento de las partes, exigir una prueba plena sobre su contenido; c) medió prueba sumaria sobre la solvencia económica de los actores, que demostraron no sólo su trabajo bajo relación de dependencia sino también el ejercicio de profesiones liberales con adhesión al monotributo (contaduría y abogacía) y su buen nivel de vida.

Admitió el resarcimiento por daño moral por \$ 30.000.-, ponderando la razonable preocupación que pudo generarles a los actores la frustración de sus inversiones, y admitió la devolución de cierto dinero a la Sra. Suparo por parte del titular de la caja de seguridad cuya apertura había sido pretendida como consecuencia de la convocatoria efectuada por la propia banca.

Desestimó el devengamiento de intereses sobre estas sumas de dinero por considerar que por encontrarse resguardadas no estaban destinadas a producir ganancias; y rechazó el reclamo por la sustracción de las joyas, merituando insuficiente la prueba testimonial producida enfatizando en la ausencia total de toda prueba, siquiera fotográfica.

No hizo lugar a la reparación reclamada por pérdida de chance y lucro cesante, por no haber demostrado el fracaso de operaciones rentables derivadas del hecho; y juzgó improcedente el daño punitivo estimando inaplicable en el caso la reformada ley 24.240 (t.o. ley 26361), por cuanto los hechos se configuraron con anterioridad a la reforma. Apelaron ambas partes.

Los agravios

Los actores expresaron los siguientes agravios: a) errónea valoración de la instrucción probatoria que desestimó la reparación pecuniaria por la joyas desaparecidas, como así también los ru-

bros pérdida de chance y lucro cesante; b) petitionó u\$s 52.300.- y otorgó u\$s 50.000), sin intereses; y c) la insuficiente justipreciación del daño moral.

La entidad bancaria manifestó que: a) no se demostró la existencia del dinero y la jueza lo fijó en u\$s 50.000; b) resulta improcedente la admisión del daño moral e impugna su cuantía; y c) la imposición de las costas.

La sentencia de segunda instancia

Respecto de la configuración y extensión del daño, la Cámara sostiene que, teniendo en cuenta la forma en que se opera la caja de seguridad, la prueba directa de la existencia de los objetos en la misma, es prácticamente imposible.

No libera a la actora de la carga de la prueba sobre la preexistencia de los objetos, su nivel socio económico y la razonabilidad de que los bienes hayan sido guardados en la caja.

Sostiene que “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 de la caja impone no llevar registro de lo allí depositado relativizan dicha carga y, además, imponen un análisis con criterio amplio de las constancias de la causa [...] Si se exigiera a quien reclama resarcimiento por violación de una caja de seguridad una prueba rigurosa e inequívoca sobre la veracidad de su 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 [...] cabe inclinarse por la admisibilidad y la particular eficacia que adquiere en estos casos la prueba presuncional [...] habida cuenta de que la prueba directa aparece como extremadamente dificultosa o casi imposible, adquieren pleno valor las presunciones como medio expresamente admitido por la ley”.

Con relación al reclamo por dinero en efectivo, los actores reclamaron u\$s 52.300.- (le fue admitido u\$s 50.000.-) y pugnan por

la diferencia. El banco abogó por la denegación de la pretensión.

Señaló la Cámara que “el *quid* se resume en determinar si mediante los elementos de juicio arrimados a la causa es posible colegir en grado suficiente la posibilidad de que los actores tuvieran resguardado en el cofre el monto de dinero que precisan en el líbello de inicio o si, por el contrario, debe desestimarse por completo tal pretensión ante la ausencia de elementos de juicio conducentes”.

Los actores alegaron bienestar económico derivado de la actividad profesional (uno Abogado y otra Contadora y jubilada del Banco Central de la República Argentina); numerosos viajes al exterior; testimoniales; propiedades en Uruguay y un inmueble en la costa atlántica.

Particularmente de la prueba testimonial, la Cámara considera que “es adecuada para probar los hechos alegados y su apreciación, tal como lo impone la normativa procesal vigente, se encuentra subordinada a las reglas de la sana crítica mediante las cuales el sentenciante debe encauzarse en los principios de la lógica y de las máximas de la experiencia [...] en el caso, sus declaraciones han sido valoradas relacionándolas fundamentalmente con las circunstancias personales de los testigos, la naturaleza de los hechos sobre los cuales han declarado, atendiendo primordialmente a la mayor o menor verosimilitud de sus dichos en razón de la vinculación que tenían con las partes y la concordancia entre sus propias respuestas [...] ningún testimonio fue pasible de impugnación, aparecen prima facie convincentes y no se ha producido prueba idónea en contrario [...] es posible deducir que los actores gozaban de una holgada posición económica y que contaban con los recursos para atesorar progresivamente los fondos que denunciaron faltantes [...] el burdo error de la entidad bancaria -supuestamente especializada para el resguardo de los bienes de los actores- impone de modo necesario a juzgar aún con mayor severidad la conducta de la reprochada y otorgar más flexibilidad a la ya minimizada carga probatoria que rige en el puntual caso de violaciones al contenido de cajas de seguridad [...] la entidad bancaria debió desvirtuar la disponibilidad patrimonial del cliente o verificar sucesos susceptibles de in-

terrumpir el proceso lógico que hizo presumir de modo razonable que el excedente patrimonial fue resguardado en el cofre violado”.

Respecto de las joyas “no media en la causa mínima evidencia fáctica que de cuenta que los actores poseían las joyas que refirieron al demandar [...] la carencia de toda fotografía que permita individualizar esas alhajas y los genéricos testimonios brindados en la causa que no lograron individualizarlas, sumados a la demostrada conservación de numerosas piezas preciosas dentro del cofre -conforme el acta notarial traída por la propia demandante- imposibilitan siquiera presumir su existencia y tornan improcedente la indemnización”.

Con relación al lucro cesante y pérdida de chance “se presenta inviable el resarcimiento de este rubro: el curso natural de las cosas no lleva a pensar que los actores fueran a retirar -al menos en lo inmediato- esas sumas de dinero para incorporarlas en algún proceso productivo que les permitiera obtener una renta. Puede concebirse, antagónicamente, que la intención al resguardarlas en el cofre de seguridad era sustraerlas de los conocidos avatares que pudieron provenir de su inclusión en el sistema financiero o de la razonable inseguridad que genera la disposición de esas significativas sumas de dinero, verbigracia, en el hogar u oficina”.

Acerca del daño moral, sentenció que “las particulares circunstancias verificadas en la causa y más precisamente la torpeza evidenciada por quien debió ser una especialista en la materia, razonablemente produjeron una tribulación anímica con significación jurídica, que impactó en su tranquilidad espiritual más allá de la mera molestia o incomodidad que podían soportar en el plano de la relación contractual [...] el deber de confidencialidad y secreto se inscribe en el propio concepto de secreto bancario, inherente a la misma actividad que implica que al banco no sólo se le confían aspectos íntimos de la vida comercial y la composición patrimonial del cliente, sino la confianza por parte de éste de que tal conocimiento no será divulgado [...] consecuentemente ha sido adecuadamente justipreciado en el pronunciamiento de la primera instancia”.

La Cámara confirma la sentencia e impone las costas de dicha instancia, por su orden.

**“Cisnero De Nanni, Norma
c/ Banca Nazionale del Lavoro S.A.”301**

Los hechos

La sentencia de primera instancia hizo lugar parcialmente a la demanda deducida por Norma Beatriz A. Cisnero de Nanni contra la Banca Nazionale del Lavoro S.A., condenándolo al pago de la suma de \$ 80.000.- con más sus intereses y costas, por los perjuicios sufridos a raíz de la sustracción de los valores.

El a quo consideró que “si bien la entidad financiera demandada cumplimentó las medidas de seguridad adecuadas -habida cuenta que la obligación del banco es de resultado- debió acreditar que pese haber actuado con la diligencia debida la causa del siniestro no le fue imputable [...] dicho proceder también debe exigirse cuando se trata de un caso de hurto [...] porque el banco en su carácter de profesional debe adoptar todas las medidas necesarias a fin evitar hechos como los acaecidos”.

De los rubros reclamados y en base a presunciones, se tuvo por acreditado que la actora poseía las joyas denunciadas como robadas y que éstas fueron depositadas en el cofre rentado al banco, reconociéndosele la suma de \$ 80.000 más intereses desde la fecha del siniestro.

Desestimó los reclamos por dinero, bolsas de chafalonería y daño moral. Apelaron ambas partes.

Agravios de la parte demandada

La demandada sustenta su apelación en que: a) el caso se refirió al hurto de distintos bienes que la actora tenía depositado en su caja de seguridad, por lo que el incumplimiento contractual debe ser interpretado de manera más rigurosa, esto es, no se suple con indicios o presunciones; b) la sentenciante de grado solo tuvo en cuenta la pericia realizada en sede penal -la cual no pudo ser controlada ni impugnada- mas no la efectuada en sede civil que, con

301 CNCom Sala C, 13/11/2009.

los demás elementos de prueba, impidieron verificar los hechos alegados por la actora; c) no se tuvo en consideración el informe del perito experto en seguridad bancaria, por el cual el hecho no pudo suceder en los términos expuestos por la demandante; d) la actora no acreditó mínimamente cómo obtuvo las joyas, ni el contenido existente en la caja; e) la estimación judicial de la valuación de las joyas; y f) la imposición total de las costas, habiendo prosperado parcialmente la demanda.

Agravios de la parte actora

La actora se agravia porque: a) no se tuvo por acreditada la existencia de la suma de dólares ni la totalidad de las joyas denunciadas, por cuanto manifestó su capacidad de ahorro en el comercio, y su oficio de joyero permiten tener por probados estos hechos; b) se rechazó el reclamo por daño moral, toda vez que de conformidad con los dichos de los testigos y de las constancias del certificado médico se advierte que los hechos sufridos generaron una afección en sus sentimientos personales susceptible de ser indemnizada; c) el pronunciamiento de grado no tomó en consideración el valor de las joyas al tiempo del siniestro ni al de la sentencia.

La sentencia de segunda instancia

La Cámara considera que el contrato participa de las generalidades de la locación de cosa y de depósito, y que tratándose de un contrato atípico o singular, las obligaciones deben ser interpretadas conforme a las características del negocio.

Entiende que “la finalidad esencial consiste en proveer seguridad para los valores que se depositan en las cajas, mediante una estructura material, técnica y organizativa que el banco pone a disposición de sus clientes, asumiendo por ello una obligación de resultado y su incumplimiento, lo hace responsable por el robo o deterioro de los objetos depositados en los cofres”.

Agrega que “la discusión en torno a si las medidas de seguridad adoptadas por el banco cumplían con las mínimas requeridas por la autoridad de contralor para la habilitación de bancos y cajas de

seguridad y qué peritaje ha de tenerse en consideración para fallar en un sentido u otro resulta irrelevante [...] pues la obligación del banco es de resultado y su incumplimiento lo hace responsable por el contenido de los cofres que debió custodiar”.

Con relación a la procedencia y cuantía de los rubros, advierte que “en reclamos de la naturaleza del sub examine cobran especial relevancia las presunciones en tanto sean graves, precisas, plurales y concordantes y siempre que guarden con el hecho que se intenta demostrar una adecuada relación de causalidad [...] la magistrada a quo en su pronunciamiento señaló que la prueba rendida es escasa y poco convincente, lo cierto que es que esta precisión la efectuó la sentenciante a fin de rechazar la casi totalidad de los rubros pretendidos, mas no respecto de una parte de los bienes cuya procedencia estimó con fundamento en la prueba de presunciones”.

“Alurralde, Carolina Inés y otros c/HSBC Bank Argentina S.A.”302

Antecedentes del caso

Victoria Barrutia Aragón de Alurralde, Carolina Inés Alurralde y Mirta Patricia Alurralde demandaron a HSBC Bank Argentina S.A. (ex Banco Beal S.A. y Banco Roberts S.A.) por u\$s 67.500 y \$ 45.000, más intereses y costas.

Victoria, junto a su esposo Guillermo Alurralde (fallecido en 1993), utilizaron la caja de seguridad al igual que sus hijas Carolina y Mirta, conservaron dinero y objetos de valor hasta abril de 2002, fecha en que se desvincularon contractualmente por la crisis económica y política que atravesaba el país y, fundamentalmente, por los fuertes rumores que en esos días corrían de que el Estado Nacional autorizaría a las entidades bancarias a obtener divisas extranjeras a través de la apertura compulsiva de las cajas de seguridad de sus clientes. Superada la contingencia, el 3/11/03 Victoria, Mirta y Carolina contrataron nuevamente el servicio de caja

302 CNCom Sala B, 13/09/2010.

de seguridad, para poner a resguardo objetos de valor personales y familiares.

El 9/2/05 Victoria, Carolina y las hijas de esta última, concurrieron al banco y en compañía de una empleada intentaron accionar la cerradura para abrir la caja de seguridad, advirtiendo que el dispositivo cerrojo del cofre no funcionaba.

Inmediatamente, se dio aviso al contador de la entidad quien logró destrabar el mecanismo mediante un puñetazo en el frente de la caja de seguridad. Acto seguido, Carolina procedió a extraer el cajón metálico, comprobando la suma liviandad del mismo. Anotició al gerente y llamó a un escribano para que labrara acta de lo ocurrido.

Al intentar nuevamente su apertura, sólo pudo efectivizarla una empleada del banco girando los tambores con mucha dificultad, verificándose que el cajón del cofre estaba vacío.

Adujeron que el banco incumplió con su obligación de seguridad y custodia, permitiendo el desapoderamiento de los bienes depositados por las accionantes y manifestaron, además, que ningún dato inicial pudo obtenerse del Registro de Ingresos al sector de cajas de seguridad, ya que éste se llevaba de manera anómala, esto es: no se registraban a todas las personas que ingresaban al recinto, ni solicitaban a los ingresantes su identificación, ni cotejaban sus firmas.

Frente al ilícito realizaron la denuncia penal por robo, detallando como contenido de la caja al tiempo del robo, lo siguiente: u\$s 8000 de Carolina y joyas por un valor estimativo de u\$s 1300; u\$s 15.000 de Victoria y joyas por un importe aproximado de u\$s 2700; u\$s 40.500 de Mirta, más el daño moral padecido.

HSBC Bank Argentina S.A. contestó la demanda afirmando que las actoras pretendían enriquecerse indebidamente a su costa.

Insistió en que el objeto del contrato de locación reside en el derecho de uso de la caja de seguridad y que su responsabilidad se limita a brindar todas las diligencias necesarias a fin de que ese derecho no se vea alterado.

En su relato de los hechos confirman la apertura de la caja por el contador por la dificultad que presentaba, pero luego de extraer

el cofre y retirarse a la sala dispuesta para los clientes, al cabo de unos minutos se escucharon los gritos de Carolina alertando de un supuesto robo por lo que el contador regresó rápidamente observando cómo guardaban la caja.

En ese contexto se dio aviso al gerente y poco después llegaron los otros co-titulares en compañía de un notario para labrar las actas pertinentes de acuerdo con la versión de las actoras.

La sentencia de primera instancia

Acogió la demanda condenando a abonar –en total- u\$s 68.000.- \$ 27.000.- (más intereses) \$ 15.000 por daño moral, con más las costas del juicio.

Respecto del daño material meritó que “como la obligación del banco en el contrato de caja de seguridad es de resultado, para excluir su propia responsabilidad debe demostrar que el resultado al que se obligó ha sido impedido por una causa a él no imputable, una causa que no habría podido superar con el empleo del grado de diligencia requerido por el tipo concreto de obligación [...] se trata de un supuesto de responsabilidad objetiva”.

Con relación al daño moral “procede acceder al reclamo derivado del robo de una caja de seguridad en la cual los titulares guardaban joyas que pertenecían a una tradición familiar y que poseen un valor afectivo incalculable pero, no habiéndose acreditado con pericia psicológica o psiquiátrica el daño sufrido sino solamente fueron afirmaciones de los actores y algunas declaraciones testimoniales, resulta adecuada y equitativa fijar la suma de \$ 5.000 en tal concepto para cada una de las actoras”.

Ambas partes apelaron el fallo.

Los agravios

Los agravios del banco se concentran en que: a) la sentencia resulta arbitraria, por cuanto ha obviado analizar la totalidad de los hechos argüidos por las partes, las pruebas producidas, y aplicación errónea de la legislación y jurisprudencia; b) el encuadre de la res-

ponsabilidad del accionado, que sólo brinda derecho de uso y su extensión; c) otorgó indemnización por daño moral aún atendiendo que el mismo no podía estimarse sin una pericia psicológica.

La actora recurrió únicamente por el monto otorgado en concepto de daño moral, por considerarlo exiguo.

La sentencia de segunda instancia

Analizó y rechazó la invocada arbitrariedad por considerar que la sentencia “posee una relación coherente entre los antecedentes fácticos y sus consecuencias jurídicas; y una adecuada relación de los hechos y normas sobre los cuales el a quo construyó la formulación lógica de la decisión [...] carece de deficiencias técnicas que la invaliden como acto jurisdiccional”.

Respecto de la atribución de responsabilidad, interpreta que “la extensión de la responsabilidad bancaria y el reparto de la carga de la prueba, está en íntima dependencia con la naturaleza del contrato. Cuando la obligación es de resultado, la carga de la prueba corresponde al deudor [...] el acreedor nada tiene que probar para exigir responsabilidad en caso de incumplimiento, por el contrario, cuando la obligación es de pura diligencia, será el acreedor quien tendrá que demostrar la negligencia del deudor para alegar su incumplimiento y derivar las consecuencias jurídicas propias de este incumplimiento [...] Responder de la custodia de los locales bancarios significa que la entidad financiera debe disponer de medios idóneos para asegurar la vigilancia diurna y nocturna de los locales mismos, para impedir que quien no sea locatario pueda abrir la caja [...] el profesional banquero lucra con el arrendamiento de cajas de seguridad que ofrece a su clientela [...] la calidad de banquero es un antecedente jurídico necesario que lo somete a la doctrina del riesgo profesional y a los principios generales de la culpa civil y de los artículos 512, 901 y 902 del Código Civil [...] en otros términos, la ecuación confianza-asunción de riesgo se traduce en una acción profesional de tutela [...] el riesgo del resarcimiento que el banco asume por la idoneidad del servicio es inherente al ejercicio empresario”.

Con referencia al contenido de la caja, manifiesta que “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 imposible, dada la ausencia de exteriorización que se sigue respecto de los objetos ingresados en ese lugar”.

La causa penal

Adquieren especial relevancia en las sentencias de primera y segunda instancia, las probanzas derivadas de la causa penal en la que fue condenado Pablo Santiago Pérez Brown por el hecho, utilizando una llave falsa e identidad falsa.

El banco describe el procedimiento de la siguiente manera: “el cliente es acompañado por el empleado que lo atiende y con la llave maestra que está en su cajón de escritorio, van hasta la respectiva caja, introducen ambas en la cerradura, se abre accionando una y luego la otra. Una vez abierta el cliente toma el cofre y se lo acompaña hasta los recintos privados, fuera de la bóveda y se cierra la puerta de rejas. Cuando el cliente quiere volver a guardar su cofre es acompañado nuevamente por el empleado, al cual llama con un timbre y ambos van hasta la caja, mete el cofre en su interior y se la cierra con las dos”

Pero la clave es dada por la declaración testimonial de Rodríguez Adrover (oficial principal de la Policía Federal Argentina), quien detalló la modalidad delictiva: “el titular de la caja de seguridad autorizaba al autor el ingreso a su caja, y éste aprovechaba las falencias del sistema de seguridad bancaria, y abría las que elegía. La mayor falla que se pudo establecer era que los empleados no cerraban la bóveda con la puerta de rejas. Esos sujetos se familiarizaban con el empleado yendo todos los días, por lo que éste los dejaba solos frente a su caja de seguridad, sin que vayan al recinto privado [...] De esa forma se pudo determinar que uno de los que aparecía en los videos filmados por las cámaras de seguridad era Pérez Brown, y coincidentemente era cerrajero”.

“Vaisblat de Schenkelman, María c/ Banco Sudameris Argentina”303

Antecedentes del caso

La controversia se suscitó el fin de semana entre el 10 y el 12 de octubre del año 1992, la entidad bancaria resultó ser objeto de un atraco por delincuentes que violaron alrededor de trescientas (300) cajas de seguridad.

El Banco Patagonia Sudameris S.A (continuador de los bancos Mercantil Argentino S.A. y Caja S.A.) en su escrito de responde: a) opuso excepción de falta de legitimación activa con fundamento en que la caja detentaba dos cotitulares más, motivo por el cual, al no haber sido promovida la presente demanda por la totalidad de dichos cotitulares, esta sola circunstancia obstaba a su procedencia; b) planteó prejudicialidad contemplada en el artículo 1101 del Código Civil, porque se encontraba en trámite la causa penal derivada del ilícito, de la cual emergería la existencia de diversas joyas, dinero y documentos encontrados en la sucursal del banco donde ocurrió el delito a cargo del juez penal interviniente y que podían pertenecer a la accionante; c) reconoció la existencia de la caja de seguridad de titularidad de la actora y el ilícito ocurrido; d) consideró que se habría configurado la causal de fuerza mayor en relación al hecho narrado, pretendiendo la exoneración de responsabilidad.

Respecto de la falta de legitimación activa, el hecho de que la titularidad de la caja de seguridad se encontrara registrada a la orden recíproca faculta a cualesquiera de los titulares a ejercitar los derechos que correspondan sin el concurso de los demás, señaló la jueza de grado.

Acerca del planteo de prejudicialidad, consideró que no configurada la comunidad de hechos y causas que el artículo 1101 del Código Civil requería para su aplicación, por no coincidir el hecho investigado en la instrucción penal con los que deben analizarse

303 CNCom Sala A, 30/12/2008.

en autos para decidir sobre la procedencia de la pretensión resarcitoria ventilada en esta sede civil. Además, la denuncia penal había sido archivada sin que el banco hubiese resultado imputado ni mucho menos procesado por ese hecho.

En cuanto al fondo de la cuestión, entendió que la entidad no se compromete a prestar una determinada diligencia, sino a facilitar al cliente un resultado consistente en la conservación del status quo de la caja cedida al cliente, de lo cual se deriva que la pérdida del contenido de lo que hubiera en el cofre como consecuencia de un delito de robo no lo exime de responsabilidad, porque era justamente la seguridad frente a esa circunstancia lo que había justificado la contratación del servicio.

Interpretó no configurado el hecho como supuesto de fuerza mayor que pudiera exonerar de responsabilidad al banco demandado, por haberse comprobado que el banco no contaba con vigiladores fuera del horario laboral, que la resistencia de las puertas y cofres no era la adecuada a una institución como la de la especie, y que en el momento del hecho delictivo no se habían activado las alarmas, circunstancias todas ellas que evidenciaban la falta de cumplimiento del deber de seguridad.

Consecuentemente lo condenó a abonar la suma de u\$s 33.830.- como reparación derivada del robo de los bienes existentes en dicha caja de seguridad (u\$s 28.830 por alhajas y joyas y u\$s 5000 por dinero en efectivo) y \$ 5.000.- por daño moral, con más intereses y las costas del juicio.

El recurso de apelación del demandado

El banco se agravió en: a) la desestimación de la excepción de prejudicialidad con respecto a la causa penal que se instruyó sobre el mismo hecho debatido en autos, habida cuenta que en esa sede habrían quedado depositados bienes que los delincuentes omitieron llevarse el día en que efectivizaron el ilícito, y que bien podrían llegar a ser parte de los reclamados; b) el rechazo de la defensa de falta de legitimación activa, soslayando que la accionante había reclamado bienes que no serían de su propiedad, sino

de terceros ajenos a la causa; c) la asunción de una obligación de custodia de parte del banco y no la de un depositario; d) considerar demostrada la existencia de joyas y dinero a través de testigos; e) tener acreditado el daño moral sin haber producido prueba que demuestre tal sufrimiento; f) haber fijado intereses sobre el monto indemnizatorio otorgado por las joyas, dado que dichos bienes no serían susceptibles de generar ningún tipo de renta; g) la imposición de la totalidad de las costas.

La sentencia de segunda instancia

Respecto del agravio relativo a la ausencia de legitimación activa, el banco sostuvo que “expresamente la accionante había manifestado al iniciar la demanda que los bienes pertenecerían a terceros ajenos a estas actuaciones y que independientemente de que sean o no titulares de la caja de seguridad o autorizados, ellos no han demandado ni reclamado nada a su parte en autos [...] y se lo condenó a abonar una suma determinada de dinero a la actora cuando, según sus propios dichos, esta última parte no era la propietaria de los bienes que reclamaba, motivo por el cual entendía que la sentencia apelada creaba un indebido enriquecimiento a favor de aquélla, quien recibiría un importe que no le correspondería, por cuanto ni siquiera habría insinuado que abonó a los supuestos titulares de los bienes el valor de los mismos”.

Para la Cámara “no se configuró la falta de legitimación para obrar [...] el hecho de que algunos de los supuestos bienes sustraídos de la caja de seguridad pudieran pertenecer a los otros cotitulares de la caja o bien a terceros ajenos al proceso y a la relación contractual de que se trata no priva a la actora de legitimación para incoar el reclamo a su respecto, por cuanto fue precisamente la accionante quien contrató con la entidad bancaria el servicio de caja de seguridad y no esos terceros, mucho más, cuando -como en el caso- el accionado no ha invocado la existencia de regla convencional alguna que hubiese prohibido el ingreso de bienes de terceros a la caja [...] el derecho a promover la demanda por cobro de los daños y perjuicios provenientes del incumplimiento contrac-

tual de la caja de seguridad constituye una atribución que puede ser ejercida en forma individual por cualquiera de los titulares, sin perjuicio de las acciones que competan a los cotitulares entre sí [...] corresponde confirmar el rechazo de la excepción de falta de legitimación activa incoada por el banco recurrente”.

Rechaza también la defensa de prejudicialidad, con el argumento que la accionante pretende el cobro de una indemnización basándose en la responsabilidad contractual de la demandada derivada del incumplimiento del contrato de caja de seguridad a raíz de un robo perpetrado en dependencias del banco.

Y “si bien en los autos criminales se investiga el ilícito, el objeto de esa investigación es la determinación de sus autores y/o responsables desde el punto de vista penal, objeto ciertamente diverso al de esta acción civil, donde lo que se dilucida es la responsabilidad del banco en el plano contractual, cuestión para la cual es indiferente quien o quienes pudieran llegar a ser los autores del delito, por lo menos mientras no se afirme en qué medida una cuestión pudiera tener incidencia en la otra [...] una cosa es la responsabilidad penal de los procesados y otra muy distinta, la responsabilidad que pueda llegar a caberle a la entidad bancaria demandada en relación al cumplimiento o no de sus obligaciones contractuales [...] tampoco enerva la solución el hecho señalado por el banco apelante de que eventualmente habrían quedado depositados en sede penal bienes que los delincuentes dejaron abandonados en la sucursal el día que consumaron el delito, pues, habiendo afirmado categóricamente la accionante que ninguno de esos bienes le pertenecían, correspondió en todo caso al recurrente acreditar lo contrario, cosa que no hizo”.

Finalmente, respecto de la responsabilidad del banco, la Cámara confirmó el criterio respecto de la naturaleza de las obligaciones asumidas por el banco en este contrato, como obligación de resultado “la obligación del banco en este tipo de relación jurídica es más intensa y de una naturaleza más objetiva que la del depositario común. La sola ausencia de culpa o -incluso- la acción del hecho de un tercero son circunstancias que se muestran por sí

solas como insuficientes para eximirlo de responsabilidad [...] sólo puede liberarse el deudor acreditando la concurrencia del *casus* o del hecho de un tercero por quien no debe responder, siempre que la acción de éste exceda toda posibilidad de previsión por parte del banco [...] en punto al robo en particular, para ser calificado como eximente de responsabilidad, debe reunir los elementos de imprevisibilidad, inevitabilidad y extraneidad propios de un *casus*, pues de otro modo no libera al banco de su responsabilidad por las consecuencias de este tipo de hechos [...] si bien no se ignora que la autoridad de control no exige la adopción de esas concretas medidas de seguridad para habilitar el servicio, ello no puede erigirse en fundamento para desechar la responsabilidad bancaria, puesto que los recaudos establecidos por el Banco Central de la República Argentina se refieren exclusivamente a las condiciones exigibles para habilitar el servicio, pero en nada afectan la responsabilidad por incumplimiento del deber asumido por el banco que constituye una obligación de resultado y no de medios, y aún cuando la entidad bancaria hubiese cumplido con los requisitos establecidos por el BCRA, ello no basta para exonerarlo de la responsabilidad que le cabe por el resultado malogrado si de todos modos y sin la utilización de medios extraordinarios pudo concretarse el robo”.

Finalmente respecto de la acreditación del contenido de la caja de seguridad, también confirma el decisorio y agrega que “no cabe exigir al usuario la prueba exacta, directa, rigurosa e inequívoca de los objetos depositados en la caja de seguridad, siendo suficiente, por ende, el aporte de una prueba meramente indiciaria para demostrarlo; ello por la circunstancia de que uno de los aspectos esenciales del referido contrato consiste en habilitar su guarda sin que queden rastros de ella hacia el exterior [...] nuestros tribunales han otorgado pleno valor probatorio a las presunciones, como las derivadas de la posición económica de la parte actora, la actividad empresarial realizada, el hecho de aparecer en eventos sociales luciendo las joyas supuestamente robadas con ulterioridad, la concordancia entre los objetos denunciados en sede penal y los men-

cionados en la demanda civil, las declaraciones juradas prestadas a los fines impositivos, entre otras; las cuales deben ser apreciadas con parámetros de amplitud y prudencia por el juzgador [...] y en la reparación del agravio moral la apreciación debe efectuarse con criterio restrictivo, cuando se trata -como en el caso- de responsabilidad civil de naturaleza contractual, no es menos cierto que debe discernirse lo que es la angustia propia del mundo de los negocios de la afección de aquellos intereses que afectan profundamente la esfera íntima del ser humano. Cuando se está frente a este último supuesto, el juez debe acoger favorablemente el reclamo reparatorio del perjuicio moral sin efectuar distinciones pues lo que está en juego son los sentimientos de las personas”.

“García, Nora Edith c/ Banco de Galicia y Buenos Aires”³⁰⁴

Los hechos

Nora Edith María García promovió juicio contra el Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. por el cobro de la suma de pesos cuarenta mil (\$ 40.000), con más sus intereses, costos y costas del juicio.

Reclamó la reparación de la suma sustraída de su caja de seguridad y el resarcimiento de los daños ocasionados por incumplimiento contractual y daño moral.

Afirma que el obrar del banco fue negligente, al permitir el ingreso de la actora en un estado de somnolencia y disminución motriz con un sujeto no autorizado, a quien no se le requirió identificación.

Relató que el 9 de abril de 1996 aceptó un bombón de licor ofrecido por un extraño y en virtud del mismo perdió la memoria, despertando el 11 de abril del mismo año en el Sanatorio Mitre.

A días de haber sido dada de alta, se presentó en el Banco de Galicia Sucursal Flores anoticiándose de la sustracción de u\$ 25.000 de su caja de seguridad tal como repetía mientras se encontraba en estado de somnolencia. Otras 25 mujeres padecieron

304 CNCom Sala C, 14/07/2008

del *modus operandi* de quien a la postre fuera detenido.

El Banco de Galicia y Buenos Aires contestó que la actora pretende endilgarle una doble responsabilidad -contractual y aquiliana-, y que la única que puede atribuírsele es la subsumida en el artículo 512 del Código Civil, no por hechos ilícitos ni responsabilidad objetiva.

En su mérito –arguye– no corresponde la inversión de la carga de la prueba, siendo la accionante quien debió acreditar la negligencia o impericia que pretendió imputarle al banco.

Destacó además que dio debido cumplimiento a las obligaciones asumidas en el contrato de caja de seguridad, excediendo a las mismas la de indagar respecto del estado de salud del titular, soledad o acompañamiento, si concurre con hombre o mujer y la frecuencia con la que concurre el autorizado al banco; como así también que no fue negligente el obrar del encargado del sector, ya que la actora ingresó a la sucursal caminando y acompañada, lo cual es irrelevante contractualmente y presupone un asentimiento tácito del autorizado con tenencia de llave.

La sentencia de primera instancia

El magistrado de grado hizo lugar parcialmente a la demanda condenando al Banco de Galicia y Buenos Aires al pago de \$ 35.000 más intereses, y le impuso la totalidad de las costas.

Refirió que en la causa caratulada “Pérez Norman Jorge s/robo” se le imputó al Sr. Norman J. Pérez el delito de robo agravado por el uso de estupefacientes (benzodiazepinas) y que, según los informes médicos, elimina la voluntad produciendo una hipnosis química que lleva a la persona a actuar como autómatas.

En ese contexto, juzgó poco diligente el obrar del banco al no exigir que se acreditara la identidad de quien ingresaba a la caja de seguridad.

Invirtió la carga de la prueba, correspondiendo a la accionada acreditar el hecho por el cual no debe responder, y por ello no puede exigírsele a la accionante una prueba inequívoca del contenido de la caja.

Estimó probado el depósito de los montos demandados e hizo lugar a la indemnización por daño moral, mas no por el incumplimiento contractual.

El pronunciamiento fue apelado por ambas partes.

Los recursos interpuestos

La actora expresó los siguientes agravios: a) cuestionó la moneda en la que estimó el monto de condena, pues alegó que en la caja de seguridad había guardado dólares estadounidenses, y b) consideró bajo el resarcimiento otorgado por daño moral.

Por su parte, la demandada: a) objetó el alcance de la responsabilidad. Consideró errónea la atribución por el incorrecto control en el ingreso al sector de las cajas de seguridad y de eso derivó el ilícito cometido por un tercero, con lo cual considera que el magistrado de grado debía en su caso morigerar la condena atendiendo a la dudosa condición en las que se encontraba la accionante, quien pudo cumplir con los requisitos exigidos para ingresar a las cajas de seguridad; b) que no puede efectuársele ningún reproche ya que para notar que la actora no estaba en condiciones de ingresar se necesitaba de un especialista en medicina, extremo al cual no estaba obligado, por lo tanto, la minusvalía actuó como una concausa del evento dañoso, y la condición psicofísica de la accionante no le impidió firmar el libro de acceso, que excede el marco de la relación contractual; b) sostuvo que fue erróneo el importe que el a quo consideró depositado, por cuanto no hay prueba directa del mismo; c) criticó el resarcimiento en concepto de daño moral puesto que no corresponde la atribución

La sentencia de segunda instancia

La Cámara interpreta que sobre el banco recae una obligación de resultado y que “la excusa admisible como eximente de responsabilidad debe provenir de un caso fortuito o fuerza mayor notoriamente ajeno al servicio prestado [...] respecto de la condición en que se encontraba la accionante el día en que acaeció el evento dañoso, cabe aclarar que aún sin conocimientos médicos que le

permitieran conocer el estado psicofísico en que se encontraba la actora, el mismo se hubiese evitado impidiendo el ingreso de una persona que no figuraba en el registro de la caja violentada”.

Los rubros daños material y moral fueron confirmados en su totalidad.

**“Banco Río de La Plata S.A. en Segarra José Hugo
c/ Bco Río de la Plata S.A. s/ Daños y Perjuicios s/ Incidente”³⁰⁵**

Los hechos

El actor inicia demanda sumaria por indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual contra del Banco Río de la Plata S.A. por la suma de dólares estadounidenses doscientos mil (U\$S 200.000) y la suma de pesos sesenta mil (\$ 60.000) en concepto de daño emergente, lucro cesante y daño moral, con más intereses legales desde el 30/05/2000 hasta su efectivo pago.

En su relato de hechos, señaló que en el año 1991 contrató los servicios de la caja de seguridad ubicada en el primer subsuelo de la Sucursal 068, situada en calle San Martín y Montevideo de la Ciudad de Mendoza.

Agregó que los ahorros reunidos en su profesión de médico oftalmólogo los guardaba en dicha caja por la desconfianza que le producía el circuito financiero argentino.

Manifiestó que el 31 de mayo del año 2000, concurrió al sector de Cajas de Seguridad con el fin de guardar dólares estadounidenses -como era su costumbre- y al abrir el cofre descubre que el mismo estaba vacío, cuando en él debía hallarse la cantidad de U\$S 200.000.-

Relata que inmediatamente profirió un grito solicitando la presencia del gerente del banco, quien acudió acompañado por el abogado de la entidad y otro empleado. Acto seguido aparece el cerrajero de la institución, quien procede a desarmar la cerradura de la caja, no constatando ningún tipo de forzamiento en la misma. Se labró un acta notarial de los hechos.

305 SCJ Mendoza Sala I, 9/5/2006-

La sentencia de primera instancia

Hace lugar parcialmente a la demanda, condenando a la entidad demandada a abonar al actor la suma de dólares estadounidenses ciento cincuenta y siete mil (U\$S 157.000) o su equivalente en pesos según cotización del día del efectivo pago, y la suma de pesos veintidós mil (\$ 22.000) en concepto de daño moral.

Ambas partes apelan.

La sentencia de segunda instancia

La Cámara rechaza ambos recursos en base a los siguientes fundamentos: a) el contrato bancario de caja de seguridad encuadra en aquellos en los cuales uno de los obligados, en este caso el banco, toma la obligación de un resultado, ello implica que el banco, para liberarse de responsabilidad debe acreditar que el daño se produjo por caso fortuito o fuerza mayor; b) la pérdida del contenido de la caja de seguridad producida por robo no configura un supuesto que exima de responsabilidad al banco, puesto que, precisamente, en evitar esa eventualidad consiste el servicio prestado y por esa razón los clientes concurren a depositar sus objetos de valor en cajas de seguridad, en lugar de guardarlas en sus domicilios; c) el factor de atribución es objetivo, el deudor tiene un único medio de eximirse de responsabilidad probando la ruptura del nexo causal, o el desvío del mismo, o bien hecho fortuito o fuerza mayor, o bien el hecho de un tercero; d) en razón de que no se imputa culpa alguna, el banco no se exime demostrando que obró diligentemente, esto es, acreditando la falta de culpa; e) confirma los montos fijados en primera instancia, la moneda de condena y la imposición en costas.

La sentencia de la Suprema Corte de Mendoza

Resuelve el máximo tribunal provincial que corresponde denegar los recursos de inconstitucionalidad y casación confirmando la demanda por daños y perjuicios por la desaparición de sus valores y, sin perjuicio de que no se han demostrado síntomas de violencia o forzamiento sobre el cofre, no se deslinda la responsabilidad objetiva (deber de custodia) pues existen elementos de prueba

que generan una convicción respecto de la procedencia de la demanda, pues se denunciaron penalmente varias violaciones de las cajas de seguridad del mismo banco en la misma fecha.

Resalta que el sistema de caja de seguridad no resultó infalible, ya que existe la posibilidad de que algún empleado infiel del banco obtenga una copia de las llaves del cliente con anterioridad a su entrega, lo cual posibilitaría la apertura sin violencia.

De esta forma cabe atribuir responsabilidad a la entidad bancaria pues el contrato de caja de seguridad tiene el carácter de una obligación de resultado (custodia de los bienes), de la cual solo puede ser eximido si media caso fortuito o fuerza mayor (terremotos, inundaciones etc.) situación que no ha sido probada.

Sostiene que tanto la jurisprudencia y doctrina son concordantes en adoptar un criterio flexible respecto a la prueba del contenido de la caja, la cual debe ser valorada con base en los criterios de credibilidad y razonabilidad del reclamo, pues en caso de exigir una prueba rigurosa e inequívoca se impondría una carga cuyo cumplimiento sería virtualmente impracticable para el reclamante toda vez que normalmente los depósitos se realizan en condiciones de absoluta privacidad, teniendo en cuenta las condiciones personales del actor (profesión, nivel de vida, etc.).

“Milman Ana c/ Banco de la Nación Argentina s/Incumplimiento de contrato”306

Hechos y sentencia

La señora Ana Milman promovió demanda contra el Banco de la Nación Argentina y contra el Banco Central de la República Argentina por reintegro de la suma de u\$s 34.000.- más la de \$ 9.000.- en concepto de daño moral.

Relató que su caja de seguridad se hallaba la suma reclamada, sumatoria de dos montos: u\$s 20.000.- que había obtenido de la venta de un departamento heredado de sus padres y u\$s 14.000.-

306 CNCom Sala II, 27/5/2010.

que le había entregado su hijo en carácter de donación, operaciones que dijo acreditar con los correspondientes documentos.

Sostuvo que con fecha 13 de octubre de 1995 concurrió al banco conjuntamente con el señor Enrique Wasserman (autorizado), con el objeto de retirar la suma de u\$s 3.800.- para abonar una intervención quirúrgica en un ojo afectado por glaucoma. Abierta la caja, observaron la desaparición del dinero sin que existan signos de violencia.

Agregó que los damnificados eran once usuarios de cajas de seguridad, verificándose sustracciones entre octubre de 1995 y principios de 1996.

El banco contestó la demanda negando los hechos invocados y afirmó que si la caja de seguridad del cliente no fue forzada con ningún elemento, ni tampoco violentada su cerradura, sólo puede concluirse en que el banco ha cumplido con el deber de custodia y garantía que le incumben en este tipo de contrato.

La sentencia hizo lugar parcialmente a la demanda, y declaró que el Banco de la Nación Argentina debe pagarle a la actora, en el plazo de diez días hábiles, la suma de U\$S 10.000 o su equivalente en pesos, tipo vendedor, a la fecha de pago, y de \$ 5.000 con más los intereses y las costas.

La sentencia de segunda instancia

La Cámara de Apelaciones decidió que "debe confirmarse la sentencia de primera instancia que consideró responsable a la entidad bancaria por la desaparición del dinero que la actora tenía guardado en la caja de seguridad, pues, lo actuado en sede penal pone de manifiesto la inexistencia de un casus, ya que hubo otros damnificados sin relación entre sí. Ello cual permite presumir que la caja fue abierta con una copia de la llave que poseían los accionantes junto con la del Banco, la que pudo haber sido obtenida mediante un molde tomado sobre dichas llaves, siendo que este procedimiento no sólo es conocido por el común de la gente, sino que fue explicado por el testigo que se desempeñaba como Jefe Especializado de Talleres del banco, cuya especialidad es precisa-

mente el trabajo de cerrajería. Si a ello se agrega que el perito da cuenta de que en el lugar no existían cerraduras con memoria e indicación temporal, ni indicación de apertura y cierre, que las cerraduras eran del tipo mecánico, y que no existían cámaras ni circuito de CCTV, sólo se puede concluir en que al tiempo de producirse el hecho dañoso no existía ningún tipo de control cierto que respondiera a las exigencias propias de este tipo de contrato, o sea que se está ante la ausencia de la custodia efectiva que la entidad bancaria se compromete a prestar [...] Resulta improcedente atribuirle responsabilidad al Banco Central de la República Argentina por la desaparición del dinero que la actora tenía guardado en la caja de seguridad, ya que la custodia apropiada del recinto en el que se hallan las cajas de seguridad es un deber que le corresponde de manera exclusiva a la entidad bancaria que ha celebrado el contrato [...] El contrato de caja de seguridad es de adhesión y de consumo, en el cual el deber de custodia hace a su esencia y naturaleza, razón por la cual, el quebrantamiento de ese deber equivale a su completo incumplimiento, de modo que el banco sólo puede excluir su responsabilidad demostrando que el resultado ha sido impedido por una causa que no le es imputable y que no ha podido superar aun empleando la diligencia requerida por el tipo de obligación contraída [...] El contrato de caja de seguridad comprende una obligación de resultado donde el banco no compromete una custodia disuasiva sino efectiva, ejercida en un ámbito idóneo que él mismo suministra y que disipa el riesgo, motivo por el cual no basta con hacer lo posible para obtener el resguardo ya que se impone obtenerlo, y entonces, es posible sostener que obligación comporta un supuesto de responsabilidad objetiva en el que sólo puede librarse el deudor acreditando la concurrencia de un caso fortuito o de fuerza mayor, o el hecho de un tercero por quien no debe responder”.

Continúa argumentando que “a efectos de mensurar el daño sufrido como consecuencia de la desaparición del dinero guardado en una caja de seguridad debe partirse de la premisa de que resulta imposible conocer en forma directa y por pruebas concretas el con-

tenido de aquélla, por cuanto a las entidades bancarias no les asiste el derecho de llevar cuenta de aquello que los clientes guardan allí, en consecuencia, el único recurso de que dispone el Juzgador es la prueba de presunciones, y sobre esta base, no parece para nada desacertado tener en cuenta el nivel patrimonial de los accionantes, por cuanto es claramente indicativo de los bienes de valor que, presumiblemente, pudieron almacenar en su caja de seguridad”.

Concluye que “para probar el contenido de la caja de seguridad que fue vaciada, el acta notarial presentada por la actora que instrumenta una donación, es un elemento con entidad suficiente como para tener por acreditada la donación efectuada a su favor, pero su sola presentación no demuestra sin más que dicha cantidad de dinero fue guardada en aquélla, de lo contrario, se debería tener por cierta cualquier invocación de bienes realizada por un usuario de una caja de seguridad por el sólo hecho de haber aportado documentos que respaldan su titularidad”.

“E., N.J. c/Banco de la Provincia de Buenos Aires s/Ordinario”³⁰⁷

Los hechos

La actora promovió demanda de daños y perjuicios como consecuencia del saqueo de su caja de seguridad que arrendaba en la sucursal Belgrano, ilícito perpetrado bajo la modalidad de boquete.

Tras afirmar que las medidas de seguridad eran insuficientes, detalló que el contenido del cofre era el siguiente: a) dólares estadounidenses quinientos mil (u\$s 500.000.-) –u\$s 390.000.- de su yerno e hija, producto de la venta de un inmueble-b) euros 10.000.- ; c) joyas por un valor de u\$s 57.380.- ; d) daño moral que estimó en \$ 50.000.-; e) daño psíquico en \$ 35.000.-; f) daño punitivo \$ 35.000.- y g) intereses como lucro cesante.

El banco contestó la demanda manifestando que fue víctima de un ilícito que por su modalidad configura un hecho fortuito por el cual no puede endilgársele responsabilidad alguna.

307 CNCom Sala F, fallo del 22/03/2016

Aseveró el cumplimiento de los recaudos exigidos por el BCRA en materia de seguridad y sostuvo que debe estarse a lo dispuesto en la cláusula limitativa contractual por no ser abusiva y concertada en el marco de la libertad negocial³⁰⁸, negando la existencia en el cofre de los bienes denunciados al momento del ilícito.

La sentencia de primera instancia

El juez de grado admitió en base a presunciones parcialmente la demanda, condenando al banco al pago de: a) u\$s 450.000.- (comprendidos de los u\$s 390.000.-) y euros 5.000.- ; b) \$ 25.000.- en concepto de daño moral; c) \$ 30.000.- para afrontar los gastos del tratamiento psicológico recomendado y d) \$ 304.700.- daño material por las alhajas.

Desestimó la pretensión por daño punitivo prevista en la Ley de Defensa del Consumidor; y ordenó liquidar intereses a la tasa del 8% en dólares y en la tasa activa que utiliza el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento de documentos a 30 días para las sumas en pesos, desde la mora que fijó el día de interpelación extrajudicial mediante carta documento, hasta su efectivo pago.

Los fundamentos del sentenciante fueron los siguientes: a) el banco asumió una obligación de resultados, consistente en la conservación del *statu quo* de la caja, desdoblada en una obligación relativa a la integridad interna y externa; b) de la prueba surge que la sucursal no cumplía con las medidas mínimas de seguridad, además de la ausencia de personal de vigilancia y serenos durante los días feriados e inhábiles, con lo que no se configuró escenario de excepción o caso fortuito insuperable que lo exculpara.

Agravios del banco

La entidad critica los siguientes aspectos de la sentencia: a) que sobre la base de un análisis doctrinario el juez le atribuya respon-

308 Cuyo texto rezaba: “el banco garantiza al locatario la integridad exterior de la caja, salvo casos fortuitos o fuerza mayor y no responde por los objetos allí depositados”

sabilidad y paralelamente desconozca la cláusula contractual; b) que en sede penal se condenó a los delincuentes y, al haber sido víctima de un delito no existió hecho dañoso alguno atribuible a su parte; c) el reconocimiento de las sumas de dinero como atesoradas en el cofre y especialmente las sumas pertenecientes a personas totalmente ajenas a la relación contractual; d) la admisión de \$ 304.700.- compensatorio del valor de las joyas, porque la dimensión del cofre no permite guardar 24 cajas de alhajas y la cantidad de dinero denunciada por el actor; e) la omisión de considerar que las joyas denunciadas como de propiedad de los hijos del actor no puede seriamente ser conservadas por su padre si se ha probado que ellos tienen otras cajas de seguridad a su nombre; f) la tasación de las joyas no resulta suficiente para demostrar que las mismas se encontraban en el cofre; g) la falta de acreditación de la adquisición de moneda extranjera y h) la admisión del daño moral del que no se produjo prueba.

La sentencia de segunda instancia

La Cámara de Apelaciones interpreta que “más allá del *nomen contractual* [...] 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 los cofres: esa es, precisamente, la motivación del cliente para celebrar el contrato, mientras que la entidad bancaria percibe un precio por la prestación de ese servicio, de indudable naturaleza compleja [...] Tratándose de una obligación de resultado, el banco es libre de adoptar los medios que considere más adecuados para efectuar la vigilancia debida, y el locatario no puede censurar la adecuación de esos medios o imponer la adopción de otros. Es sólo *a posteriori*, esto es, sólo en el caso de que la caja haya sido abierta por quien no estaba autorizado, o que la integridad externa de ella haya sido adulterada, que esta censura es posible a fin de contrastar la eventual prueba liberatoria

del banco que quiera atribuir al caso fortuito o fuerza mayor [...] la pretensión de escudarse en los términos de la cláusula 18 para eludir su responsabilidad, no puede admitirse. Ello pues, resulta analógicamente aplicable lo previsto por la ley 24240, artículo 37 a) que establece que se tendrán por no establecidas las condiciones que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños. Ello así, pues el objetivo de dichas cláusulas radica en fortalecer la posición de la empresa (en el caso, el banco) calculando con antelación los riesgos y responsabilidades asumidos, lo que implica agravar la posición del consumidor para acceder a los bienes y servicios que necesite. La inclusión de estas cláusulas abusivas no lleva necesariamente implícita una conducta ilícita, pero sí una manipulación del consumidor [...] implicaría no sólo una desnaturalización del contrato, sino que frustraría la finalidad perseguida por el cliente, dejando sin contenido el equilibrio de las contraprestaciones o sinalagma contractual”.

“Kundt, Melita S. c/Banco Boston N.A.”³⁰⁹

Los hechos y la sentencia de grado

La actora promovió demanda de indemnización de daño patrimonial estimado en u\$s 14.000.- y \$ 11.000.- por daño moral, con motivo de la desaparición de 40 monedas de oro mexicano de 37,5 gramos cada una, que guardaba en la caja de seguridad del banco demandado de la Sucursal Callao.

El banco sustentó su defensa en que no existe constancia alguna que dichas monedas estuvieran depositadas en el cofre, y que de haber acaecido el hurto, resulta significativo la falta de formulación de la correspondiente denuncia.

El juez sostuvo que “aún cuando fuera cierto que de otros establecimientos bancarios desaparecieron bienes ubicados en cajas de seguridad, no puede concluirse sin más, que lo mismo ocurrió en la sede donde se encontraba el cofre utilizado por la accionante”.

Concluyó que de la prueba producida no se advertía el más mí-

309 CNCom Sala A, 1/11/2003

nimo indicio de que alguien pudiera haber ingresado a la caja de seguridad.

Descartó la prueba testimonial producida para demostrar que las monedas se encontraban en el cofre, puntualizando que lo declarado no resultaba relevante por cuanto el tema a probar no es que la actora haya sido propietaria de aquellas, sino que hayan estado depositadas en la mentada caja hasta su presunta desaparición.

El recurso de apelación del actor y sentencia de alzada

El actor sustenta su expresión de agravios manifestando que diversas publicaciones aparecidos en diarios dan cuenta de la existencia de una serie de sustracciones de bienes depositados en cajas de seguridad ubicadas en establecimientos bancarios entre julio 2000 y mayo de 2001 utilizando el sencillo método de copiado de llaves de los cofres a fin de sustraer el contenido de las cajas, entre los que se encuentra mencionado el banco demandado, con la particularidad de que en todos los casos denunciados e investigados no se encontraron signos de violencia.

Afirma que los bancos supuestamente involucrados aseguraron que no falló ningún sistema de seguridad y descartaron la supuesta participación de algún empleado infiel.

La Cámara confirmó el fallo argumentando que correspondía a la actora la carga de la prueba de acreditar el robo o hurto aludido y aportar indicios sobre el depósito de los valores que se dicen fueron efectivamente sustraídos, demostrando por ende el incumplimiento del deber de custodia de la caja por parte del banco.

CAPÍTULO VI

La acreditación del daño derivado del incumplimiento contractual del servicio de cajas de seguridad

TÍTULO I Problemática

Las ventajas que proporciona el contrato de cajas de seguridad como el acceso personal, directo y secreto, tienen su contrapunto

en las dificultades que se presentan de cara a endilgar responsabilidad civil al banco por incumplimiento de su obligación de custodia.

En los Capítulos IV y V de esta Tercera Parte, analizamos aquellos hechos de la naturaleza (terremoto, incendio, inundación) o del hombre (robo/hurto y expoliación) que inciden en el cumplimiento del deber de conservación.

Los primeros afectan la integridad del compartimiento o cofre, pero permiten mantener intacto el cierre, circunstancia que favorece la probabilidad de encontrar al menos restos de los bienes y la cuantificación de los daños.

En los segundos ciertamente se advierte el problema, dado que acaecida la apertura ilícita de la caja, el usuario deberá enfrentar el desafío de resolver dos cuestiones medulares: en primer término la demostración de la existencia de bienes en el interior de la caja al momento del hecho, y en segundo el perjuicio.

En este contexto “sin la prueba, estaríamos expuestos a la irreparable violación del derecho por los demás, y el Estado no podría ejercer su función jurisdiccional para amparar la armonía social y restablecer el orden jurídico, como expresa el viejo adagio *tanto vale no tener un derecho, cuanto no poder probarlo*”³¹⁰.

La dificultad probatoria deviene precisamente de los elementos caracterizantes del contrato: la ausencia de recepción o *receptum* de los bienes de parte del banco y el reservado acceso al recinto³¹¹.

La responsabilidad civil bancaria reviste carácter profesional y agravada³¹², les cabe en grado notablemente superior la carga de cumplir con los deberes de actuar con buena fe, con lealtad y diligencia del buen hombre de negocios y demás estándares de conducta exigibles.

El CCivCom prescribe al respecto que: “El prestador de una caja

310 ECHANDIA, Hernando Devis, *Compendio de la Prueba Judicial*, Tomo I, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007, 13.

311 A diferencia de lo que sucede con los depósitos abiertos, en los que el banco se encuentra obligado a restituir aquello que previamente ha recibido, e incluso en los depósitos cerrados en los que la obligación se circunscribe al paquete o envoltorio del que se haya hecho cargo la entidad.

312 Capítulos II y III – Tercera Parte

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 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” (Artículo 1413).

Del texto legal se desprende que el prestador asume una obligación de resultados con factor de atribución objetivo³¹³, por la integridad material de las cajas, la custodia de los locales (estática y dinámica) y el contenido.

Los niveles técnicos de seguridad para los recintos o cámaras acorazadas siempre son objetivos y tasados en parámetros mínimos. “La circunstancia de que las medidas de seguridad adoptadas por el banco demandado fueran superiores a las requeridas por el ente de contralor para entidades bancarias dedicadas a operaciones comunes, no excusa su responsabilidad por los daños y perjuicios sufridos por los actores como consecuencia del robo de su caja de seguridad [...] Para apreciar la responsabilidad, sirve como parámetro judicial su carácter profesional. Así, como la entidad bancaria no puso la diligencia ni los controles idóneos para prevenir tales situaciones, cabe atribuirle falta de cuidado en su actuación comercial, falta que incidió en gran medida en la producción del resultado dañoso [...] La responsabilidad y la carga de la prueba están en íntima dependencia con la naturaleza del contrato. En efecto, cuando la obligación es de resultado, la carga de la prueba corresponde al deudor, el acreedor nada tiene que probar en caso de incumplimiento [...] los bancos no se comprometen a prestar una determinada diligencia, sino a facilitar al cliente un resultado, consistente en la conservación del statu quo de la caja. Se trata de un servicio por el cual los clientes buscan de la entidad bancaria la garantía de máxima seguridad contra el riesgo de robo, extravío o pérdida de sus bienes, razón por la cual el deber de custodia por parte del banco forma la esencia del con-

313 Artículo 1722 CCivCom: “Factor objetivo. El factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario”.

trato [...] El incumplimiento genera una responsabilidad objetiva, es irrelevante que el banco pretenda acreditar que obró sin culpa, desde que no es tal la conducta que califica el reproche, sino la ausencia del resultado previsto [...] La calidad de banquero del demandado es un antecedente jurídico necesario que lo somete a la doctrina del riesgo profesional [...] la ecuación confianza-asunción del riesgo se traduce en una acción profesional de tutela: la oferta profesional de un servicio debe ser satisfecha de acuerdo a la expectativa que genera³¹⁴”.

Si el banco responde (objetivamente) por “el contenido de ellas, conforme lo *pactado* y las *expectativas creadas en el usuario*”, debemos dilucidar en este estadio las siguientes cuestiones: ¿cuál es el derecho aplicable? ¿Qué tipo de responsabilidad civil le cabe al banco por la prestación del servicio? ¿Qué medios de pruebas resultan idóneos? ¿Las cláusulas limitativas de responsabilidad desnaturalizan la obligación del prestador del servicio?

TÍTULO II

Encuadre jurídico

Los contratos bancarios son mayoritariamente celebrados por adhesión a cláusulas predispuestas.

Atento a que en los servicios bancarios el banco efectúa profesionalmente *prestaciones no crediticias* por cuenta y orden del cliente, podemos afirmar que se establece entre las partes una típica relación de consumo³¹⁵.

314 Cámara Nacional Comercial Sala B, 04/10/1996, “Quiquisola, Roberto c/Banco Mercantil Argentino”, en La Ley 1997-B, 80.

315 El CCivCom la define como “el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. Se considera consumidor a la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social” (Artículo 1092); y al contrato al contrato de consumo como “el celebrado entre un consumidor o

Y relación de consumo “es aquella que abarca todas las circunstancias que rodean, o se refieren, o constituyen un antecedente, o son una consecuencia de la actividad encaminada a satisfacer la demanda de bienes o servicios para destino final de consumidores y usuarios”³¹⁶; y “... comprende todas las etapas, circunstancias y actividades destinadas a colocar en el mercado bienes y servicios para ser adquiridos por los consumidores y usuarios, existiendo en esta relación, desde su inicio un acto voluntario –cuando el bien se produce, fabrica o elabora- cuyo objetivo comercial –indiscutida intención de todos los que desempeñan esa actividad- es llegar a los consumidores en forma directa o indirecta, incluyendo en ésta la promoción del producto, siendo responsables todos los que intervienen en la relación de consumo, ante los consumidores y usuarios por la protección de su salud, seguridad e intereses económicos”³¹⁷.

En sintonía con la Constitución Nacional y la LDC, el CCivCom sienta tres principios: protección del consumidor, acceso al consumo sustentable e interpretación más favorable al consumidor en caso de duda (Artículos 1094/1095).

De esta manera “el derecho del consumidor constituye una realidad normativa que recorta horizontalmente a las relaciones jurídicas contempladas desde los códigos sustantivos; a modo de ejemplo este carácter excepcional del régimen de defensa del consumidor se presenta en: a) en la contratación (desde el modo en que se perfecciona el contrato, sus formalidades, obligaciones accesorias, su interpretación, régimen de eficacia, etc.); b) en el régimen de reparación de daños (legitimación pasiva; alcances de

usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social” (Artículo 1093).

316 FARINA, Juan M., *Relación de consumo (a propósito del art. 42 de la CN)*, en Colección Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, Tomo 1995-I, 886.

317 RINESSI, Antonio J., *Relación de consumo y Derechos del Consumidor*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2006, 13.

la responsabilidad del dañador, etc.); c) en los sistemas de implementación de la defensa de los derechos (la legitimación colectiva, las peculiaridades de los procesos colectivos; la organización de vías alternativas de resolución de conflictos; etc.)”³¹⁸.

En esta inteligencia concluimos que resulta aplicable al contrato de marras la siguiente normativa: a) la Constitución Nacional artículo 42³¹⁹; b) la LDC 24240 y sus modificatorias³²⁰; c) El CCivCom

318 SANTARELLI, Fulvio, *Ley 24240 Comentada*, en *Ley de Defensa del Consumidor Comentada y anotada*, T I, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2009, 26.

319 Artículo 42 CN: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios, y de las provincias interesadas en los organismos de control”.

320 Artículo 1º: “Objeto. Consumidor. Equiparación: La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario, entendiéndose por tal a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”.

Artículo 2º: “Proveedor. Es la persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley”.

Artículo 3º: “Relación de consumo. Integración normativa. Preeminencia. Relación de consumo es el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario. Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la Ley 25156 de Defensa de la Competencia y la Ley 22802 de Lealtad Comercial, o las que en el futuro las reemplacen. En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley, prevalecerá la más favorable al consumidor. Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones, sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, este alcanzado asimismo por otra normativa específica”.

Artículo 65º: “La presente ley es de orden público, rige en todo el territorio nacional y entrará en vigencia a partir de la fecha de su publicación en el Boletín Oficial. El

en el Libro III (Derechos Personales) Título III (Contratos de consumo), Capítulos I (Relación de consumo) los artículos 1092/1095 y Capítulo IV (cláusulas abusivas) los artículos 1117/1122); y Libro III, Título IV (Contratos en particular) Capítulo 12 (Contratos bancarios) Sección I (Disposiciones Generales) los Parágrafos 1 (Transparencia de las condiciones contractuales) Artículos 1378/1381 y 2 (Contratos bancarios con consumidores y usuarios); y d) los microsistemas conformados por las leyes 21526 (LEF), 24144 (t.o. ley 26739 Carta Orgánica BCRA)³²¹, 26637 (Medidas mínimas de seguridad en entidades financieras).

TÍTULO III

Cláusulas eximentes y limitativas de responsabilidad

Usualmente en los contratos se incorporan cláusulas con el siguiente texto “en la caja [...] podrán guardarse efectos de diversa índole (joyas, títulos, moneda, nacional o extranjera, etc.) cuyo valor en conjunto, sumados todos los efectos, en ningún caso podrá exceder el monto máximo de u\$s... o su equivalente en moneda nacional [...] consecuentemente el usuario declara conocer y aceptar que no podrá guardar en la caja valores que superen la cifra máxima antes indicada y que, de serle necesario guardar valores por sobre esa cifra, deberá locar cuantas cajas de seguridad resulten necesarias para que en ningún caso y en ningún momento se violen las disposiciones de la presente cláusula. La violación de lo precedentemente dispuesto por el locatario lo hará incurrir en incumplimiento contractual [...] el banco podrá contratar una póliza de seguro para el caso de robo y/o hurto de caja, y que dicha póliza guardará necesaria vinculación con la cifra máxima mencionada”.

Poder Ejecutivo debe reglamentar la presente ley dentro de los 120 días a partir de su publicación”.

321 Comprende las Circulares que el BCRA dicte en su carácter de autoridad de aplicación.

Este formato guarda sintonía con las utilizadas en Italia³²² de acuerdo al artículo 2 de las Normas Bancarias Uniformes (NBU) formuladas por la Asociación Bancaria Italiana (ABI).

Según el texto adoptado mediante Circular del 28/9/1976 “el uso de la caja es concedido para la custodia de valores que no superen 1000000 de liras. Por lo tanto, el cliente se obliga a no conservar en la caja cosas que tengan un importe superior”.

El Código Civil Italiano de 1942 contiene en los artículos 1839/1841 una embrionaria disciplina del instituto, caracterizándolo como acto bancario de ordinaria administración, oneroso, formal, de ejecución continuada, a un tiempo determinado y estandarizado.

Advierte la doctrina italiana que la escasa regulación obliga al intérprete a integrarlo con las cláusulas predispuestas que, como condiciones generales, derivan del esquema predispuesto por la Asociación Bancaria Italiana (ABI) en las Normas Bancarias Uniformes (NBU).

Un sector considera que “los codificadores el '42 han querido respetar las exigencias de los bancos de regular autónomamente el servicio, poniendo en ello sólo los límites, directa o indirectamente, derivados de la circumscripita reglamentación predispuesta a través de las disposiciones legales [...] se integra con las cláusulas predispuestas por los bancos en la forma de condiciones generales, condiciones derivadas de los esquemas predispuestos por la Asociación Bancaria Italiana en las Normas Bancarias Uniformes [...] que encuentra justificación en la superación de un sistema bancario inspirado en la libertad de contratación y por consiguiente hostil hacia formas de reglamentación normativa no idóneas a reconocer, en modo flexible, las mutables exigencias del mercado [...] la llegada del régimen oligopólico en el sector de crédito ha inducido a los bancos a concertar sobre el contenido a ellos más favorable de los contratos impuestos a la clientela: las NBU son justamente el fruto de tales generales acuerdos”³²³.

La intención de la ABI es introducir un sistema uniforme de condiciones contractuales para las empresas de créditos adheridas,

322 Vale recordar que el CCI, en la materia, constituye una de las fuentes del CCivCom.

323 CERRAI, Alessandro, op. cit., 8.

con el fin de eliminar o cuanto menos reducir la diversidad y especificidad de los variados usos reglamentos bancarios.

Las NBU regulan de modo detallado las numerosas obligaciones principales o accesorias a cargo del cliente, y las extremadamente reducidas del banco que se enuncian de modo indirecto³²⁴, el artículo 1º establece que el banco se obliga a conceder en uso la caja, e indirectamente se deduce que le pesa una obligación de custodia.

En el artículo 3º NBU replica la fórmula del artículo 1839 CCI: “la empresa de crédito responde hacia el usuario por la idoneidad y la custodia de los locales, y por la integridad de la caja, salvo el caso fortuito”.

La ABI en el año 1954 preparó un modelo de contrato cuyo artículo 16º (ex artículo 2º) prescribe que “el valor máximo del contenido de la caja queda, para todos los efectos, convencionalmente fijado en ... liras, salvo que, de acuerdo con el usuario, se establezca un importe superior, contra el pago de la contraprestación, determinada por el banco”.

En este sentido pretende que de resultar el banco condenado a un resarcimiento en beneficio del usuario, sólo repare el daño objetivo con exclusión de toda apreciación del valor afectivo.

Acerca de la validez de este tipo de cláusula, existen dos posturas doctrinarias y jurisprudenciales.

Una minoritaria la considera una función limitativa del objeto del contrato (Giannatasio, Capobianco, Tondo, Scordino), que el banco no tiene derecho a conocer el contenido de la caja de seguridad, y sólo le es conferida la facultad de convenir con el usuario el valor máximo de las cosas que este podrá introducir en la misma, con la finalidad de establecer el canon al cual está obligado el usuario y, consecuentemente, si el cliente introduce en la caja valores superiores a aquellos declarados, viola el contrato y no puede pretender el cumplimiento del banco fuera del contrato violado por él mismo.

En esta doctrina se reflejan los siguientes fallos:

“Es válida la cláusula prevista en el artículo 2 NBU relativas al servicio de cajas de seguridad, que fija en un determinado valor

324 Como el artículo 1º, que establece que el banco se obliga a conceder en uso la caja, indirectamente se deduce que le pesa una obligación de custodia.

máximo de los bienes a introducir, ya que delimita el contenido del contrato y no implica una limitación de responsabilidad”³²⁵.

“Es válida la cláusula contractual con la cual se obliga el usuario a no ingresar cosas de valor superior a aquel pactado, con la consecuencia que en caso de hurto el banco no debe responder por valores que excedan dicho límite”³²⁶.

“Es válido el pacto por el cual el usuario se obliga a no introducir en su caja bienes superiores, según las condiciones generales del artículo 2 NBU, en cuanto eso no representa una ilícita limitación de la responsabilidad, sí una delimitación del contenido del contrato”³²⁷.

“La cláusula de limitación no tiene carácter vejatorio, está dirigida a definir el contenido de las obligaciones del locador en el ámbito del sinalagma contractual”³²⁸.

La corriente mayoritaria considera que la cláusula es limitativa de responsabilidad y no de objeto, y en su mérito debe ser declarada nula³²⁹.

Papanti Pelletier arguye que es “una suerte de máscara bajo la forma de la denominada delimitación del objeto [...] en efecto, la única cláusula en concreto consiste en la delimitación de la responsabilidad del banco, en consecuencia, el contrato de las cajas de seguridad tiene la causa ilícita por contrariar a la norma imperativa [...] y debe ser atacada de nulidad”³³⁰.

Avalan estas ideas los siguientes fallos:

“Son abusivas, porque consienten en favor de los bancos limitaciones de responsabilidad, las cláusulas que en los contratos de depósito en cajas de seguridad fijan un máximo indemnizatorio debido por ellas al cliente en ausencia de específicas declaraciones sobre los valores custodiados”³³¹.

“Las cláusulas predisuestas por el banco que importan una

325 Tribunal de Palermo, *Gentile c/Banca Commerciale Italiana*, 14/2/1992.

326 Tribunal de Napoli, *Foglia c/Banca Commerciale Italia*, 11/11/1998.

327 Tribunal de Roma, *De Santis y otro c/BNL*, 27/4/1990.

328 Tribunal de Roma, *Palermo c/Banca d'América y D'Italia*, 29/2/1980.

329 Corte de Casación, sentencia N° 1129 del 29/03/1976.

330 PAPANTI PELLETIER, Paolo, op. cit., 1387.

331 Casación Civil, Sesión 1, sentencia N° 23412, 4/11/2009.

obligación del cliente de no superar un determinado valor en los bienes a custodiar en las cajas de seguridad son nulas, en cuanto importan una limitación de responsabilidad y de su conexo deber resarcitorio en caso de dolo o culpa grave. El contrato de cajas de seguridad es consensual, de prestaciones recíprocas, no aleatorio, considerado de consumo o de masa, estándar [...] En el tema de responsabilidad del banco hacia el usuario en la ejecución del servicio de cajas de seguridad, el parámetro de valuación de dicha responsabilidad que se desprende del artículo 1839 CCI en la idoneidad de los locales e integridad de las cajas salvo el caso fortuito, debe necesariamente compararse con lo previsto en tema de cláusula de responsabilidad del artículo 1229 CCI, según el cual es nulo cualquier pacto que excluya o limite preventivamente la responsabilidad del deudor por dolo o culpa grave, y también con el principio del artículo 1776 inc. 2 CCI que establece que para las obligaciones inherentes al ejercicio de una actividad profesional, la diligencia debe valorarse con miras a la naturaleza de la actividad ejercitada. Por ello, debiendo el ejercicio de la actividad bancaria (por su naturaleza deriva del modo en el cual es autorizada y reservada a los institutos de crédito y regulada por el legislador) inspirarse en el criterio de alta diligencia profesional, se configura la culpa grave y la consecuente responsabilidad del banco en caso de incumplimiento derivado de la omisión o insuficiente predisposición de las cautelas, y de las medidas dispuestas a prevenir los robos de los bienes custodiados en las cajas”³³².

“Frente a una situación de responsabilidad por culpa grave del banco, la cláusula negocial con la cual se establece un límite máximo de valores es nula, porque tiene el único fin de limitar la responsabilidad del prestador por las obligaciones asumidas frente al usuario del servicio y no la de limitar el contenido u objeto del mismo contrato, esto es volver previsible el daño a resarcir en caso de incumplimiento”³³³.

“Tiene naturaleza vejatoria la cláusula que limita la responsabilidad contractual del banco sólo a los daños comprobados y ob-

332 Casación Civil, Sesión 1, sentencia n° 3389, Banca Com. c/Gianni, 7/03/2003.

333 Corte de Apelación de Roma, Bitonti c/BNL, 28/9/90.

jetivos, con exclusión de los valores afectivos, asumiendo como límite cuantitativo el valor de las cosas custodiadas declarado por el cliente y el consiguiente máximo asegurado³³⁴.

“Es extraña al dictado normativo, la posibilidad de limitar contractualmente la naturaleza y el valor de los objetos a colocarse en las cajas, siendo la posición del usuario que se compromete en estos términos, excesivamente penalizada respecto a la del banco. En consecuencia, aplicando los criterios de valorización [...] ha declarado nula a la cláusula 2 NBU porque contrasta con las exigencias de un equilibrado temperamiento de los intereses³³⁵.”

“En el caso de dolo o culpa grave del banco que ocasione daños al usuario, no operan las cláusulas del contrato, por los cuales el cliente se obliga a no conservar en la caja cosas que exceden un determinado valor³³⁶.”

“El artículo 2 NBU no integra el objeto del contrato, introduciendo una ulterior obligación al cliente aparte de aquella primaria de pagar el canon, sino que tiene la única función de limitar la responsabilidad del banco, dicho pacto es válido en el caso de culpa leve, cual expresión de autonomía contractual, no contraria a las normas imperativas, pero en el caso de dolo o culpa grave contrasta con el principio de orden público³³⁷.”

334 Casación Civil, Sesión 1, sentencia 13051, 21/5/2008.

335 Tribunal de Roma, sentencia del 30/5/87, en *Giurisprudenza Civile*, 1988, I, 273.

336 Tribunal de Milán, sentencia del 14/09/1989, Fallo en *Revista Foro italiano*, 1990, 1038.

337 La declaración de nulidad de las cláusulas limitativas de responsabilidad fundan las sentencias de Casación Civil Sesión 1, sentencia N°14462 del 29/7/2004 en *Banca popolare c/Etruria y Lazio c/Cardena y otro*; N° 3389 del 07/03/2003 *Banca Commerciale c/Gianni*; Corte de Apelación de Roma Sesión II, sentencia del 24/9/2002 en *Banca Fideraum c/Comitato Consumatori Altoconsumo* publicada en *Foro Italiano* 2003, I, 332; *Cassazione civile*, sesión 1, sentencia N° 4946 del 04/04/2001 *Banca Commerciale Italiana c/Cutillo*; *Cassazione civile* sesión 1, sentencia n° 1682, 15/02/2000, *Vaglie Pedrotti c/Banco Ambrosiano Veneto*; Tribunal de Roma sentencia del 21/01/2000 *Movimento Federativo democratico c/Albi y otro*; *Cassazione Civile* sesión 1, sentencia 9640, 10/09/1999 *Guzzardo c/Banca Commerciale italiana*; Tribunal de Roma, sentencia del 18/5/1999 *Grazioli e Haggiag c/Banca Sicilia y otro*; Corte de Apelación de Roma sentencia del 07/12/1998 *Peguiron y otro c/Rossi y otro*; *Cassazione civile* sesión 1 sentencia n° 8820 del 11/08/1995 *Biavati y otro c/Banca del Fucino*; *Cassazione Civile* sesión 1 sentencia n° 2067 del 23/2/1995 *Mazzarda c/Monte dei Paschi di Siena*; *Cassazione civile*

Replicando este criterio mayoritario en nuestra legislación, nos hemos manifestado en favor de aplicar la LDC, y ello “resulta fundamental en orden a la determinación de la responsabilidad del banco, como también respecto de la invalidez de las cláusulas de exoneración o limitación de la responsabilidad, y también respecto de la prueba del contenido de la caja de seguridad en los supuestos de robo o hurto de la caja [...] la norma en comentario contiene una expresión que muchas veces recogió la jurisprudencia en el sentido de que el banco, como profesional experto en la materia, no sólo debe responder por lo estipulado expresamente en el contrato sino también a las expectativas que haya creado en su cliente, sea como consecuencia de su anterior vinculación, o sea consecuencia de la publicidad que realiza”³³⁸.

En resumen “el derecho del cliente del banco que contrata una caja de seguridad se rige por la ley 24240 siendo inaceptable la aplicación de cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños -art. 37 a)-”³³⁹; y “toda vez que la esencia del contrato de caja de seguridad es el deber de custodia y vigilancia por parte del banco, carecen de valor las cláusulas mediante las cuales la entidad pretende liberarse de responsabilidad ante el hurto, robo o destrucción de su contenido, pues se trata de una renuncia anticipada de derecho por parte del cliente que desnaturaliza la finalidad del convenio, más aún teniendo en cuenta que las mismas se encuentran alcanzadas por la ineficacia que dispone el artículo 37 de la ley 24240”³⁴⁰.

El artículo 1414 CCivCom veda la posibilidad de establecer una cláusula de eximisión de responsabilidad, pero permite la inclu-

sesión 1 sentencia 1339 del 4/2/1995 Verdi c/Banca Nacionales del Lavoro; Cassazione Civile sessione unita sentencia 6225 1/7/194 Mauro c/Banca del Fucino; Cassazione Civile sesión 1 sentencia 5421 7/5/1992 Piazza Raffaele y otro c/Societa Credito italiano; Cassazione civile sesión 1 sentencia 4604 del 3/11/1989 Monte dei Paschi di Siena c/Carbone y otro; Corte de apelación de Napoli sentencia del 28/4/1987 Napolitano y otro c/Monte dei Paschi di Siena.

338 VILLEGAS, Carlos Gilberto, en RIVERA, Julio César – MEDINA, Graciela, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, T IV, op. cit., 344/345.

339 Cámara Nacional Federal Civil y Comercial, Sala I, 13/4/1999, Doctrina Judicial 2000-I-632.

340 Cámara Nacional Comercial, Sala C, 01/02/2002, La Ley 2002-D, 560.

sión de una que la limite hasta un monto máximo, sujeta a que el usuario sea debidamente informado y el límite no importe una desnaturalización de las obligaciones del prestador.

Stiglitz enseña que la expresión *desnaturalización de la relación obligacional* "refiere a una alteración significativa de la relación, a un desequilibrio de los derechos y las obligaciones recíprocas de tal entidad que resulta afectada la relación de equivalencia. Este fenómeno se produciría frente a tres hipótesis: a) ampliando los derechos del proveedor/profesional con daño al consumidor; b) modificando en su favor y en algún sentido la obligación a la que se ha comprometido el proveedor/profesional; c) ampliando las obligaciones del consumidor, o restringiendo o suprimiendo sus derechos"³⁴¹.

El artículo prevé la validez de la cláusula limitativa a un monto máximo, sujeta a dos condiciones: a) que el usuario sea debidamente informado; y b) el límite no importe una desnaturalización de las obligaciones del prestador.

Tratándose de un contrato de adhesión, el banco sorteará el primer escollo sin dificultad para eximirse de responsabilidad. Le bastará insertar una cláusula especial donde el cliente manifieste que ha sido debidamente informado sobre las condiciones en que se presta el servicio y particularmente que el banco limita –unilateralmente– su responsabilidad a un máximo.

Respecto de la segunda, consideramos que la limitación unilateral de responsabilidad a un monto máximo en dinero desnaturaliza la obligación de responder "*por el contenido [...] conforme las expectativas creadas en el usuario*" (art. 1413 CCivCom), en especial confiar en la integridad de las cajas e idoneidad de la custodia precisamente por un profesional experto en seguridad.

Desnaturaliza asimismo la obligación al contrariar los principios de reparación plena e invalidez de la dispensa anticipada de responsabilidad de los artículos 1740 y 1743 CCivCom³⁴², so pretexto de aducir que se trata de una cláusula limitativa de objeto.

341 STIGLITZ, Rubén, *Contratos civiles y Comerciales*, 3° edición, Edit. La Ley, Bs. As., 2015, T II, 131

342 Artículo 1740 CCivCom. "Reparación plena. La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar

TITULO IV La prueba del daño

La demostración de la existencia de los bienes en el interior de la caja de seguridad y su cuantificación en los supuestos de robo, constituyen las principales dificultades del usuario en su pretensión resarcitoria.

Las soluciones doctrinarias y jurisprudenciales se inclinaron disyuntivamente, ora por sobrecargar la carga probatoria en el usuario dejando al banco al margen de cualquier consecuencia práctica, ora otorgando una excesiva concesión en favor de los indicios.

Según Garrigues “el usuario podrá acreditar, incluso, la desaparición de los objetos presuntamente robados, pero le resultará verdaderamente complicado demostrar que los mismos se encontraban, en ese momento, dentro de la caja expoliada”³⁴³.

Si como consecuencia de dicha dificultad o imposibilidad el banco queda al margen de responsabilidad sólo por no poder probarse en concreto el perjuicio -aún habiéndose constatado su incumplimiento-, se configura una verdadera injusticia.

Para Quicios Molina “no hay soluciones satisfactorias para el problema de la prueba de la existencia de objetos dentro de la caja de seguridad, aunque parece evidente que no puede exigirse indubitada porque sería prácticamente imposible sino, por el contrario, hacer uso de la prueba de presunciones. En este sentido, la

por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidación o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable.”

Artículo 1743 CCivCom.: “Dispensa anticipada de la responsabilidad. Son inválidas las cláusulas que eximen o limitan la obligación de indemnizar cuando afectan derechos indisponibles, atentan contra la buena fe, las buenas costumbres o leyes imperativas, o son abusivas. Son también inválidas si liberan anticipadamente, en forma total o parcial, del daño sufrido por dolo del deudor o de las personas por las cuales debe responder”.

343 GARRIGUES, Joaquín, op. cit., 462.

regla establecida por el último párrafo del artículo 1769 del CCE³⁴⁴ haya de tenerse en cuenta, no como presunción de veracidad, sino como un indicio valioso de la misma, ya que es cierto que dada la función propia de las cajas de seguridad lo normal es que estén ocupadas y con objetos de valor³⁴⁵.

En sintonía argumentativa se encuentra un fallo de la Audiencia Provincial de Barcelona del 3/3/1989 confirmado por el Tribunal Supremo español el 26/2/1993, que distingue la prueba de la existencia en la caja de objetos de dinero en metálico y no metálico.

Respecto de los primeros menciona como fundamento de la presunción de veracidad a las declaraciones de los clientes: el destino propio de las cajas (su ocupación con objetos de valor en el acaecer ordinario de las cosas y conforme la lógica), la concordancia del contenido de las denuncias con los objetos recuperados; la respetabilidad de las personas y la ratificación bajo juramento del contenido inicial de las denuncias.

Concluye el Tribunal que “aún percatándose de que acaso no existan motivos plenamente válidos para hacer creíbles las denuncias en un caso, y no en otro, en el terreno procesal reputa excesivo dar por probada la existencia de dinero en caja por una simple manifestación, pues aquí ya no se encuentra apoyados por aquellos indicios y presunciones de que hablan los civilistas, al no ser éste un normal destino del dinero, sobre todo cuando normalmente los titulares de las cajas tienen cuenta abierta en el Banco”³⁴⁶.

En cambio en Italia se sostuvo que “en la prueba de presunciones, no ocurre que entre el hecho conocido y el desconocido subsista un ligamen de absoluta y exclusiva necesidad causal, pero es suficiente

344 Artículo 1769 Código Civil España: “Cuando la cosa depositada se entrega cerrada y sellada, debe restituirla el depositario en la misma forma, y responderá de los daños y perjuicios si hubiese sido forzado el sello o cerradura por su culpa. Se presume la culpa en el depositario, salvo la prueba en contrario. En cuanto al valor de lo depositado, cuando la fuerza sea imputable al depositario, se estará a la declaración del depositante, a no resultar prueba en contrario”

345 QUICIOS MOLINA, María Susana, op. cit., 184.

346 Fallo cuyos fundamentos son reproducidos por AÑOVEROS TRIAS DE BES, Xavier, op. cit., 349; GALVEZ DOMINGUEZ, Eduardo, op. cit., 212 nota 23; y QUICIOS MOLINA, María Susana, op. cit., 185.

que el hecho a probar se deduzca del hecho conocido como consecuencia razonablemente posible según un criterio de normalidad. El recurso a las presunciones está en la discrecionalidad del juez, el cual debe ser adecuado y correctamente motivado³⁴⁷.

“En tema de prueba, es inadmisibles la llamada *praesumptio praesumptio*, no pudiéndose valorizar una presunción como hecho nuevo por derivación de otra presunción³⁴⁸.

En cuanto al CCivCom, prescribe el artículo 1415: “Prueba del contenido. La prueba del contenido de la caja de seguridad puede hacerse por cualquier medio”, con lo cual adquieren especial relevancia la prueba de presunciones.

En una palabra “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 otros hechos que permitan presumirlos³⁴⁹.”

De ahí que “la primera presunción que beneficia al cliente es sobre la existencia de bienes en el interior de la caja. Es que resulta razonable suponer que quienes han contado con una caja de seguridad durante largos años la tienen para conservar valores, de modo que es inevitable considerar que, para este análisis, se parte de la razonabilidad de la existencia de bienes guardados en la caja³⁵⁰.”

Para Bustamante Alsina “las presunciones juegan a favor del accionante un doble sentido: en primer lugar se debe presumir que la caja no estaba vacía, pues ha sido requerida onerosamente por el cliente del banco para guardar los objetos que deseaba mantener en secreto y custodia contra actos de terceros y, en segundo lugar, también debe presumirse que esos objetos debían ser de valor económico y afectivo por esa misma razón. Es decir que lo

347 Cassazione Civil, Naccari c/Istituto Bancario San Paolo Torino sentencia n° 154, 10/1/2006

348 Cassazione civile sez 1 sentencia 5045 del 9/4/2002, Scieda Di Marco c/Banca Commerciale italiana

349 CSJN, “García, Héctor y otro c/Banco Quilmes”, fallo del 15/2/2000, en Colección La Ley, 2000-E, 231.

350 CNCom Civil Sala D, 30/4/1998, “Paternostro, Mario c/Banco Mercantil”, en Colección Jurisprudencia Argentina, Tomo 1999-I, 150.

natural es que allí se guardasen valores tales como moneda de curso legal, divisas extranjeras, alhajas, títulos valores como acciones, documentos de créditos, bonos del tesoro público, títulos de propiedad y originales de instrumentos privados de disposición de bienes como testamentos, promesas de donación, etc., y otros efectos de valor afectivo³⁵¹.

351 BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Responsabilidad de los bancos en la prestación del servicio de cajas de seguridad*, en Colección La Ley, Buenos Aires, Tomo 1997-B, 78.

CONCLUSIONES FINALES

El origen de la actividad bancaria se remonta a tiempos lejanos, pero es recién a partir de finales del siglo XIV y principios del siglo XV cuando comienzan a funcionar de modo organizativo.

Los bancos de la Antigüedad y del Medioevo difieren de los modernos por la diversidad actual de actividades y operaciones que despliegan en la economía de los pueblos.

La profesionalidad bancaria se refleja en el desarrollo de técnicas especiales para el desarrollo de su actividad, que les permite cumplir tanto con las tradicionales operaciones de intermediación de recursos financieros y provisión de medios de pago, como con las actuales funciones económicas de creación del dinero bancario o expansión del crédito, ejecución de la política monetaria de los estados, operaciones fiduciarias, inmobiliarias, y prestación de servicios.

El riesgo y la confianza son inherentes a la actividad, y por ello la actividad se caracteriza por la necesidad de su sujeción a las disposiciones y control del Banco Central de la República Argentina.

Por intermedio de la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias detenta el poder de policía bancario o financiero y por ende dicta normas reglamentarias, ejerce funciones de fiscalización a las entidades y aplica sanciones por transgresiones al régimen.

La legislación financiera y cambiaria responde a razones de bien público, y encuentran base normativa en el artículo 75 incisos 6 y 18 de la Constitución Nacional.

Partimos de la hipótesis que el avance tecnológico y las nuevas tendencias del Derecho Privado repercuten directamente sobre las diversas concepciones acerca de la responsabilidad civil de las entidades financieras en la prestación del servicio de cajas de seguridad.

Éstas se encuentran en un proceso de revisión especialmente en la órbita de la responsabilidad civil, en pos de ofrecer al cliente

una respuesta eficaz frente a los daños sufridos por incumplimiento contractual y alcanzar una reparación integral.

Muestra de ello es el nuevo Código Civil y Comercial que incluye como novedad el tratamiento legislativo específico de los contratos bancarios, en el Libro III Título III Capítulo 12.

Este último consta de dos Secciones, la Primera sobre Disposiciones Generales (en la Sección 1ª trata sobre Transparencia de las condiciones contractuales, en la 2ª sobre Contratos bancarios con consumidores y usuarios). La Sección Segunda sobre Contratos en particular, regula los contratos de depósito bancario, cuenta corriente bancaria, préstamo y descuento bancario, apertura de crédito, servicio de caja de seguridad y custodia de títulos.

Las reglas de la Sección 1ª son aplicables a todos los contratos bancarios –incluyendo los no tipificados–, y la Sección 2ª sólo a los contratos específicamente regulados.

Se integra con los microsistemas jurídicos conformados por las leyes 21526 (Ley de Entidades Financieras), 24144 (Carta Orgánica del Banco Central de la República Argentina), 24240 (Defensa del Consumidor –t.o. ley 26361) y 26637 (Medidas mínimas de seguridad en entidades financieras).

La actividad bancaria moderna consiste en la intermediación profesional entre la oferta y demanda de recursos financieros (operaciones activas y pasivas) y en la prestación de servicios bancarios (contratos accesorios o conexos) para lo cual aprovecha su estructura, experiencia y prestigio.

El servicio bancario de cajas de seguridad –siguiendo la concepción de Moeremans– es aquel en virtud del cual el banco se obliga por un tiempo determinado, a conceder el uso de una caja de seguridad bajo ciertas condiciones, y a custodiar y proteger la misma e indirectamente su contenido, y la otra parte a pagar por su uso y el servicio de custodia y protección un precio en dinero.

Para comprender la esencia del servicio, partimos de la premisa que desde tiempos inmemoriales el hombre experimenta la necesidad de poner a resguardo sus bienes materiales más preciados; dicho en palabras del distinguido Villegas “existe como un senti-

miento innato de protección de aquellos objetos que él considera importantes para su vida, especialmente para su futuro. Lo poco o mucho que comienza a ahorrar como fruto de su trabajo y de sus restricciones al consumo, quiere ponerlos a buen resguardo”.

Las ventajas que proporciona el contrato de cajas de seguridad como el acceso personal, directo y secreto, tienen su contrapunto en las dificultades que se presentan de cara a endilgar responsabilidad civil al banco prestador que emerge del incumplimiento de su obligación de custodia.

El problema se advierte cuando acaecida la apertura ilícita de la caja, el usuario debe enfrentar el desafío de resolver dos cuestiones medulares: la demostración de la existencia de bienes en su interior al momento del hecho, y el *quantum* del perjuicio sufrido.

La dificultad probatoria deviene precisamente de los elementos caracterizantes del contrato: la ausencia de recepción o *receptum* de los bienes de parte del banco y el acceso reservado al recinto.

La responsabilidad civil bancaria reviste carácter profesional y agravada, por consiguiente les cabe en grado notablemente superior la carga de cumplir con los deberes de actuar con buena fe, lealtad y diligencia del buen hombre de negocios y demás estándares de conductas exigibles.

Los niveles técnicos de seguridad para los recintos o cámaras acorazadas son siempre objetivos y tasados en parámetros mínimos.

El banco prestador asume una obligación de resultados con factor de atribución objetivo, responde por la integridad material de las cajas, la custodia estática y dinámica de los locales, y el contenido.

A los fines de evaluar su responsabilidad civil, debemos inexorablemente considerar que: a) “El daño debe ser acreditado por quien lo invoca, excepto que la ley lo impute o presuma, o que surja notorio de los propios hechos” (artículo 1744 CCivCom); b) El banco responde objetivamente “conforme lo pactado y las expectativas creadas en el usuario” (art. 1413 CCivCom); y c) El usuario podrá demostrar la existencia de los bienes en la caja y su valor al momento del hecho “por cualquier medio” (Artículo 1415 CCom).

Las soluciones doctrinarias y jurisprudenciales se inclinan entre: a) considerar la responsabilidad bancaria en abstracto y sobrecargar la carga probatoria en el usuario; y b) conceder a los indicios y presunciones un excesivo valor en favor de éste.

La cuestión se minimiza en aquellos supuestos en los cuales el interior de la caja se resiente por incendios, inundaciones o cualquier otro que afecte la integridad del compartimiento, ya que al menos los bienes se encontrarán, destruidos o deteriorados.

En caso de robos y/o hurtos el banco incurre en incumplimiento de la obligación de custodia, y no podrá invocar como eximente de caso fortuito externo a su actividad porque precisamente a evitar ese tipo de riesgo está destinada la caja de seguridad.

Es más, no puede alegar el cumplimiento estricto de las normas de seguridad que por ley o autoridad de contralor le impongan, dado que siempre importan un parámetro mínimo.

Es por ello que el banco intentará imponer la validez de la cláusula limitativa de responsabilidad bajo la máscara de una cláusula limitativa de objeto, invocando que la cuantía máxima unilateralmente predispuesta es “... conforme lo pactado...” –artículo 1413 CCivCom–.

Del mismo modo, supeditará el resarcimiento a la demostración del contenido e intentará excluir el resarcimiento de rubros no patrimoniales.

El usuario alegará que sobre el banco pesa una obligación de resultados, circunstancia que en primer lugar lo exime de demostrar el incumplimiento doloso o culposo.

Invocará que si bien el banco debe indemnizar *conforme lo pactado*, las cláusulas limitativas de responsabilidad deben ponderarse con las *expectativas creadas en el usuario* (artículo 1413 CCivCom) y con los valores y principios del Derecho del Consumidor.

Va de suyo que las *expectativas del usuario* radican en que el banco, poseedor de infraestructura adecuada y profesional evaluador de los riesgos inherentes a su actividad (en especial el robo) indemnizará si fallan las medidas de seguridad predispuestas.

Por esta razón puede decirse que el cliente *compra seguridad*.

Procesalmente carga con el *onus probandi* (por cualquier medio) respecto de la existencia de los bienes en la caja y su cuantía

al momento del hecho, pero juega a su favor la presunción la presencia de bienes en el cofre.

Así las cosas, la suerte y extensión de su reclamo queda supeditada a la apreciación judicial respecto de la validez de las cláusulas limitativas de responsabilidad y a la prudente cuantificación de los daños.

El juez evaluará en el caso concreto la idoneidad de las medidas de seguridad, y la razonabilidad/proporcionalidad entre el tamaño de la caja y el límite cuantitativo predispuesto por el banco.

Otro punto es la aplicación de los principios y reglas de Derecho del Consumidor, fundamental en orden a la determinación de la responsabilidad del banco, la invalidez de las cláusulas de exoneración o limitación de la responsabilidad, y como así también respecto de la prueba del contenido.

En este orden de ideas, a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial (art. 7), el orden de prelación de las normas que resultan aplicables es el siguiente a) en primer lugar, el principio de aplicación e interpretación más favorable para el consumidor (Artículos 1 y 2 Cciv.Com), Artículo 42 Constitución Nacional, Artículo 3ª y aplicables de la Ley de Defensa del Consumidor 24240, con las reformas introducidas por las leyes 26361, 26993 y 26994 –ley especial–; b) en segundo lugar, la normativa de los contratos bancarios con consumidores y usuarios contenidas en los artículos 1384 a 1389 –normas especiales– dentro de la ley general y el capítulo 12 específico de los contratos bancarios; c) en tercer lugar, las correspondientes a los contratos de consumo contenidas en los artículos 1092 a 1122 –normas generales de la sub especie contratos de consumo bajo la normativa general de contratos–; d) en cuarto lugar, las pertinentes al régimen general de los contratos bancarios en materia de transparencia en las condiciones contractuales contenidas en los artículos 1378 a 1383, reglas generales para todos los contratos bancarios; y finalmente e) las generales en materia de contratos arts. 957 y ss.

Siguiendo el principio establecido por el artículo 3º de la ley 24240 -y también por el artículo 1094 del CCivCom- deberá aplicarse la norma y la interpretación más favorable para el consumidor y que le resulte menos gravosa.

Así las cosas, carecen de valor las cláusulas exoneratorias de responsabilidad, por tratarse de una renuncia anticipada de derecho por parte del cliente que desnaturaliza la finalidad del convenio.

El artículo 1414 CCivCom permite la inclusión de una que limite hasta la misma hasta un monto máximo, supeditada a dos condiciones: a) el debido conocimiento y consentimiento del usuario y, b) que el límite no importe una desnaturalización de las obligaciones del prestador, so pena de ser tachadas de abusivas y por ende nulas.

El concepto de cláusula abusiva trasunta un desequilibrio en la ecuación económica y jurídica del contrato, provoca un perjuicio a la parte débil, y tiene su correlato en el artículo 1119 del CCivCom como aquella que “tiene por objeto o *por efecto* provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor”.

Ergo, el desequilibrio conlleva *per se* ilicitud.

En sintonía con la doctrina y jurisprudencia italiana mayoritaria concluimos que la cláusula que limite el resarcimiento será válida en tanto y en cuanto no exista culpa grave o dolo en el cumplimiento de la obligación de custodia o seguridad, caso contrario es causal que desnaturaliza la obligación del prestador.

La validez de la cláusula no resuelve el problema de la cuantificación de los daños, de modo tal que la reparación sea integral.

Para armonizar los intereses en juego y preservar la esencia del contrato, proponemos la *predeterminación de una compensación mínima por la autoridad de contralor (acorde el tamaño de la caja), sin desmedro del derecho del usuario a perseguir la reparación integral de los daños sufridos, en la medida en que fueren debidamente comprobados por cualquier medio.*

Esta *cuantía de reparación mínima* debe ser determinada por la autoridad de contralor, dado que carece de interés directo en el contrato y es por lo tanto imparcial.

Con ello se evitan los planteos respecto de la validez de las cláusulas de exoneración o limitación de la responsabilidad predispuesta unilateralmente por el banco, y consecuentemente la desnaturalización de sus obligaciones.

No se altera el carácter de obligación de resultado del prestador ni su responsabilidad objetiva.

Permite una reparación integral, y no excluye la reparación de rubros no patrimoniales.

Disminuye los costos de aseguramiento por robo homogeneizando riesgos y sumas aseguradas.

La cuantía tiene relación directa con el volumen de la caja, y a través de una fórmula matemática se determina fácilmente la cantidad de billetes de moneda de curso legal de una determinada nominación que a exclusivo criterio del BCRA quepan en el cofre.

En el supuesto de que los bienes sean moneda extranjera o bienes muebles de valor (tales como joyas y alhajas); proponemos una alternativa con carácter optativa para el cliente.

Consiste en declarar el contenido de la caja, resignando un elemento esencial del contrato: el secreto o reserva.

Bien puede compensar el detrimento de la reserva de los bienes incorporados en la caja la modificación del artículo 39 de la ley 21526, extendiendo la obligación de guardar secreto al servicio de cajas de seguridad.

Desestimamos la intervención notarial, porque acarrea los siguientes inconvenientes: a) debe ingresar cada vez que el cliente lo requiera y labrar un acta del contenido, y el banco tiene el derecho de negarle por cuestiones de seguridad la entrada al recinto; b) el costo de las intervenciones; y c) la protocolización del acta puede llegar potencialmente al conocimiento de terceros.

Reforma legislativa mediante, el inventario de bienes puede realizarse con o en presencia de personal del banco especialmente destinado al sector, sobre quienes recaería la obligación legal de guardar reserva. Va de suyo que por dicha intervención el banco perciba una comisión.

Como colofón, la fijación de cuantía mínima resarcitoria por la autoridad de contralor permite: a) responder efectivamente por el contenido; b) disminuir la litigiosidad y sus consabidos inconvenientes probatorios; c) reducir los costos asegurativos; d) conservar la intimidad y el secreto respecto del contenido, aún en los supuestos de bienes como moneda extranjera, joyas, alhajas y otros de

valor; e) revalorizar la confianza en el sistema bancario en general y en el servicio en particular, f) fidelizar la relación con el cliente; g) cumplir honrosamente con las expectativas creadas en el usuario; y h) satisfacer el derecho a obtener una reparación integral.

*Aquél a quien confíes tu secreto, deviene dueño de tu libertad
(François de La Rochefoucauld, Máximas, 1678).*

ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO

- ACCIARRI, Hugo, *Contratos atípicos predispuestos (la integración y calificación del contrato)*, en Colección La Ley, Buenos Aires, Tomo 1994-E.
- ALDRIGHETTI, Angelo, *Técnica Bancaria*, Fondo de Cultura Económica, México, 1956
- ALEGRIA, Héctor, *Nuevas fronteras de la documentación, la forma y la prueba de las relaciones comerciales*, en Colección La Ley, Buenos Aires, Tomo 1985-E.
- ALPA, Guido, *Per una critica all'identificazione di casus e non culpa*, en Giurisprudenza di merito, Editorial Giuffrè, Milán, 1973.
- ALTERINI, Jorge H., *Código Civil y Comercial concordado*, T. VII, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2015.
- ALVAREZ RUBIO, Julio, *El contrato bancario de cajas de seguridad*, Editorial Anzardi S.A., Pamplona, 2007.
- AMBANELLI, Alessandra, *Orientamenti giurisprudenziale in tema di responsabilità da cassette di sicurezza*, en Responsabilità Civile e previsionale, [s.l.], 1998.
- AÑOVEROS TRIAS DE BES, Xavier, *El contrato bancario de servicio de cajas de seguridad*, en Revista Jurídica del Colegio de Abogados de Catalunya, Barcelona, Ejemplar N° 2, año LXXXIX, 1990.
- ARGERI, Saúl, *Contrato de caja de seguridad*, en Colección La Ley, Buenos Aires, Tomo 1975-D.
- ARGERI, Saúl, *Contrato de depósito comercial*, en Colección La Ley, Buenos Aires, Tomo 1979-A.

- ARMAGNAGUE, Juan F., *Curso de Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2009.
- BADENI, Gregorio, *Manual de Derecho Constitucional*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2011.
- BAKERMAN, Jorge M., *Banco de datos informatizados para información crediticia. Derecho a la intimidad y secreto bancario*, en Colección Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, Tomo 1989.
- BARBIER, Eduardo Antonio, *Contratación Bancaria*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2ª edición, 2002.
- BARBIER, Eduardo Antonio, *La prueba del contenido en las cajas de seguridad*, en Colección Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, Volumen 1997-III.
- BARREIRA DELFINO, Eduardo A., *El cliente es el beneficiario del secreto financiero*, en Colección El Derecho, Buenos Aires, Tomo 177.
- BARREIRA DELFINO, Eduardo A., *La contratación bancaria*, en Defensa del Consumidor (coord. Ricardo Luis Lorenzetti – Gustavo Juan Schôtz), Editorial Depalma, Buenos Aires, 2003.
- BARREIRA DELFINO, Eduardo A., *Teoría General de la contratación bancaria*, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Santa Fe, 2005-3.
- BELLANTUONO, Giuseppe, *Responsabilità della banca e asimmetrie informative*, en Giurisprudenza Costituzionale e Civile, Editorial Il Foro Italiano, 2000.
- BENELBAZ, Héctor Angel, *El derecho bancario y la Constitución Nacional*, en Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1989.
- BENELBAZ, Héctor – COLL, Osvaldo Walter, *Sistema bancario moderno*, Editorial Depalma, Buenos Aires, Tomo II, 1994.
- BIDART CAMPOS, Germán, *El Secreto bancario*, en Colección El Derecho, Buenos Aires, Tomo 104.

- BIONDI, Biondo, *Forza maggiore in tema di servizio delle cassette di sicurezza*, en Revista Banca, borsa e titoli di credito, Editorial Giuffrè, Milán, 1958.
- BLANCO CONSTANS, Francisco, *Estudios Elementales de Derecho Mercantil*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 4º edición, 1945.
- BOLAFFIO, Luigi, *Il servizio dei depositi chiusi mediante le cassette di sicurezza*, en Rivista di Diritto Commerciale III, [s.l.], 1905.
- BONFANTI, Mario A., *Disgresiones en torno de la locación de cajas de seguridad de bancos*, en Colección Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, Volumen 1999-I.
- BONFANTI, Mario A., *El banco más allá de la intermediación de oferta y demanda de recursos financieros*, en Colección El Derecho, Buenos Aires, Tomo 133, 1989.
- BOTASSI, Martín, *El juicio de apremio y la apertura de cajas de seguridad*, en Colección Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, Tomo 2005-IV.
- BRIZZIO, Claudia, *Alquiler de cajas de seguridad*, en Derecho Bancario y Financiero Moderno, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 1999.
- BROSETA PONT, Manuel., *Manual de Derecho Mercantil*, Editorial Tecnos, 10ª edición, Barcelona, 1994.
- BULIT GOÑI, Roberto *El Secreto bancario y el artículo 26 de la ley 23737, una nueva perspectiva*, en Colección La Ley, Buenos Aires, Tomo 1991-E.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Responsabilidad de los bancos en la prestación del servicio de cajas de seguridad*, en Colección La Ley, Buenos Aires, Tomo 1997-B.
- BUTTA, Grazia, *Responsabilita della banca nel servizio delle cassette di sicurezza*, en Revista Giustizia Civile, Milán, 1995.
- CALVANO, Roque J., *La obligación de custodia en la locación de obra*, en Colección La Ley, Buenos Ares, Tomo 2000-B.
- CALVO, Rubén – CORTI, Arístides Horacio, *Acerca de la procedencia del allanamiento judicial de cajas de seguridad, sus presupuestos y límites*, en Colección La Ley, Buenos Aires, Tomo 2005-C.

- CAMERINI, Marcelo A., *La actividad bancaria y la responsabilidad civil*, en Revista de Derecho de Daños – Daños en la contratación bancaria, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Tomo 1, 2013.
- CARRICA, Enrique D. – SOLER Osvaldo H., *El secreto financiero y el derecho a la intimidad en materia de información relativa a las cajas de seguridad*, en Colección La Ley, Buenos Aires, Tomo 2005-B.
- CASTRO NEVARES, Federico, *Cajas de seguridad y custodia bancaria*, en Colección El Derecho, Buenos Aires, Tomo 216, 2006.
- CERCHIO, Miguel Ángel, *Cajas de Seguridad*, en Colección La Ley, Buenos Aires, Tomo 1997-C.
- CERRAI, Alessandro, *Cassette di sicurezza* en Digesto delle discipline privatistiche – Sezione commerciale, Editorial Unione Tipografica Editrice Torinese, T III, Turin, 1988.
- CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, *El deber de seguridad de los bancos y los daños derivados de la utilización de cajeros automáticos*, en Responsabilidad Civil y Seguros, Editorial La Ley, Buenos Aires, Tomo 2010-IX.
- CIRINEI, María Teresa, *Cassette di sicurezza*, en Enciclopedia Giuridica, Editorial Istituto Poligrafico, Roma, 1998.
- COLL, Osvaldo Javier, *La protección del consumidor de crédito bancario (hacia una nueva interpretación jurídica del contrato bancario)*, Jornadas de Derecho Civil Mendoza 1991, en Colección Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, Tomo 1991-II.
- CORTI, Aristides Horacio M., *Acerca de la procedencia del allanamiento judicial de cajas de seguridad, sus presupuestos y límites*, en Colección La Ley 2005-C.
- CRESPI, Alberto, *La tutela penale del segreto*, Editorial Priulla, Palermo, 1952.
- CUIÑAS RODRIGUEZ, Manuel, *Contrato de depósito (efectos, extinción, mora y responsabilidad sobreviniente)*, en Colección La Ley, Buenos Aires, Tomo 1996-A.

- CURÁ, José María, *Actualidad en la jurisprudencia mercantil*, en Colección La Ley, Tomo 1997-C.
- D'AURO, Maximiliano, *El secreto bancario ante la obligación de informar operaciones sospechosas*, en Colección La Ley, Buenos Aires, Tomo 2004-D.
- DESCALZI, José Pablo, *La inseguridad de una caja de seguridad*, en Colección La Ley, Buenos Aires, Tomo 2009-D.
- DE SANTO, Víctor, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1999.
- DIFINO, Graciela, *Secreto bursátil*, en Colección La Ley, Buenos Aires, Tomo 2009-F.
- DO EGITO COELHO, Wilson, *Control de informaciones y secreto bancario*, en Cursillo de Derecho Bancario, Edición Banco Central Uruguay, Montevideo, 1981.
- DRUCAROFF AGUIAR, Alejandro, *Embargos de cajas de seguridad y garantías constitucionales*, en Colección La Ley, Buenos Aires, Tomo 2009-B.
- DRUCAROFF AGUIAR, Alejandro, *Principios generales de la responsabilidad bancaria*, en Revista de Derecho de Daños – Daños en la contratación bancaria, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Tomo I, 2013.
- ECHANDIA, Hernando Devis, *Compendio de la Prueba Judicial*, Tomo I, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007.
- ESPARZA, Gustavo Américo – GAMES, Luis María, *Disquisiciones sobre la responsabilidad del Central y la quiebra de los bancos*, en Colección El Derecho, Buenos Aires, Tomo 183, 1999.
- ETCHEVERRY, Raúl Aníbal, *Derecho Comercial y Económico. Contratos. Parte Especial*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2000.
- FARGOSI, Horacio P., *Algunas consideraciones sobre la actividad bancaria*, en Colección La Ley, Buenos Aires, Tomo 1989-D.

- FARGOSI, Horacio P., *La posición dominante en el contrato. Nuevamente sobre la actividad bancaria como servicio público*, en Colección La Ley, Buenos Aires, Tomo 1980-D
- FARINA, Juan M., *Contratos comerciales modernos. Modalidades de contratación empresarial*, Editorial Astrea, 3ª edición, Buenos Aires, 2005.
- FARINA, Juan M., *Relación de consumo (a propósito del art. 42 de la CN)*”, en Colección Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, Tomo 1995-I.
- FARINATI, Eduardo, *El secreto financiero: fundamentos, alcances, sus límites frente al lavado de dinero*, en Colección El Derecho, Buenos Aires, Tomo 187, 2000.
- FERNÁNDEZ, Raymundo – GÓMEZ LEO, Fernando, *Barranqueros dueños de casas de depósito*, en Colección La Ley 1985-C.
- FONTANARROSA, Rodolfo O., *El régimen jurídico del servicio de cajas de seguridad bancarias*, en Colección Zeus, Rosario, Volumen 102.
- GABRIELLE, Enrico, *Il servizio bancario delle cassette di sicurezza*, en Revista Banca, borsa e titoli di credito, Editorial Giuffrè, Milán, 1984.
- GALUCCI, Patrizia, *La responsabilità della banca*”, en Rassegna di Diritto Civile Nº 2 , [s.d.], [s.l.], 2006.
- GALDÓS, Jorge Mario, *La evolución de la teoría del riesgo creado*, en Revista de Derecho de Daños, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006-3.
- GÁLVEZ DOMÍNGUEZ, Eduardo, *Régimen jurídico del servicio bancario de cajas de seguridad*, Editorial Comares, Granada, 1997.
- GAMES, Luis María, *Cajas de seguridad*, en Colección El Derecho, Buenos Aires, Volumen 203, 2003.
- GARRIDO CORDOBERA, Lidia, *Problemática del contrato de caja de seguridad*, en Colección La Ley Sección Doctrina Judicial, Buenos Aires, Volumen 2006-3.
- GARRIGUES, Joaquín, *Contratos bancarios*, 2º edición, Editorial Aguirre, Madrid, 1975.

- GARRONE, José Alberto, *Diccionario Jurídico*, Editorial Lexis Nexis, T. IV., Buenos Aires, 2005
- GERSCOVICH, Carlos Gustavo, *Contratación electrónica y banca electrónica (e-commerce / home banking)*, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Nº 231, 2008.
- GERSCOVICH, Carlos Gustavo, *Marcos del derecho bancario y financiero*, en *Derecho Bancario y Financiero Moderno*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 1999.
- GHERSI, Carlos A., *El daño moral al cliente bancario*, en *Revista Nova Tesis*, Buenos Aires, T. II., 2005.
- GIANFELICI, Enrico, *I contratti di deposito e di custodia. I titoli atipici. Le accettazioni bancarie*, Editorial Il Sole 24 Ore, Milan, 1990
- GÓMEZ RADIO, Martín, *Tipificación del contrato de caja de seguridad*, Editorial Universidad de la República, Montevideo, 2007.
- GOZAINI, Osvaldo Alfredo, *Embargo y secuestro en cajas de seguridad*, en *Colección La Ley*, Buenos Aires, Tomo 2009-B.
- GOTLIEB, Verónica, *Cajas de seguridad*, en *Código de Comercio Comentado y Anotado*, Editorial La Ley, Tomo II, Buenos Aires, 2005.-
- GNAMI Alessandro, *Cassette di sicurezza, prova del danno e prova testimoniale*, en *Responsabilita civile e previsionale*, [s.d.], fasc. 3, 2000.
- GNAMI, Alessandro *La responsabilita delle banche nel servizio delle cassette di sicurezza*, en *Responsabilit Civile e previsionales*, fasc. 6, [s.d.], 1998.
- HERSALIS, Marcelo – MAGRI, Grabriel A., *Para que no todo sea deber de seguridad*, en *Responsabilidad Civil y Seguros*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2005.
- HUERTA DE SOTO, Jesús, *Dinero, crédito bancario y ciclos económicos*, Editorial Unión, 4ª edición, Madrid, 2009.

- HUERTA VIESCA, María Isabel, *La responsabilidad bancaria en el contrato de cajas de seguridad*, Editorial Tirant, Valencia, 2003.
- JIMENEZ MUÑOZ, Francisco Javier, *La usura: evolución histórica y patología de los intereses*, Editorial Dykinson S.R.L., Madrid, 2010.
- JORDANO FRAGA, Francisco, *La responsabilidad contractual*, Editorial Civitas, Madrid, 1987.
- JUVENT BAS, Francisco – GARZINO, María Constanza, *El consumidor en el Código Civil y Comercial*, en Colección La Ley, diario del 31/08/2016.
- JUVENT BAS, Francisco – MOLINA SANDOVAL Carlos, *Crisis e insolvencia de entidades financieras*, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2008.
- KABAS DE MARTORELL, María Elisa – MARTORELL, Ernesto Eduardo, *La banca ante el Derecho. Experiencias nacional y extranjero y propuestas*, en Revista Jurídica Argentina La Ley, Buenos Aires, Tomo 1988-A
- KIELMANOVICH, Jorge L., *La conducta procesal de las partes y la prueba*, en Colección La Ley, Buenos Aires, Tomo 2001-C.
- LABANCA, Jorge, *El Secreto bancario y otros estudios*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968.
- LABANCA, Jorge, *El Secreto bancario*, en Colección Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1968-II.
- LABANCA, Jorge, *El secreto financiero (frente al fisco) según la Corte*, en Colección El Derecho, Buenos Aires, Tomo 92, 1980.
- LANÚS OCAMPO, María Cecilia, *El Secreto Bancario*, en Colección La Ley, Buenos Aires, Tomo 2006-D.
- LANÚS OCAMPO, María Cecilia, *El secreto bancario en Uruguay frente al Acuerdo de Cooperación Tributaria AFIP y DGI*, en Colección La Ley, Buenos Aires, Ejemplar del 07/05/2012.
- LANZÓN, Jorge Mario, *El Secreto profesional y las operaciones sospechosas*, en Colección La Ley, Buenos Aires, Tomo 2008-E.

- LEITE, Clara M., *Secreto Bancario ¿un instituto en crisis?*, en *Nuevos desafíos del Derecho Penal Económico*, Editorial Bdef, Montevideo, 2009.
- LEIVA FERNANDEZ, Luis F.P., en *Código Civil y Comercial Comentado – Tratado exegetico*, Tomo V, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2015.
- LIBERATORE, Gloria, *Contrato de caja de seguridad*, en *Contratos especiales en el Siglo XXI*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999.
- LORENZETTI, Ricardo Luis, *Carga de la prueba en los procesos de daños*, en *Colección La Ley*, Tomo 1991-A.
- LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Tomo VIII, 2015.
- LORENZETTI, Ricardo Luis, *Contratos. Parte Especial*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Tomo II, Santa Fe, 2003.
- LORENZETTI, Ricardo Luis, *Tratado de los contratos*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Tomo III, Santa Fe, 2000.
- LORENZO, Carlos A., *Derecho Bancario*, en *Colección Zeus*, Rosario, Tomo 35, 1984.
- LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Código Civil Anotado*, Editorial Abeledo Perrot, Tomo II-A, Buenos Aires, 1979.
- LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil – Obligaciones*, Editorial Abeledo Perrot, Tomo III, Buenos Aires, 1983.
- MAGALHAES, Mario, *Derecho de los Mercados Financieros - Legitimación de activos ilícitos*, Editorial Ad hoc, T III, Buenos Aires, 2010.
- MAJELLO, Ugo, *Prove e presunzioni di danno in caso di effrazione di una cassetta di sicurezza*, en *Banca, borsa e titoli di credito*, Editorial Giuffrè, Milán, 1959.
- MALAGARRIGA, Juan Carlos, *El secreto bancario*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1970.

- MARIENHOFF, Miguel S., *El "servicio público" y sus variadas expresiones*, en Colección Jurisprudencia Argentina, Tomo 29, Buenos Aires, 1975.
- MARTORELL, Ernesto Eduardo, *El secreto bancario frente a la requisitoria judicial*, en Colección La Ley, Buenos Aires, Tomo 1994-C.
- MARTORELL, Ernesto Eduardo, *Tratado de los contratos de empresa*, Tomo II, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1996.
- MAZEAUD, Henri – CHABAS, François, *Derecho Civil. Obligaciones*, Tomo I., (trad. Luis Orlando Andorno), Editorial Zavalía, Buenos Aires, 1997.
- MEDICI, Chiara, *Responsabilita della banca*, en Danno e responsabilita, [s.d.], [s.l.], 2006.
- MILITELLO, Sergio A., *El contrato de caja de seguridad*, en Colección Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, Tomo 1993-IV
- MILLE, Antonio, *Aspectos legales de la transferencia electrónica de fondos*, en Colección La Ley, Buenos Aires, Tomo 1989-D.
- MINERVINI, Gustavo, *Banca, attività bancaria, contratti bancari*, en Revista Banca, borsa e titoli di credito, Editorial Giuffrè, Milán, 1982-I.
- MOEREMANS, Daniel E., *Responsabilidad contractual del banco. Incumplimiento del deber de seguridad y custodia en el contrato de caja de seguridad. Eximentes de responsabilidad*, en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009-A.
- MOEREMANS Daniel E., *Contrato de caja de seguridad*, en Colección La Ley Noroeste, Buenos Aires, 1999.
- MOEREMANS, Daniel E., *Contrato de depósito: concepto, caracteres y prueba*, en Colección La Ley, Buenos Aires, Tomo 1991-E.
- MOEREMANS, Daniel E, *Contrato de caja de seguridad*, en Colección La Ley, Buenos Aires, Ejemplar del 24/1/2011.
- MOEREMANS, Daniel E. – ROQUE SILVA, Emiliano, *El contrato de garage*, en Revista de Derecho Comercial, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.

- MOLITERNI, Francesco, *Clausole abusive e contratti bancari: azione inibitoria, ius variandi nei rapporti regolati in conto corrente e limitazione pattizia della responsabilità della banca nel contratto di utilizzazione di cassette di sicurezza*, en Revista Banca, bolsa e títulos de crédito, Fasc. 6, Editorial Giuffrè, Milán, 2009.
- MOLLE, Giacomo, *Manual de Derecho Bancario*, Editorial Abeledo-Perrot, 2ª edición, trad. Mario Alberto Bonfanti, Buenos Aires, 1987.
- MOLLE, Giacomo, *I contratti bancari* en CICU, Antonio – MESSINEO, Francesco, *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Tomo I, Editorial Giuffrè, Milán, 1981.
- MORELLO, Augusto M., *De nuevo sobre la prueba en la violación de las cajas de seguridad bancaria*, en Colección El Derecho, Buenos Aires, Tomo 228, 2008.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge U., *Diez reglas para la cuantificación del daño moral*, Buenos Aires, en Colección La Ley, Tomo 1994-A.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge U., *¿Responsabilidad civil y derecho de daños?*, en Revista de Derecho de Daños, Tomo 2015-2 Unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015.
- MURATTI, Natalio, *Elementos de ciencia y técnicas bancarias*, Editorial El Ateneo, Buenos Aires, 1942.
- MUGUILLO, Roberto, *Manual de Operaciones Bancarias y financieras*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2002.
- O'DONNELL, Gastón, *Responsabilidad civil bancaria ante el robo de caja de seguridad*, en Revista Científica de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales – Universidad de Buenos Aires, Volumen II-1, [s.a.].
- PAPA, Alfonso, *Cassette di sicurezza e responsabilità della banca*, en Revista Banca, bolsa e títulos de crédito, Editorial Giuffrè, Milán, 1995.
- PAPANTI PELLETIER, Paolo, *Cassette di sicurezza e responsabilità del banchiere*, Editorial Giuffrè, Milán, 1988.

- PATRUNO, Francesco, *Brevi riflessioni, anche de iur condendo, sulla responsabilità della banca nel servizio delle cassette di sicurezza*, en Revista Giustizia Civile e previsionale, [s.d.], Milán, 2000.
- PAVONE LA ROSA, Antonio, *Gli usi bancari* en Revista Banca, borsa e titoli di credito, Editorial Giuffre, Milán, 1977.
- PORCELLI, Giacomo, *Cassette di sicurezza*, en Revista Il Diritto, Editorial Del Sole 24 Ore, Volumen 3, Milán, 2007.
- PORZIO, Mario, *Il concetto di attività bancaria e il parabancario*, en Revista Banca, borsa e titoli di credito, Editorial Giuffre, Milán, 1987.
- PREVOT, Juan Manuel, *Daño moral por la apertura indebida de cajas de seguridad*, en Colección La Ley, Tomo 2009-D.
- PERASSI, Marino, *Il servizio bancario delle cassette di sicurezza*, en La Banca: l'impresa e i contratti, Editorial CEDAM, Milán, 2001.
- PERASSI, Marino, *Il servizio bancario delle cassette di sicurezza*, en *Trattato di Diritto Commerciale*, T IV, Editorial CEDAM, Milán, 2001.
- PEREZ FONTANA, Segundo F., *Cuadernos de Derecho Bancario*, Editorial Fundación Cultura Universitaria, Volumen 1, Montevideo, 1992.
- PICASSO, Sebastián, *La unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Editorial La Ley, Buenos Aires, Noviembre 2014.
- PIRENE, Henri, *Historia Económica y Social de la Edad Media*, Editorial Claridad, Buenos Aires, 2009.
- POZZAGLIA, Pietro, *Cassetta di sicurezza*, en Revista Il Diritto, Editorial Il Sole 24 ORE, Volumen 3, Milán, 2007.
- QUAGLIA, Marcelo C. – VERDURA, Sergio W., *Contratos bancarios: locación de cajas de seguridad*, en Colección Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, Tomo 2003-III.
- QUICIOS MOLINA, María Susana, *El contrato bancario de cajas de seguridad*, Editorial Anzardi, Pamplona, 1999.

- RAGNO, Maurizio Andrea, *Cassette di sicurezza: ancora sulla limitazione di responsabilità della banca*, en Revista Giurisprudenza Commerciale, fasc. 2, [s.d.], [s.l.], 1996.
- REGLERO CAMPOS, Fernando, *Tratado de responsabilidad civil*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2002.
- RESCIGNO, Pietro, *In tema di responsabilità della banca nel servizio delle cassette di sicurezza*, en Revista Banca, borsa e titoli di credito, Editorial Giuffrè, Milan, 1971.
- RINESSI, Antonio J., *Relación de consumo y Derechos del Consumidor*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2006.
- RITTO, Graciela Beatriz, *El derecho transitorio y el contrato de servicio de cajas de seguridad*, en Colección La Ley Tomo 2016-B, diario del 11/3/2016.
- RITTO, Graciela Beatriz, *La indebida apertura de una caja de seguridad y el daño moral consecuente*, en Colección La Ley, Buenos Aires, Tomo 2009-D.
- RIVERA (h), Julio Cesar - MEDINA Graciela, *Responsabilidad del banco nacida del contrato de caja de seguridad*, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Editorial Rubinzal-Culzoni, Volumen 18, Santa Fe, 1998.
- RIVERA (h) Julio César – MEDINA, Graciela, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Editorial La Ley, Tomo IV, Buenos Aires, 2014.
- ROBIOLO, Jorge Alberto, *Servicios de cajas de seguridad*, En Colección Juris, Rosario, Tomo 65, 1981.
- RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio, *Contratos bancarios. Su significación en América Latina*, Editorial Felabán, 2ª edición, Bogotá, 1997.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *Derecho Bancario*, Editorial Porrúa, México, 1968.
- ROSATTI, Horacio Daniel, *Tratado de Derecho Constitucional*, T. I, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2010.

- ROMERO, José Ignacio, *El secreto bursátil*, en Revista de Bancos y Bolsas, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1980.
- ROMERO, José Ignacio, *Manual de Derecho Comercial – Parte General*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1998.
- ROITMAN, Horacio, *Los contratos bancarios*, en Colección La Ley, Buenos Aires, Tomo 1984-D.
- ROMERO, José I., *Manual de Derecho Comercial Parte General*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1998.
- ROSATTI, Horacio Daniel, *Tratado de Derecho Constitucional*, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, T. I., 2010
- RUFINO, Marco A., *Responsabilidad de la entidad bancaria por robo de cajas de seguridad*, en Colección La Ley, Buenos Aires, Ejemplar del 10/02/2006.
- SAGARNA, Fernando Alfredo, *La responsabilidad en el último año del siglo XX. Síntesis de una evolución*, en Colección La Ley, Buenos Aires, Tomo 2000-D.
- SALEME MURAD, Marcelo A., *El contrato de caja de seguridad bancaria*, en Colección La ley, Buenos Aires, Sección Doctrina Judicial, Volumen 2006-1.
- SALEME MURAD, Marcelo A., *Cuestiones en torno al contrato bancario de caja de seguridad*, en Colección La Ley, Buenos Aires, Sección Doctrina Judicial, Volumen 2004-1.
- SALERNO, Marcelo Urbano, *Cajas de seguridad bancaria: precisiones sobre el caso fortuito*, en Colección El Derecho, Volumen 175, Buenos Aires, [s.a.].
- SANCHEZ CALERO, Fernando, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Editorial Mc Graw-Hill, T II, Madrid, 1997.
- SANCHEZ MARINCOLO, Miguel Ángel, *Cierto desapego a las garantías constitucionales. El control de constitucionalidad con respecto a la privacidad y a los papeles privados en los artículos. 18 y 19 de la Constitución Nacional*, en Colección La Ley, Buenos Aires, Tomo 2009-B.

- SANTARSIERE, Vittorio, *Clausola di limitazione dei valori da custodire in cassette di sicurezza e mancanza di tutela secondo l'ordinamento giurídico*, en *Giurisprudenza Civile*, 1988-I.
- SARAVIA FRIAS, Bernardo, *Reflexiones sobre Derecho Bancario Moderno*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005-3.
- SANTARELLI, Fulvio, *Ley 24240 Comentada*, en *Ley de Defensa del Consumidor Comentada y anotada*, T I, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2009.
- SCARPA, Antonio – FORTUNATO, Giuseppe, *Banche e responsabilità civile*, Editorial Giuffrè, Milán, 2008.
- SCHEINFELD, Moisés, *El servicio público bancario*, en *Colección Juris*, Rosario, Tomo 15, 1959.
- SCIALOJA, Antonio, *Il contratto di abbonamento alle cassette forti di custodia*, en *Revista Sagio di vario*, V. II, Roma, 1927.
- SILVA PELOSSI, Sofía M., *Cajas de seguridad, el necesario equilibrio entre dos derechos en juego*, en *Colección La Ley*, Buenos Aires 2005-E.
- SILVA SANCHEZ, Jesús María, *El secreto bancario y su previsible erosión*, en *Tiempos de Derecho Penal*, Editorial BdeF, Montevideo, 2009.
- STIGLITZ, Rubén, *Contratos civiles y Comerciales*, 3° edición, Edit. La Ley, Bs. As., 2015, T II.
- SUPERVIELLE SAAVEDRA, Bernardo, *El depósito bancario*, Editorial Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1960.
- TAJAN, Guillermina – FARINATI, Eduardo – REGUERIN, María Florencia – CROCCO, Guillermo E – AYERRA, Eduardo P., *Protección jurídica del consumidor bancario*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009.
- TRIGO REPRESAS, Félix A., *La responsabilidad extracontractual objetiva en el Código Civil de Velez Sarsfield*, Academia Nacional de Derecho, Buenos Aires, 1999.

- TRIGO REPRESAS, Félix A., *Los factores de atribución. El rol de la culpa*, en Revista de Derecho de Daños, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015.
- TRIGO REPRESAS, Félix A. – LÓPEZ MESA, Marcelo J., *Tratado de la responsabilidad Civil*, Tomo I., Editorial La Ley, 2ª edición, Buenos Aires, 2011.
- VALICENTI, Ezequiel, *Claúsulas abusivas y desnaturalización de las obligaciones*, en Responsabilidad Civil y Seguros, Editorial La Ley, Buenos Aires, Tomo 2016-V.
- VAN DER SPOEL, Enrique, *Tu banco y yo: un análisis realizado sobre la seguridad bancaria*, Edición del autor, Santa Fe, 1997.
- VARA DE PAZ, Nemesio, *Las cajas de seguridad* en Contratos Bancarios, Editorial Civitas, Madrid, 1992.
- VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., *Aspectos generales de la responsabilidad civil en el nuevo Código de derecho privado*, en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Editorial La Ley, Tomo 2015-II.
- VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., *El hurto en una caja de seguridad bancaria y la prueba de su contenido*, en Colección La Ley, Buenos Aires, 2000-E.
- VERGARA BLANCO, Alejandro, *El secreto bancario ante el derecho chileno*, en Revista de Derecho, Nº 180, Universidad de Concepción, 1986.
- VICENT CHULIA, Francisco, *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, Tomo III, Editorial Bosch, 3ª edición, Barcelona, 1990.
- VILLEGAS, Carlos Gilberto, *Compendio Jurídico Técnico y Práctico de la actividad bancaria*, Tomo I, Editorial Depalma, 2da. reimpresión, Buenos Aires, 1989.
- VILLEGAS, Carlos Gilberto, *Contratos Mercantiles y Bancarios*, Edición del Autor, Buenos Aires, 2005.
- VILLEGAS, Carlos Gilberto, *Operaciones bancarias*, Tomo I, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1996.

Índice bibliográfico

- VILLEGAS, Carlos Gilberto, *Régimen bancario Ley 24144*, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1995.
- VILLEGAS, Carlos Gilberto, *Régimen legal de Bancos*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1987.
- VILLEGAS, Carlos Gilberto, en RIVERA, Julio César – MEDINA, Graciela, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Editorial La Ley, Tomo IV, Buenos Aires, 2014.
- VITOLLO, Daniel R., *Defensa del Consumidor y del Usuario*, Editorial Ad Hoc, Bs. As., 2015.
- WALKER DE TULER, María Cristina, *Contratos Bancarios 1ª parte*, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2001.
- WALKER DE TULER, María Cristina, *Contratos bancarios 2º parte*, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2005.
- WEINGARTNEN, Celia, *Derechos en expectativa del consumidor*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2004.
- WEINGARTEN, Celia, *Responsabilidad de las Empresas de Seguridad*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006.
- ZANNONI, Eduardo, *El daño en la responsabilidad civil*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1993.
- ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños*, Tomo 4, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1999.
- ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, *Responsabilidad por riesgo. El nuevo artículo 1113*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1987.
- ZAVALA RODRIGUEZ, Carlos Juan, *Código de Comercio Comentado*, Tomo III, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1964.
- ZAVALA RODRIGUEZ, Carlos Juan, *Código de Comercio y leyes complementarias*, Tomo V, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1972.

ZINGMAN DE DOMINGUEZ, Nydia, *Contrato de caja de seguridad bancaria*, en Colección La Ley, Buenos Aires, Tomo 2006-A.

ZINGMAN DE DOMINGUEZ, Nydia, *Responsabilidad derivada del contrato de cajas de seguridad* en Responsabilidad de los bancos frente al cliente, dir. María Elsa Kabas de Martorell, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006.

SITIOS WEB RECOMENDADOS

www.abappra.com.ar	Asociación de Bancos públicos y privados de la República Argentina
www.infojus.gob.ar	Información legislativa y jurisprudencial
www.infoleg.gov.ar	Información legislativa
www.bcra.gov.ar	Banco Central de la República Argentina
www.unl.edu.ar	Universidad Nacional del Litoral
www.ucsf.edu.ar	Universidad Católica de Santa Fe
www.bancobsf.com.ar	Nuevo Banco de Santa Fe S.A.
www.uif.gov.ar	Unidad de Información Financiera
www.nationalgeographic.com.es	Información cultura general
www.hausler.com.ar	Servicio de cajas de seguridad no bancario
www.seguranzacajas.com	Servicio de cajas de seguridad no bancario
www.qmax.com.ar	Empresa fabricante de cajas de seguridad

JURISPRUDENCIA NACIONAL

CSJN, "Cambios Teletour S.A. c/Banco Central de la República Argentina", 10/02/1987, en ED, Buenos Aires, Tomo 124, 142.

CSJN, "Argendard S.A. c/Gobierno Nacional –Tribunal Fiscal de la Nación-", en LL, Buenos Aires, Tomo 1982-B, 462.

CSJN, "Banco de Londres y América del Sud c/Dirección Provincial de Rentas", 07/10/1980, en ED, Buenos Aires, Tomo 92, 704.

CSJN, "Estado Nacional – DGI- c/Colegio Público de Abogados de Capital Federal", fallo del 13/02/1996.

CSJN, "García, Héctor y otro c/Banco Quilmes", 15/2/2000, en Colección La Ley, 2000-E, 231.

Cámara Nacional Contencioso-Administrativo Federal, Sala I, 21/05/1981, "Comisión Nacional de Valores c/Meller, Enrique P.N.", en ED Tomo 96, 307.

CNCom. Sala A., 15/04/1980, "Inversor S.C.A. (quiebra) c/Banco Continental S.A.", en LL Tomo 1980-D, 562.

Cámara Nacional Comercial Sala D, "Bieniauskas, Carlos c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires, publicado en LL del 21/07/2008.

CNCom Sala D., Nac. Com., Sala D, "Zappettini Raúl Martin c. Banelco SA s/ Ordinario", 11/08/2009.

CNCom Sala C, "Serra, Marcelo Daniel c. Banco Río de la Plata S.A. s/ ordinario", 21/08/2009.

CNCiv Sala C, 21/3/1996, "Schmukler de Dozetz, Eva c/Banco Mercantil Argentino", en JA 1997-III, 156.

CNCiv Sala C 25/8/1997, "Rodo, Jorge E. c/Banco de Galicia y Buenos Aires".

CNCiv Sala C, 23/3/1998 "Simao de Búsico, Elena M. c/Banco Mercantil Argentino", en LL 1999-D, 721.

CNCom Sala D, 23/10/1992, "Adler de Josephshon, Gerd c/Banco de Galicia y Buenos Aires", en ED 156, 513.

CNCom Civil Sala A, 23/3/1995, "Taormina, Adela c/Banco de Galicia y Buenos Aires", en ED Tomo 162, 688.

CNCom Civil Sala D, 30/4/1998, "Paternostro, Mario c/Banco Mercantil", en JA Tomo 1999-I, 150.

CNCom Sala B, 26/3/1993, "Sucarrat, Gustavo A. c/Banco de Galicia y Buenos Aires", en JA Tomo 1994-I, 439.

CNCiv Sala C, 21/3/1996, "Schmukler de Dozetz, Eva c/Banco Mercantil Argentino S.A.", en JA Tomo 1997-VII, 156.

CNCom Sala D 16/03/2009, "Barmaymon, Raúl Norberto y otros c/Banco Itaú Buen Ayre S.A.", en LL Tomo 2009-D, 302.

CNCom Sala B, 22/2/2013, "De Olazabal Pueyrredón, Bárbara Ana María c/Banco Patagonia S.A. s/Ordinario", en LL 2013-C, 409.

CNCom Sala E, "Adamo, Cristina c/Fernández, Jorge Eduardo", 12/11/2008, en LL suplemento del 11/03/2009.

CNCom, "Amanzi Pablo c/Banco Itaú Buen Ayre S.A. s/Ordinario", fallo del 24/04/2009.

CNCom Sala F, 14/02/2013, "Sánchez Tuñon, María Isabel y otro c/Banco Itau Buen Ayre S.A. s/ordinario".

Jurisprudencia nacional

CNCom Sala D, 06/05/2011, "Kreszes, David Julio c/ Banco Patagonia S.A. s/ ordinario".

CNCom Sala F, 28/08/2012, "Maero Suparo, Hernán Diego y otros c/ Banco Francés S.A. s/ ordinario".

CNCom Sala C, 13/11/2009, "Cisnero De Nanni, Norma c/ Banca Nazionale del Lavoro S.A.".

CNCom Sala B, 13/09/2010, "Alurralde, Carolina Inés y otros c/HSBC Bank Argentina S.A.".

CNCom Sala A, 30/12/2008, "Vaisblat de Schenkelman, María c/ Banco Sudameris Argentina".

CNCom Sala C, 14/07/2008, "García, Nora Edith c/ Banco de Galicia y Buenos Aires".

CNCom Sala II, 27/5/2010, "Milman Ana c/ Banco de la Nación Argentina s/Incumplimiento de contrato".

CNCom Sala F, 22/03/2016, "E., N.J. c/Banco de la Provincia de Buenos Aires s/Ordinario"

CNCom Sala A, 1/11/2003, "Kundt, Melita S. c/ Banco Boston N.A."

Juzgado Contencioso Administrativo Mercedes N° 1, "Provincia de Buenos Aires c/Gómez, Lucas R y otros", en LL suplemento del 3/5/2005.

SCJ Mendoza, Sala I, 9/5/2006, "Banco Rio de La Plata S.A. en Segarra José Hugo c/ Bco Rio de la Plata S.A. s/ Daños y Perjuicios s/ Incidente"

Cámara Nacional Federal Civil y Comercial, Sala I, 13/4/1999, Doctrina Judicial 2000-I-632.

Juzgado 1º Instancia Distrito Civil y Comercial 2ª Nominación – Santa Fe, "Industrias Frigoríficas Recreo c/Banco Macro SA s/Ordinario", 03/08/2016.

JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

Corte di Cassazione, sentencia del 20/9/1979, en Revista Banca, borsa e titoli di credito, 1980, II, 268.

Cassazione Civil, Naccari c/Istituto Bancario San Paolo Torino sentecia nº 154, 10/1/2006

Cassazione civile sez 1 sentencia 5045 del 9/4/2002, Scieda Di Marco c/Banca Commerciale italiana

Corte de Casacion, sentencia Nº 1129 del 29/03/1976.

Casación Civil, Sesión 1, sentencia 13051, 21/5/2008.

Corte de Apelación de Florencia, "Banco di Sicilia c Vitali", en Revista Giurisprudenza di merito, Editorial Giuffrè, Milán, 1973, 599/601.

Corte de Apelación de Roma, Bitonti c/BNL, 28/9/90.

Corte de Casación, "Banco di Sicilia c Vitali", en Revista Guistuzia Civile, Editorial Giuffre, Milán, 1976, fasc. 12.

Tribunal de Roma, sentencia del 30/5/87, en Giurisprudenza Civile, 1988, I, 273

Tribunal de Florencia, fallo del 18/3/1948 transcripto en Revista Banca, borsa e titoli di credito, Editorial Giuffre, Milan, 1951, volumen II.

Tribunal de Pescara, fallo del 4/9/1951, "Ritelli c Banco Roma", en Revista Banca, borsa e titoli di credito, Editorial Giuffré, Milan, 1951, volumen II, 77.

Tribunal de Palermo, Gentile c/Banca Commerciale Italiana, 14/2/1992.

Tribunale di Napoli, Foglia c/Banca Commerciale Italia, 11/11/1998.

Tribunal de Roma, De Santis y otro c/BNL, 27/4/1990.

Tribunal de Roma, Palermo c/Banca d'América y D'Italia, 29/2/1980.

Tribunal de Milán, sentencia del 14/09/1989, Fallo en Revista *Foro italiano*, 1990, 1038.

Cámara de Apelaciones de Turin, fallo del 4/7/1951, "Banca Popolare di Novara c Mazza", en Revista Banca, borsa e titoli di credito, Editorial Giuffrè, Milan, 1951, volumen II, 388.

Tribunal de Perugia Revista Banca, borsa e titoli di credito, sentencia del 13 de diciembre de 1946, volumen II, 1948, 110.

Casación Civil, Sesión I, Sentencia N° 5421 del 07/05/1992, "Piazza c/ Società Credito Italiano".

Casación Civil Sesión I, Sentencia N° 8065 del 27/08/1997, "Banca del Fucino c Romito".

Corte de Apelación de Milán, fallo del 14/06/2005.

Casación Civil, Sesión I, sentencia N° 23412 del 4/11/2009, "Banca Antoniana Popolare Veneta", en Revista Diritto e Giustizia 2009.

Casación Civil Sesión I, sentencia N° 28835 del 27/12/2011, "Gagliardini c/Banca Sicilia", fallo publicado en Revista Giustizia Civile 2012-I, 7-8

Casación Civil, Sesión 1, sentencia N° 23412, 4/11/2009.

Casación Civil Sesión 1, sentencia N°14462 del 29/7/2004 en Banca popolare c/Etruria y Lazio c/Cardena y otro; N° 3389 del 07/03/2003 Banca Commerciale c/Gianni;

Corte de Apelación de Roma Sesión II, sentencia del 24/9/2002 en Banca Fideraum c/Comitato Consumatori Altoconsumo publicada en Foro Italiano 2003, I, 332;

Cassazione civile, sesion 1, sentencia N° 4946 del 04/04/2001 Banca Commerciale Italiana c/Cutillo;

Cassazione civile sesión 1, sentencia nº 1682, 15/02/2000, Vaglie Pedrotti c/Banco Ambrosiano Veneto;

Tribunal de Roma sentencia del 21/01/2000 Movimento Federativo democratico c/Albi y otro;

Cassazione Civile sesión 1, sentencia 9640, 10/09/1999 Guzzardo c/Banca Commerciale italiana;

Tribunal de Roma, sentencia del 18/5/1999 Grazioli e Haggiag c/Banca Sicilia y otro;

Corte de Apelación de Roma sentencia del 07/12/1998 Peguiron y otro c/Rossi y otro;

Cassazione civile sesión 1 sentencia nº 8820 del 11/08/1995 Biavati y otro c/Banca del Fucino;

Cassazione Civile sesión 1 sentencia nº 2067 del 23/2/1995 Mazzarda c/Monte dei Paschi di Siena;

Cassazione civile sesión 1 sentencia 1339 del 4/2/1995 Verdi c/Banca Nazionale del Lavoro;

Cassazione Civile sesione unita sentencia 6225 1/7/194 Mauro c/Banca del Fucino;

Cassazione Civile sesion 1 sentencia 5421 7/5/1992 Piazza Raffaele y otro c/Societa Credito italiano;

Cassazine civile sesion 1 sentencia 4604 del 3/11/1989 Monte Paschi Siena c/Carbone y otro;

Corte de apelación de Napoli sentencia del 28/4/1987 Napolitano y otro c/Monte Paschi Siena.

Tribunal Superior de España Sala 2º del 26/2/1993, Banco Hispano Americano de Barcelona.