|  |
| --- |
| **La dudosa validez de la Cláusula Limitativa de Responsabilidad en el Contrato de Caja de Seguridad Artículo 1414 CCyCN.**  **Fuerza Mayor o Caso Fortuito. Indicios. Derecho/Deber de Secreto Fiscal. Embargo de la caja. Condenas en dólares.**  **Jurisprudencia actual** |
| *Por Nydia Zingman de Domínguez*(\*) |
|  |
| Frente a la incorporación en el Código Civil y Comercial de la Nación del artículo 1414, que admite la cláusula limitativa de responsabilidad en ciertas condiciones en el Contrato de Caja de Seguridad, llegamos a la conclusión coincidente con la jurisprudencia mayoritaria, sobre su inconstitucionalidad e invalidez.  Con esta inclusión,  se está violando el artículo 42 de la Carta Magna que establece la protección de los derechos de tercera generación, la LDC artículo 37 que se encuentra plenamente vigente, de Orden Público y de raigambre constitucional y el propio Código Civil y Comercial de la Nación que en contradicción con esta desafortunada reforma, regula y trata los Contratos por Adhesión a Cláusulas Generales Predispuestas en el Título II, las Cláusulas Abusivas y los Contratos de Consumo en el Título III.  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****...”*  **El Art. 37 LDC: *"...Interpretación. Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas:***  ***a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños****;*  ***b) Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte;***  *c) Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.*  *La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa.*  *En caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario..."*.  **El Art. 1414 establece: *"...Límites. La cláusula que exime de responsabilidad al prestador se tiene por no escrita. Es válida la cláusula de limitación de la responsabilidad del prestador hasta un monto máximo, sólo si el usuario es debidamente informado y el límite no importa una desnaturalización de las obligaciones del prestador****"*.    El contrato de caja de seguridad es un contrato de adhesión, de consumo y con cláusulas predispuestas, debiendo ser interpretado con toda la normativa de la Ley de Defensa del Consumidor y las disposiciones pertinentes referidas también a esta categoría de contratos en el nuevo Código Civil y Comercial.  Debemos tener en cuenta sus artículos 984, 989, 1092 a 1122 y los artículos del título preliminar que son de fundamental importancia y entidad.  Estamos frente a un contrato donde la confianza es un elemento esencial (Art. 1067[1]CCyCN); el cliente la deposita en la institución bancaria dejándole a ella los efectos de mayor valor, no sólo económico sino también afectivo, con la total certeza y expectativas concretas de que serán bien cuidados por quienes son profesionales en el servicio de seguridad.  También es fundamental el carácter secreto y confidencial del contenido del cofre.  El cliente le paga a los bancos o entidades financieras por utilizar en un lugar físico especial, idóneo, **custodiado** y en un horario determinado por el prestador, un cofre que varía de medidas según su precio.  La causa fin de esta contratación para el consumidor es el resguardo y custodia de sus bienes, en forma profesional;  recibir un servicio de seguridad eficiente llamada "seguridad activa" y conservando la mencionada confidencialidad y secreto del contenido depositado.  La publicidad que efectúa la entidad financiera o banco integra el contrato (art. 4[2] y 8[3] de la LDC y art. 1103 CCyCN[4]).    **Orden Público – Prelación Normativa**:    El **artículo 65 de la Ley de Defensa del Consumidor**, es claro en cuanto al carácter indisponible de sus normas que restringen la autonomía de la voluntad:  *"...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 Poder Ejecutivo debe reglamentar la presente ley dentro de los ciento veinte (120) días a partir de su publicación...".*  Además el **artículo 12del CCyCN** dice*:****"...Orden público. Fraude a la ley. Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público.***  ***El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir..."****.*  **ARTICULO 1**.- Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.  **ARTICULO 9**.- Principio de buena fe. Los derechos deben ser ejercidos de buena fe.  **ARTÍCULO 1094**.-Interpretación y prelación normativa. Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable. En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor.  **ARTICULO 1095**.-Interpretación del contrato de consumo. El contrato se interpreta en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existen dudas sobre los alcances de su obligación, se adopta la que sea menos gravosa.  **ARTICULO 1118**.-Control de incorporación. Las cláusulas incorporadas a un contrato de consumo pueden ser declaradas abusivas aun cuando sean negociadas individualmente o aprobadas expresamente por el consumidor.  **ARTICULO 1119**.-Regla general. **Sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes especiales, es abusiva la cláusula que, habiendo sido o no negociada individualmente, tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor**.  **ARTICULO 1709**.-Prelación normativa. En los casos en que concurran las disposiciones de este Código y las de alguna ley especial relativa a responsabilidad civil, son aplicables, en el siguiente orden de prelación:  **a) las normas indisponibles de este Código y de la ley especial.**  b) la autonomía de la voluntad;  c) las normas supletorias de la ley especial;  d) las normas supletorias de este Código.  **Está claro que no es una norma de carácter indisponible la segunda parte del artículo 1414, relacionada a la validez de las cláusulas limitativas.**  **En cambio sí poseen dicho carácter, todas las demás que citamos previamente en este trabajo**.    El Código vigente ha tipificado el contrato de caja de seguridad sin definirlo, en sus artículos 1413 a 1417.  ***ARTICULO 1413****.-Obligaciones a cargo de las partes. El prestador de una caja de seguridad responde frente al usuario por la idoneidad de la custodia de los locales, la integridad de las cajas y el contenido de ellas, conforme con lo pactado y las expectativas creadas en el usuario. No responde por caso fortuito externo a su actividad, ni por vicio propio de las cosas guardadas.*  ***ARTICULO 1414****.-Límites. La cláusula que exime de responsabilidad al prestador se tiene por no escrita. Es válida la cláusula de limitación de la responsabilidad del prestador hasta un monto máximo sólo si el usuario es debidamente informado y el límite no importa una desnaturalización de las obligaciones del prestador.*  ***ARTICULO 1415****.-Prueba de contenido. La prueba del contenido de la caja de seguridad puede hacerse por cualquier medio.*  ***ARTICULO 1416****.-Pluralidad de usuarios. Si los usuarios son dos o más personas, cualquiera de ellas, indistintamente, tiene derecho a acceder a la caja.*  ***ARTICULO 1417****.-Retiro de los efectos. 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. El producido de la venta se aplica al pago de lo adeudado. Los bienes remanentes deben ser consignados judicialmente por alguna de las vías previstas en este Código.*  La controvertida disposición del art 1414 establece que la cláusula que exime de responsabilidad del prestador se tiene por no escrita pero a renglón seguido dice: es válida **la cláusula de limitación de la responsabilidad del prestador hasta un monto máximosólo si el usuario es debidamente informado y el límite no importa una desnaturalización de las obligaciones del prestador**.  Sin perjuicio de la deficiente redacción del mismo, vemos que admite la validez de la autolimitación de responsabilidad en estos contratos con cláusulas predispuestas, bajo condiciones o circunstancias que no son posibles de coexistir, no son lógicas ni procedentes jurídicamente ya que:  1) Es irrelevante que sea debidamente informado el consumidor ya  que tratándose de un contrato de cláusulas predispuestas y por adhesión,  que además se repite en los contratos de las otras entidades financieras y bancos,  no le da derecho o posibilidad de reformar  o rehusarse a aceptar esa disposición.  No tiene la opción de  negarse (si necesita este servicio bancario) y no encontrará otra institución que no le haga firmar la misma cláusula "aprovechando" la nueva normativa.  2) En cuanto la circunstancia de que el límite no importe una desnaturalización de las obligaciones del prestador, consideramos que esto es imposible ya que siempre implica la limitación o mejor dicho la autolimitación, una desnaturalización de las obligaciones contractuales y así lo viene manteniendo nuestra jurisprudencia mayoritaria de más de 40 años, que ha conservado este concepto  después de la vigencia del CCyCN, al referirse en sus sentencias a las cláusulas exonerativas y limitativas de responsabilidad en los casos en que en los bancos se han robado o hurtado cajas de seguridad bancarias.    Transcribo algunas expresiones jurisprudenciales en casos posteriores a Agosto de 2015:  CNCom, Sala F,**18/05/2017,**"T.J.V. C/ BANCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES S/ ORDINARIO", Expte Nº 26.657/2011: "...***Es que de su simple lectura surge que es contraria al art. 37 de la ley de defensa del consumidor (en adelante, LDC) que dispone que se tendrán por no convenidas aquellas cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños, las que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte, o que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor...".***    **Juzgado Nacional en lo Comercial Nº 16, Secretaria 31, 30/10/2015,D.R.M. c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ ordinario**, Expte: 21.651/11: “…***En cualquier caso, tenemos el convencimiento que no procede admitir la eficacia de una disposición limitativa de responsabilidad, que consideramos abusiva, en tanto desnaturaliza obligaciones del banco, implica restricción a derechos del cliente (art. 988 CCCN –ley 26.994–), provoca un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes (art. 1119 CCCN –ley 26.994–) e implica limitar la responsabilidad por daños (art. 37 de la ley 24.240)…”.***    **CNCom, Sala D, 03/11/2016, D.P. M.C. C/ BANCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES S/ ORDINARIO**, Expte 28.681/11, “…*De tal suerte, las cláusulas exonerativas y/o limitativas de la responsabilidad como las examinadas deben caer por ser abusivas, en tanto desnaturalizan el objeto esencial del contrato…*”    **CNCom, Sala E**,**04/10/2016, M.L.G. C/ BANCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES S/ ORDINARIO,** Expte 27.841/11, “…*En consecuencia, teniendo en cuenta la ausencia de imprevisibilidad en los hechos así como la actuación poco diligente de la entidad bancaria, aparece inexorable atribuirle la responsabilidad por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual****sin que pueda ésta ampararse en cláusulas limitativas que carecen de eficacia***…”.    Tal cual lo escribí recientemente en otros trabajos publicados[5]:  **"...El contrato de caja de seguridad es un contrato de consumo y persigue como fines esenciales la seguridad en la conservación del contenido depositado en la caja y en su carácter secreto. Ambas son asumidas como obligaciones de resultado por el receptor, a las que debe adicionarse una obligación de seguridad, que consiste en el deber de mantener indemne al usuario de eventuales daños sobre los bienes custodiados. Los artículos 1414 y 1417 del Código Civil y Comercial de la Nación deben ser interpretados en armonía con el régimen de cláusulas abusivas[6]**.  ***"...Resulta poco serio y hasta violatorio de la buena fe con que deben celebrarse, desarrollarse e interpretarse los contratos, el argumento de las citadas en garantía que refiere a que las fallas del sistema o su poca seguridad se vinculan con el bajo precio del servicio abonado por el actor.***  ***No debe perderse de vista que Banco Itaú S.A. ofrece al público general y a sus clientes un servicio que conlleva la obligación esencial de custodia y vigilancia permanente de los bienes depositados en el cofre.***  ***Las cajas de seguridad se utilizan precisamente a fin de prevenir que las pertenencias de los usuarios se encuentren en situación de ser robadas o hurtadas, razón por la cual la obligación del banco en este contrato es de resultado. Ante su incumplimiento, se crea una presunción iuris tantum de culpabilidad del incumplidor, por lo que éste debe, para liberarse, demostrar la existencia del caso fortuito o la fuerza mayor. En ese contexto, el valor del servicio no constituye causa eximente de responsabilidad; en todo caso, será producto del cálculo de costos y ganancias y de la implementación de políticas comerciales que mal pueden ser trasladados al cliente-consumidor bancario..."*[7].**    **Reparación plena vs. Limitación de la responsabilidad:**    El Art. 1743 dispone que *"****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*".**  **En cuanto  a la reparación plena del daño y los principios establecidos en los arts. 1740, 1738, 1710, 1094, 1095 y 1725 CCyCN también son, en nuestra opinión, incompatibles con la admisión de validez de las cláusulas objeto de este análisis.**  **ARTICULO 1740**.-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 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 intimidad 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.  **ARTICULO 1738**.- Indemnización. La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida.  **ARTICULO 1743**.-**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.**  **ARTICULO 1710**.-Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de:  a) evitar causar un daño no justificado;  b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa;  c) no agravar el daño, si ya se produjo. **ARTICULO 1725**.-Valoración de la conducta. 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.  **Si se pone un límite al quantum indemnizatorio mal puede cumplimentarse el sistema reparador del Código en este punto, sin perjuicio de la violación de normas de rango superior como ya lo mencionamos (CN, LDC, CCyCN referidas a los contratos de consumo y cláusulas predispuestas).**  **Su admisión permitiría prácticas y cláusulas abusivas[8].**    **Doctrina coincidente y divergente**:    El Dr. Jorge H. Alterini en el “Código Civil y Comercial Comentado- Tratado Exegético”, **en 1º edición al comentar el art. 1414 expresa**:  ***“…Ante la regla tan elocuente de la primera oración del art. 1414 disuena fuertemente la segunda oración que procura validar cláusulas de limitación de esa responsabilidad.***  ***Frente a la clarificación de que el usuario bancario está alcanzado por la protección del consumidor, se podría evocar en contra de la solución legal, además del invocado art. 37 de la ley 24.240, otras diversas razones para neutralizar sus implicancias.***  ***Según el art. 988 también “se deben tener por no escritas”, en los contratos de adhesión, las cláusulas que “importen renuncia o restricción a los derechos del adherente” (inc. B).***  ***Dentro de un sistema que no admite la limitación cuantitativa de la responsabilidad del obligado y califica como abusivas las cláusulas que así lo hacen (arg. Arts. 37 inc. a de la ley 24240, arts. 988 y 1119 del Código Civil y Comercial), es abiertamente contradictorio con esas premisas que se reconozca la validez de la limitación…***  ***Es significativa la obligación de información del consumidor, la que por otra parte imponen el art. 1100 del Código Civil y Comercial y el art. 4 de la ley 24.240, pero no debe olvidarse que la operatividad de la información se desvanece en los contratos celebrados por adhesión, pues allí el adherente, o no contrata, o si lo hace debe someterse a la voluntad del predisponente.***  ***Por otro lado, si bien se mira, la misma limitación de responsabilidad “importa una desnaturalización de las obligaciones del prestador”, que el propio art. 1414 rechaza…”***  Es cierto que en la segunda edición del Código el autor modificó su opinión, sin tener en cuenta sus propios y fundados argumentos[9].  También en ese sentido el Dr. Pablo Heredia en su trabajo sobre este contrato[10] publicado en abril de 2015*,* sostiene su validez excepto para los casos de dolo o culpa grave del prestador y lo justifica con fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad y "...en la necesidad de no exponer al banco a un deber resarcitorio desmesurado..."[11].  Ello sin tener en cuenta la disposición de Orden Público del Art. 37 de la LDC y todas las demás mencionadas ut supra.  **Creo que este criterio es errado y tampoco es compartido por la Jurisprudencia ni por una importante parte de la Doctrina que apoya nuestra postura[12],  ya que estando frente a un contrato de adhesión donde no se negocia el contenido sino que lo impone el proveedor,no pueden ser prioritarios los intereses de los bancos y la disminución de su riesgo empresario, por sobre la protección de los derechos y patrimonio de los consumidores perjudicados por robos o hurtos de sus cajas de seguridad.**  Si se admitiera en nuestra Jurisprudencia la autolimitación de responsabilidad empresaria del banquero, aunque estuviera debidamente informado el cliente – usuario del servicio bancario, no deja de estar frente a un predisponente en un contrato por adhesión viéndose privado de una verdadera negociación y recibiendo un servicio de seguridad acotado a un límite, lo cual estimamos que siempre desnaturaliza las obligaciones del prestador y frustra las expectativas del cliente y la causa fin del contrato.  Dado que la reforma introdujo el concepto de las expectativas del consumidor al contratar este servicio de cajas de seguridad, es muy claro que ellas están basadas en la confianza que éste tiene en la institución financiera, en su seriedad y en su responsabilidad en forma integral y no limitada (Art. 1067, 1725 del CCyCN).  Por otra parte descontando su antijuridicidad y su inconstitucionalidad, sólo se lograría con la validez de estas cláusulas, desalentar la inversión de recursos económicos en brindar un eficiente servicio de seguridad, que se vería reemplazada por la contratación de seguros baratos, ya que el riesgo a cubrirse estará acotado por el propio proveedor financiero.    La obligación del banco es de resultado. El caso fortuito o la fuerza mayor, únicos eximentes de su responsabilidad no incluyen el hecho del hombre, por el contrario, el robo o hurto son los riesgos que asume el banco y constituyen el origen del negocio bancario  de servicio de cajas de seguridad.  El cliente acude al banco para evitar robos, no para que el banco ante una concreción del riesgo niegue o limite su responsabilidad.  Esa actitud equivale a la frustración de la causa del contrato y así lo estableció la Jurisprudencia  desde los inicios hasta nuestros días.  No hay autonomía de la voluntad en los contratos por adhesión como el que nos ocupa y tampoco sería posible admitir la autolimitación de responsabilidad sin la desnaturalización mencionada en el art. 1414 CCyCN.  La única forma de disminuir o acotar la responsabilidad profesional es que el empresario bancario invierta  en asesoramiento  en seguridad bancaria, en recursos humanos (guardias y rondas permanentes todos los días de la semana las 24 horas) y en tecnología apropiada a la época, hábil para desarticular la de los delincuentes, impidiendo así los saqueos; también que cumpla con las exigencias del B.C.R.A. **(que constituyen medidas sólo mínimas, de seguridad)**respecto a las características edilicias, a la calidad de la construcciones.  En caso de incorporación de cláusulas limitativas de responsabilidad en los contratos, los Jueces como hasta ahora deberían aplicar los arts. 37 LDC, 10, 1118, 1119 y 988 CCyCN[13], privándolas de eficacia y validez.  La seguridad no es un servicio que pueda brindarse a medias por ser más barato!  Por lo tanto esta disposición insertada en el Código vigente viola el principio protectorio de los derechos del consumidor, en beneficio de los intereses de las compañías de seguros y de los bancos.    **Obligación de resultado. Fuerza Mayor.  Caso Fortuito:**    El banco se responsabiliza de la custodia del local y de la caja e indirectamente del contenido de la misma, dado que el usuario deposita su confianza y busca en la institución bancaria, la vigilancia y seguridad que no posee en su empresa o en su casa, esperando le sea brindada con profesionalidad y eficiencia a cambio del precio que es su contraprestación.    Es esta la expectativa del consumidor-usuario, que menciona el artículo 1413 del CCyCN.    No puede eximirse de su obligación alegando o probando que no obró con culpa o dolo o amparándose en cláusulas exonerativas o limitativas predispuestas unilateralmente en el contrato.    Él asume como riesgo empresario el robo o hurto de cajas de seguridad y es esa la razón de ser de su negocio y su motivación para que invierta permanentemente en el servicio de seguridad (recursos humanos, asesoramiento sobre estrategias y tecnologías adaptadas a la época y a los avances logrados en la materia, etc.), para lograr la eficacia del servicio y evitar pérdidas por eventuales indemnizaciones que deberá abonar cuando el servicio que presta falla, ocasionando daños a los usuarios.    La rentabilidad del negocio va unida al riesgo que asume.    Solo el caso fortuito y la fuerza mayor pueden excusarlo.    **Constituye caso fortuito o fuerza mayor aquel hecho imposible de prever o que aunque la previsión humana hubiera sido posible no se pueden evitar sus consecuencias.**    Para excluir la propia responsabilidad debe demostrar el proveedor, la prueba positiva del hecho del cual no responde; debe demostrar que tal resultado ha sido impedido por una causa a él no imputable, una causa que no habría podido superar con el empleo de aquel grado de diligencia requerido por el tipo concreto de obligación, por ejemplo, un terremoto, una acción de guerra o de revolución, una orden de autoridad que sea legítima o de hecho, un acto de violencia de las tropas de ocupación.    Eventos que tienen carácter de caso fortuito como el aluvión o el incendio, excluyen la responsabilidad del banco, solo cuando él demuestra que el daño se ha producido no obstante las medidas máximas posibles en defensa de la integridad externa e interna de la caja y del local.    El robo o hurto, por el contrario, proviniendo de la obra del hombre, no tiene carácter de caso fortuito, porque para sustraer los valores al peligro de tal evento, está destinada la caja de seguridad[14].    **Prueba de indicios:**    En estos casos de robos o hurtos de cajas de seguridad, a efectos de probar los daños sufridos, se ha establecido jurisprudencial y doctrinariamente, que siendo prácticamente imposible la plena prueba de la prexistencia de los bienes saqueados y su guarda efectiva dentro de la caja violada,dado su carácter confidencial y secreto, es suficiente la prueba de indicios serios, precisos y graves que lleven al Juez o Tribunal, a la convicción de la verosimilitud de los hechos y la procedencia del reclamo judicial por vía de presunciones “...que deben ser apreciadas con un criterio de razonabilidad...”[15].  El Art. 163 inc. 5 del CPCC establece: *“…La sentencia definitiva de primera instancia deberá contener: … 5) Los fundamentos y la aplicación de la Ley.*  *Las presunciones no establecidas por ley constituirán prueba cuando se funden en hechos reales y probados y cuando por su número, precisión, gravedad y concordancia, produjeren convicción según la naturaleza del juicio, de conformidad con las reglas de la sana crítica.*  *La conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso podrá constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas, para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones...”*.    Del mismo modo y en concordancia con estos principios se ha acogido esta postura jurídica en el artículo 1415: “Prueba de contenido. La prueba del contenido de la caja de seguridad puede hacerse por cualquier medio”.    “…Pues por las características de este tipo de relaciones -un sistema que resguarda la privacidad del cliente- no es posible exigir una prueba fehaciente del contenido de la caja de seguridad.    En efecto, teniendo en cuenta la modalidad con que se desenvuelve este contrato, imponer una prueba directa de la existencia de los objetos en la caja de seguridad es prácticamente imposible.    Sin embargo, ello no importa liberar a la actora de la carga de la prueba, que debe versar sobre la preexistencia de los objetos, su nivel socioeconómico para justificar su capacidad de ahorro y la razonabilidad de que los valores hayan sido guardados en el cofre y estuvieran en él a la fecha del saqueo (art. 377, CPCC).    “Sobre el punto, debe recordarse también que resulta verosímil que quien ha contado con una caja de seguridad por varios años y pagado por ella un canon (recuérdese que en el caso de marras los coactores contrataron la caja de seguridad en 1990 y la mantuvieron por más de 14 años), la utiliza para conservar valores y no para tenerla ‘vacía’; de modo que es inevitable efectuar un análisis de la razonabilidad de la existencia de bienes en la caja…” (“Toscano Carmen c/Banco Mercantil Argentino SA” - CNCom. - Sala A -12/4/1999) - “C., E. H. y otro c/Banco de la Nación Argentina s/daños y perjuicios” - CCrim. y Correc. Fed. - Sala I - 5/5/2015.    **Secreto Fiscal: Deber/ Derecho - Art. 101 Ley 11.683**    Las declaraciones juradas pueden ser uno de los indicios que se propongan para probar en una demanda la prexistencia de los fondos robados que sean reclamados en ella, así como la situación patrimonial del damnificado y sus ingresos.  Pero su ausencia no implica que por otros medios probatorios indiciarios, no se logre llevar a la convicción del Tribunal sobre la verosimilitud de los hechos y la procedencia del reclamo judicial[16].  Así por ejemplo en recientes casos de robos de cajas de seguridad tramitados por mi y en muchos otros (que coinciden con la toda la jurisprudencia anterior específica), encontramos: sentencia de la Sala A, de fecha 28/10/2014, en autos “M. G. N. c/Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ordinario”, Expte 26.423/2011 que “…no obsta a la conclusión referida el hecho de que la demandante no hubiese acompañado las declaraciones juradas de impuestos correspondientes a su persona y a su cónyuge, en tanto dicho extremo no resulta indispensable para tener por comprobada la existencia en la caja de seguridad de la suma precedentemente aludida ni para desvirtuar la numerosa prueba producida que resulta coincidente en cuanto al efectivo depósito de esa suma…”; y Sala D, de fecha 29/12/2014, autos “B. R. J. c/Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ordinario”, Expte. 24.213/2011 que “…III) como bien lo sostuvo la sentencia apelada, la falta de presentación por el actor de las declaraciones juradas impositivas en las que debiera constar la tenencia de las divisas extranjeras que dijo depositadas en la caja de seguridad, no obsta a la prueba de esa tenencia por otros medios... Bajo esa perspectiva limitativa, fijó prudencialmente la cantidad a devolver en la mitad de lo reclamado, o sea, U$S 300.000, aclarando que a ello no formaba óbice la falta de presentación por el actor de sus declaraciones juradas impositivas, ya que estas no eran imprescindibles para tener por acreditado el daño (fs. 907 vta./909 vta.)...”.  No sólo en estas sentencias y en muchas otras se ha decidido de dicha forma sino que además en varios expedientes AFIP se ha presentado aduciendo su deber de confidencialidad que si fuere por ellos violado, incurriría en el delito de sus deberes de funcionario público[17].    **Conclusiones sobre esta temática:**    El vínculo entre el banco y su cliente pertenece al ámbito objetivo de aplicación de la protección legal del consumidor siendo una típica relación de consumo, siendo el primero un prestador de servicios (art. 42 CN, art. 1 y 2 Ley 24.240 T.O. 26.361, Lorenzetti R. L. "Consumidores" p 440, Rubinzal Culzoni, 2º edición, 2009).  Así lo disponen también los Arts. 1384 y 1093 CCyCN.  **Se viola el deber de seguridad previsto en el Art. 42 CN y arts. 5, 6 y 40 de la LDC conforme unánime doctrina y jurisprudencia cuando desaparecen fondos de los clientes bajo custodia del proveedor financiero.**  Los bancos, como instituciones a cargo de un servicio indispensable a la comunidad y como profesionales, deben realizar los estudios e inversiones necesarias para prever acontecimientos dañosos que puedan perjudicar a sus clientes y lograr eficiencia en el servicio de guarda, deber principal de este contrato.  La fuerza mayor o caso fortuito no se refieren al riesgo empresario que está a cargo de quienes lucran con este negocio de alquiler de cajas de seguridad.  "...El banco privado como profesional y protagonista de la planificación de sus funciones, se encuentra impedido de alegar el caso fortuito o la fuerza mayor como situaciones de imprevisión, dado que debe realizar una mayor evaluación de riesgos, lo que le permite advertir los inconvenientes funcionales propios de su actividad..."[18].  El contenido del cofre en los juicios por robos y hurtos de cajas de seguridad, se prueba por indicios y las declaraciones juradas constituyen una más de ellos, pero si son aportadas por el damnificado voluntariamente y no si lo piden los demandados o los jueces, incluso si éstos lo hacen de oficio como medida de mejor proveer.  **Ello atento el artículo 101 de la ley 11.683 que impone el derecho y deber de secreto fiscal.**  De lo contrario los funcionarios de AFIP, si informaran en supuestos no previstos como excepción por la ley mencionada, incurrirán en el delito de Violación de los Deberes de Funcionario Público, tal cual lo manifestaron quienes en representación de la institución recaudadora se presentaron judicialmente en varias causas, en las que por este fundamento negaron aportar los datos a ellos requeridos por algunos jueces[19].  Los bancos tienen en caso de incumplimiento de sus obligaciones, responsabilidad agravada y objetiva.  El Código Civil y Comercial al incluir en el art. 1414 la admisión de la autolimitación contractual de su propia responsabilidad por parte del predisponerte, frustra el fin del contrato, contradice y viola la Constitución Nacional en sus arts. 14 y 17, entre otros, y toda la legislación tuitiva de defensa del consumidor y del propio plexo normativo (Título Preliminar, Art. 1097 y cctes).    Pensamos y estamos con total convencimiento que es deber de los jueces ser cuidadosos, continuando con la jurisprudencia casi unánime que consideró y considera, que la limitación contractual de la responsabilidad, así como su exoneración, siempre implican desnaturalización de las obligaciones del prestador, afectando los derechos del consumidor, derechos indisponibles, por lo que no sería aplicable lo dispuesto en la citada norma.  Nuestra postura coincide con las Conclusiones de la Comisión N.° 8 de «Protección del Consumidor de Servicios Financieros y Bursátiles» de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebrada en Bahía Blanca en fecha 1, 2 y 3 de octubre de 2015.  El Título Preliminar, Capítulo III del nuevo Código contenido en los arts. 9 a 12, privilegian el principio de buena fe, la exclusión del amparo legal al ejercicio abusivo de los derechos.  “...El Juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización".    Como lo venimos sosteniendo es nuestro criterio que ante eventuales sentencias referidas a la temática que nos ocupa en que se afecten los derechos y garantías constitucionales de propiedad, así como los protectorios de los derechos del consumidor, se torna de  indudable aplicación el art. 43 de nuestra Carta Magna, que prevé el Recurso de Inconstitucionalidad, para apelar ante nuestro más Alto Tribunal y poder restablecer el principio de Justicia y Equidad[20].    **Embargo de la caja:**    Seguimos sosteniendo el mismo criterio ya expresado en otros trabajos publicados, acerca del carácter excepcional y que sólo para casos extremos debe ser admitido el embargo de los bienes contenidos en una caja de seguridad.  Ello es así atento el carácter confidencial y secreto de los bienes depositados en ella y la naturaleza de esta figura contractual.  Sostenemos que si bien es cierto que el patrimonio de una persona es prenda común de los acreedores, en este caso por las razones expuestas, sólo debiera ser viable una vez agotadas otras vías posibles sobre otros bienes para asegurar los derechos de los acreedores.  El banco es el guardián del local y del espacio cuyo uso cedió al titular más no le pertenecen los bienes introducidos por éste, de valor económico y afectivo.  Un interesante precedente así lo expresó “Fisco de la Provincia de Buenos Aires v. R. C. A. s/ Apremio Provincial” el Juzgado *Contencioso Administrativo n° 1 de La Plata,*Juez Luis Federico Arias, quien negó la medida cautelar del embargo solicitado, invocando el carácter secreto y confidencial de la caja por lo que contiene y por la violación al derecho a la intimidad del titular.  "La Plata 4 de Mayo de 2005......Si bien es cierto que el patrimonio es la prenda común de los acreedores conforme lo expone el accionante, el contenido de una caja de seguridad no implica necesariamente la existencia de bienes de naturaleza patrimonial. Así, frente al desconocimiento de los bienes resguardados en la caja de seguridad, su apertura compulsiva puede comprometer o afectar el derecho a la privacidad e intimidad de las personas (arts. 18, 19 y 28 de la CN, arts. 23, 24, 26 de la CPBA) razón por la cual su procedencia, al igual que el allanamiento de domicilio para el embargo de bienes muebles, es de carácter excepcional y sólo resulta procedente en supuestos donde no sea posible identificar bienes a embargo y se demuestre que se hayan efectuado maniobras tendientes a sustraer bienes del alcance del acreedor fiscal; circunstancias que no se hallan acreditadas en autos.  No escapa al conocimiento del infrascripto que la evasión fiscal constituye una conducta reprochable, más ello no justifica en modo alguno la adopción de medidas extraordinarias que puedan afectar derechos amparados por la Constitución cuando existan otros remedios cautelares susceptibles de lograr el mismo efecto sin perjudicar los derechos personalísimos que también garantiza el orden constitucional.  En función de lo expresado y atento a lo normado por el art. 204 del Código Procesal Civil y Comercial que prevé la posibilidad de disponer una protección cautelar distinta a la solicitada "teniendo en cuenta la importancia del derecho que se intentare proteger", se habrá de otorgar la inhibición general de bienes peticionada en subsidio.  Por ello, resuelvo:  1) Rechazar la medida tendiente a obtener el embargo de los bienes existentes en la caja de seguridad denunciada.  2) Bajo responsabilidad de la parte actora y del letrado peticionante, y hasta tanto se denuncien bienes a embargo, decretase la inhibición general de bienes del demandado en los términos del art. 228 del C.P.C.C. Toda vez que esta medida es de carácter subsidiario, el peticionante deberá denunciar bienes en el plazo de treinta (30) días bajo apercibimiento de disponer el levantamiento de la inhibición general de bienes (art. 204 y 34 inc. 5 c y d del C.P.C.C.), a cuyo fin, líbrese el oficio del caso...... Luis Federico Arias Juez".  Esta jurisprudencia ha respetado el derecho del cliente titular de la caja de seguridad a que no se viole su intimidad, por lo menos mientras haya otros bienes para ser ejecutados.    **Condenas en  Moneda Extranjera:**    Es sabido que es costumbre en nuestro país la de ahorrar en dólares (u otras monedas extranjeras en menor medida) y realizar inversiones con ellos o guardarlos en cofres bancarios.  Ello genera que se hayan dictado numerosas sentencias con condenas en dólares u otra moneda extranjera.  En todos los juicios en los que fueron reclamados dólares billetes robados o hurtados de las cajas de seguridad, salvo muy contadas excepciones, las sentencias han dispuesto condenas reparatorias en la misma moneda por este ítem reclamado, justamente por ser deudas de valor y por tratarse de fondos de fuera del circuito financiero.  Este tema desde la vigencia del CCyCN fuera relacionado por parte de la doctrina con los artículos 765 y 766 (que a nuestro entender son contradictorios entre sí).  Interpretamos que los artículos 765 y 766 no se refieren a las sentencias sino a los contratos pactados en dólares y que por lo tanto no pueden los defensores de la pesificación de las deudas en dólares pactadas contractualmente, aplicarlas a las condenas de los fallos de la Justicia.  También debemos tener en cuenta que no estamos frente a normas de carácter “indisponibles” o imperativas.  En numerosos procesosque tramité tanto en el fuero Comercial como en el Federal Civil y Comercial, en los que se han dictado sentencias con las condenas en dólares billetes, deban ser pagaderos en dicha moneda (Expte N° 24.511/2011 del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 18, Secretaría 35, y todos los citados, en coincidencia con el publicitado fallo de la Sala F, CNCiv, 28/08/2015 "F., M. R. C/ A., C. A. Y OTROS S/ CONSIGNACIÓN", EXPTE. N°79.776/2012, "L., T. Y OTROS C/ F., M. R. S/ EJECUCION HIPOTECARIA" (EXPTE. N°76.280/2012), en el cual el Tribunal consideró que el art. 765 del CCC no resulta ser de orden público ni norma imperativa, y además, por otro lado indicó que "para que nazca la posibilidad de cumplir la prestación pactada por la vía del equivalente dinerario es preciso que se configure un supuesto de imposibilidad de cumplimiento de la obligación. Es decir que el deudor deberá demostrar que la prestación ha devenido física o jurídicamente imposible, esto es, que exista una imposibilidad sobrevenida, objetiva y absoluta".  **En el fallo de la CSJN de fecha 31/5/2011, en autos «Slatapolsky, Jorge Alberto c/ Banco do Brasil S. A. s/ ordinario»,**encontramos esta misma interpretación jurídica dada por nuestro más Alto Tribunal: "…1. La responsabilidad del banco por incumplimiento de un contrato de caja de seguridad se funda en el deber de custodia y vigilancia de las cosas introducidas por el cliente-usuario. 2. El resarcimiento de daños es una deuda de valor, representa una «utilidad» para el acreedor. 3. Pesificar una deuda de valor implica perjudicar al acreedor o afectar su patrimonio…”.  También en numerosos casos  tramitados por mí, anteriores a 2015 y posteriores, resolvieron en igual sentido los sentenciantes:  CNCom, Sala F, 18/05/2017, "T. J. V. C/ BANCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES S/ ORDINARIO"  CNCom, Sala F, 30/08/2016,  “B. J. A. C/ BANCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES S.A. s/ ORDINARIO”  CNCom, Sala D, 29/12/2014,  “B. R. J. c/ BANCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES s/ ORDINARIO”  CNCom, Sala A, 08/09/2016, “C. M.  C/ BANCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES S/ ORDINARIO”  CNCom, Sala B, 07/03/2017,  “C.  O. C. C/BANCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES sobre ORDINARIO”  CNCom, Sala F, 06/09/2016,  “D. R. M. C/ BANCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES S.A. sobre ORDINARIO”  CNCom, Sala D, 03/11/2016, “D. P. M. C. c/ BANCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES s/ ORDINARIO”  CNCom, Sala A, 10/11/2015,  “D. S. O. H. c/ BANCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES s/Ordinario”  CNCom, Sala F, 22/03/2016,  “E. N. J.  c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires, s/ ordinario”  CNCom, Sala B, 30/12/2015, “F. M. M. C/ BANCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES S/ ORDINARIO”  CNCom,  Sala F, 22/03/2016,  “G. M. T. C/ BANCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES S.A. s/ ORDINARIO”  CNCom, Sala F, 18/03/2017,  “K. T. C/BANCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES S/ORDINARIO”          (\*) Profesora de “Franchising, Contratos Informáticos y Leasing” y ex Adjunta de “Contratos Civiles y Comerciales de Jorge Zago y  de Atilio Alterini en Facultad de Derecho y ciencias Sociales, UBA. Titular de los Institutos de Derecho Comercial, de Derechos del Consumidor, de Derecho Sucesorio y de Familia del CPACF. Profesora y Directora de la carrera de especialización de post-grado en "Contratos Empresariales Modernos" desde 1988 hasta la actualidad en CPACF. Coautora del libro "La Responsabilidad de los Bancos frente al Cliente - capítulo la responsabilidad bancaria por robos de cajas de seguridad" (ed. Rubinzal-Culzoni-2006) y de numerosos artículos publicados sobre temas de su especialidad desde 2006 hasta la actualidad (Erreius-Errepar-Microjuris -La Ley, Revista de Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa. (La Ley). Revista de Derecho Comercial y de la Empresa (Abeledo Perrot-julio - agosto 2017 - nº 285).    [1]ARTICULO **1067**.-Protección de la confianza. La interpretación debe proteger la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente, siendo inadmisible la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto.    [2]Artículo 4º  Información. El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada en soporte físico, con claridad necesaria que permita su comprensión. Solo se podrá suplantar la comunicación en soporte físico si el consumidor o usuario optase de forma expresa por utilizar cualquier otro medio alternativo de comunicación que el proveedor ponga a disposición.    [3]Artículo 8º  Efectos de la publicidad. Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente. En los casos en que las ofertas de bienes y servicios se realicen mediante el sistema de compras telefónicas, por catálogos o por correos, publicados por cualquier medio de comunicación, deberá figurar el nombre, domicilio y número de CUIT del oferente    [4]ARTICULO 1103.-Efectos de la publicidad. Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente.    [5]Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones de Abeledo Perrot de julio- agosto de 2017, pags: 1145/72.  Previamente en  libro "La responsabilidad bancaria por robos de cajas de seguridad" (editorial Rubinzal-Culzoni-2006); Comentario al fallo: Causa 143/05 «C., E. H. y otro c/ Banco de la Nación Argentina s/ Daños y Perjuicios» publicado en El Dial (elDial.com - DC1FF6); El contrato de caja de seguridad bancaria y la nueva legislación, Microjuris, 14/10/2015, Cita:MJ-DOC-7445-AR | MJD7445; El Contrato de Caja de Seguridad Bancaria a la luz del  Código Civil y Comercial de la Nación, Erreius, Noviembre 2015).    [6]XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Bahía Blanca en fecha 01, 02  y 03 de Octubre de 2015, en la Comisión N° 8 de “Protección del Consumidor de Servicios Financieros y Bursátiles” Conclusión en el Título III punto 3.    [7]Voto de la Dra. Alejandra Tevez, “SANCHEZ TUÑON MARIA ISABEL Y OTRO C/ BANCO ITAU BUEN AYRE S.A. sobre ORDINARIO”:    [8]Tambussi, Carlos, “Incidencias del Código Civil y comercial, Contratos de Consumo” Hammurabi, José Luis Depalma editor: "... Deben considerarse abusivas aquellas clausulas generadas cuando la parte dominante se atribuye o impone ventajas en perjuicio del débil, produciendo un panorama desproporcionado de los derechos y obligaciones derivados del negocio y un trato desigual o inequitativo que lesiona el principio cardinal de buena fe.  La característica de desequilibrio significativo debe centrarse en términos de comparación entre provecho y sacrificio, sin fundamento lógico que justifique la desproporción, causando al mismo tiempo beneficios al profesional y agravamiento de las cargas y obligaciones del consumidor.  Este criterio es aplicable tanto a los contratos negociados como a los de adhesión, teniendo terreno más propicio en estos últimos. El desequilibrio significativo, va de suyo, debe ser en detrimento de la posición del consumidor y debe aparecer manifiesto y evidente, como resultante de un abuso en el poder de negociación por parte del proveedor que ostenta superioridad técnica y cognoscitiva sobre el consumidor…” (106 Reconoce antecedentes en la Directiva de la Comunidad Europea 93/13 que caracteriza de abusiva las cláusulas que "causen en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato", y en nuestro ámbito regional el párrafo IV del art. 51 del Código de Defensa del Consumidor de Brasil, que atribuye ese carácter a las estipulaciones que "establezcan obligaciones consideradas inicuas, abusivas, que coloquen al consumidor en desventaja exagerada, o sean incompatibles con la buena fe o la equidad").  "...Se trata, en suma, de prácticas de comercialización que vulneran el derecho del consumidor a un trato equitativo y digno o afecten la libertad de elección o transgredan el principio de buena fe o importen un abuso del derecho. Señala la doctrina que no se reducen a "prácticas de comercialización sino que son todas las "prácticas empresariales" y que tratan de obtener una maximización de la tasa de beneficio o  ganancia sin causa, vulnerando así la equidad económica".  En consecuencias, las garantías que se consagran son el derecho al trato digno,  equitativo y no discriminatorio, la prohibición de prácticas comerciales que de alguna forma limiten la libertad de contratar del consumidor, tutela destinada a toda persona expuesta a cualquier tipo de práctica comercial, aun cuando sean consumidores o sujetos equiparados, quienes podrán equiparar el respeto a los derechos que componen el régimen tuitivo...".    [9]Alterini, Jorge H., Código Civil y Comercial Comentado- Tratado Exegético, 2º edición actualizada y aumentada, Tomo VII, La Ley: El autor se basó solamente en que el art. 1414 es una norma posterior a la Ley 24.240, de carácter especial que regula la responsabilidad del prestador de servicios en un contrato particular dándole preeminencia sobre la LDC y sobre todos los artículos del CCyCN por él citados en la primera edición.    [10] Publicado en fecha 21/04/2015 en el Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos en particular 2015 (abril): "Contratos bancarios: servicio de caja de seguridad en el Código Civil y Comercial", AR/DOC/1035/215.    [11]Tal cual lo expresé en la Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, número 285, Julio/Agosto 2017, Abeledo Perrot, el autor sostiene conforme al art. 1414, que la cláusula de limitación de responsabilidad “no merece en principio objeción, ya que puede reputarse lícita siempre que se observen los recaudos exigidos por el art. 1414, o sea, que el cliente bancario (usuario) hubiera sido debidamente informado del límite cuantitativo, y este último no represente, en sí mismo, una desnaturalización de las obligaciones del banco prestador…. La prueba de que el cliente ha sido informado del límite cuantitativo de que se trate y lo ha aceptado, corresponde al banco predisponente. Si no se acredita la debida información al cliente y su aceptación, o si la información suministrada no fue clara y precisa, resultó oscura o ambivalente, de dificultosa interpretación por parte de un usuario normalmente atento, o sujeta su comprensión a documentos que no se entregaron al cliente, no podrá al banco invocar la limitación de su responsabilidad, debiéndose tener por no escrita la cláusula respectiva (arts. 985, 1100, 1117, 1379 y 1384 del Código Civil y Comercial de la Nación). Ello ocurriría, por ejemplo, cuando en sustitución de la cláusula autorizada por el art. 1414 se predispone otra por la cual se obliga al cliente a no introducir en la caja de seguridad efectos que superen un valor determinado, ya que lo querido por la ley no es una cláusula que delimite el objeto del contrato, sino una que expresamente limite la responsabilidad del banco desde el punto de vista cuantitativo así entendiéndolo el usuario al contratar.  Otro requisito atinente a la validez de la limitación de la responsabilidad por razón del quantum está dado, según el art. 1414, por el hecho de que el límite cuantitativo fijado no represente una desnaturalización de las obligaciones del prestador (art. 988, inc. "a", 1117 y 1384 del Código Civil y Comercial de la Nación; art. 37, inc. "a", de la ley 24.240). Este requisito viene impuesto porque, si bien es válido establecer una limitación cuantitativa de la responsabilidad del banco, no es lícito que lo sea al punto de excluir totalmente su garantía patrimonial frene al cliente, o limitarla a una cantidad irrisoria en relación a los posibles daños derivados de la desaparición o destrucción de los efectos guardados en la caja de seguridad. Pero asegurado suficientemente el id quodinterest probable del cliente, nada se opone a que la responsabilidad bancaria se haga efectiva hasta un determinado límite en tanto, se insiste, ese límite hubiera sido debidamente informado y aceptado.  La limitación admitida es "hasta un monto máximo", por lo cual quedan erradicas las cláusulas limitativas de responsabilidad que se vinculen, por ejemplo, a un porcentaje de los daños sufridos.  Ahora bien, la determinación de si una cláusula limitativa de responsabilidad por razón del quantum puede operar, en un caso concreto, efectivamente a favor del banco, no es cuestión que pueda decidirse sin tener en cuenta que la suya es una actividad profesional, basada en la confianza y que, frente al incumplimiento, su culpa debe presumirse por estar en juego, como se dijo más arriba, una obligación de resultado.  Bajo tal perspectiva, la limitación cuantitativa de la responsabilidad no ha de funcionar, aunque esté prevista en una cláusula válida, si el incumplimiento imputable al banco está teñido de culpa grave o dolo suyo.    [12]**Conclusiones del Congreso sobre Responsabilidad Civil en homenaje al Dr. Roberto H.Brebbia, Rosario (SF):** “…2.2 Las cláusulas limitativas de responsabilidad son inválidas en los contratos predispuestos. MAYORÍA. Votó en contra el Dr. Compagnucci de Caso. Votaron a favor aclarando que tal invalidez debe entenderse como regla los **Dres. Pizarro, Vallespinos, Juanes, Cerutti, Carranza, Mola y de Souza**.  Ampliación de **los Dres. Ghersi y Messina de Estrella Gutierrez**: la invalidez también comprende los casos de limitación indirecta de responsabilidad (v. gr. Cláusula penal, seña penitencial, etc). Así como los de limitación de la responsabilidad por vicios redhibitorios y garantía de evicción. Adhieren: la Dra. Juanes y el Dr. Alterini (éste en cuanto a la primera parte).  Ampliación del **Dr. Mosset Iturraspe**: la invalidez alcanza también a los casos en que la cláusula limitativa está incluida en las condiciones particulares de este tipo de contrato aunque lleve la firma del adherente al pie…”. Noviembre de 1986.  - **Santicchia, Gerardo D**., "Contrato Bancario de Caja de Seguridad", Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia de la Nación - Número 37/38 - Julio/Diciembre 2005, Cita:       IJ-XLIII-406.  -**Moeremans, D.**, **en elDial.com - DC1B41, publicado el 10/09/2013**: “… Es pacífica la jurisprudencia en el sentido de que dichas cláusulas son inválidas, ineficaces o deben tenérsela por no escritas. Los fundamentos para sostener la invalidez de la misma son:  a)     Desnaturalizaría el contrato y lo dejaría prácticamente sin objeto. El banco asume una obligación de resultado. Si se admitiera la validez de dicha cláusula se configuraría --de hecho-- una negación de dicho resultado, lo que resulta inconsecuente con la obligación asumida, por cuanto presupone, desde el inicio de la relación, que el incumplimiento no acarrearía para el banco consecuencias jurídicas. Es decir, constituiría una verdadera "invitación al incumplimiento" y un indeseable estímulo al desinterés y la desidia en la conservación de los bienes comprometidos.  b)     Se frustraría la finalidad perseguida por el cliente que no es la del mero uso de la caja de seguridad y de disuadir o prevenir el riesgo de robo, sino proveer una custodia efectiva en orden a obtener el resguardo de los bienes contenidos en el cofre.  c)     Importaría una violación al art. 37 de la ley 24.240, por lo que debe tenérsela por no escrita……  Nosotros consideramos que amen de las argumentaciones ya expresadas sobre el por qué de la invalidez de dichas cláusulas, las mismas deben considerarse como no escritas a tenor de lo dispuesto por el art. 37 letras a), b) y c)……  Dejando sentado que dicha cláusula de exoneración debe considerarse como no escrita corresponde analizar si es posible limitar la responsabilidad por daño, es decir si son válidas las cláusulas que establecen que el banco sólo responde hasta cierto límite. A nuestro entender tratándose de contratos de consumo, dichas cláusulas serían igualmente ineficaces y deben ser consideradas como no escritas por violación a lo dispuesto en el art. 37 inc. a) de la ley 24.240[36]. En efecto, el segundo supuesto previsto en el inciso a) se refiere a la nulidad de la cláusula que limita la responsabilidad del proveedor por daño. Al igual que en el derecho alemán (parág. 11 inc. 7° de la ley AGB)[37] la norma no distingue entre daños materiales o corporales. Tampoco (a diferencia del derecho alemán) entre la limitación o exclusión de todo tipo de responsabilidad. De manera tal que no sólo se aplica en caso de que se excluya totalmente la responsabilidad, sino también en caso de restricción de la misma y no sólo en los supuestos de daños personales, sino también para el caso de daños materiales.  Aparte de los argumentos mencionados, tenemos también el tema de la ausencia de reparación integral del daño. Dicho principio, que tiene raigambre constitucional ex art. 17 de la CN, se vería resentido, si se aceptara la limitación parcial de la responsabilidad, aún cuando la misma fuera pactada en el contrato.  Por otro lado no vemos la necesidad de modificar el criterio vigente sobre el tema, sobre todo cuando el cliente tiene normalmente dificultades para acreditar todo el contenido de la caja y del otro lado el banco obtiene importantes beneficios con el servicio de cajas de seguridad, lo que posibilita que pueda asegurarse adecuadamente…”.  -**Schvartz, L.  en elDial.com - DC2085, publicado el 05/02/2016**: “... La admisión de este tipo de cláusulas en plexos contractuales predispuestos redactados por los sujetos del art. 1378 CCyC constituye una clara excepción a las reglas impuestas al resto de los empresarios dedicados a otras actividades. Más aun, cuando se compara la responsabilidad que se le impone al hotelero cuando recibe cosas de valor en sus propias cajas de seguridad y que carece de la especialización que ostenta el sujeto del art. 1378 CCyC, es palmario que al prestador del servicio de cajas de seguridad se le ha otorgado un privilegio inexplicable e injustificado, que traslada el riesgo empresario que debe caer en el prestador, hacia el usuario del servicio.  Una cláusula limitativa de la responsabilidad del prestador del servicio de cajas de seguridad, siempre importará desnaturalizar la obligación asumida por éste  En esos casos la obligación del prestador siempre es la custodia de los efectos introducidos por el usuario en la caja locada, ya sea que se exprese en los términos de limitación por los daños causados como lo admite el art. 1414 CCyC, como si se logra el mismo objetivo mediante el acotamiento del objeto contractual, es decir, el alquiler de un cofre para que el usuario guarde en él hasta un monto determinado. Nuestra jurisprudencia ha venido considerando abusiva las cláusulas limitativas de responsabilidad insertas en los contratos de caja de seguridad, por considerar la obligación asumida por el prestador como una obligación de resultado…”.  -**Tambussi**ya citado.    [13]**Artículo 10 CCyCN**: “Abuso del derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. **El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización”.**  Artículo 1118 CCyCN: “Control de incorporación. Las cláusulas incorporadas a un contrato de consumo pueden ser declaradas abusivas aun cuando sean negociadas individualmente o aprobadas expresamente por el consumidor”.  Artículo 1119 CCyCN: “Regla general. Sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes especiales, es abusiva la cláusula que, habiendo sido o no negociada individualmente, tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor”.  Artículo 988 CCyCN: “Cláusulas abusivas. En los contratos previstos en esta sección, se deben tener por no escritas: a) las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente; b) las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias; c) las que por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles”.    [14]Molle: “I ContrattiBancari”, en Cicu y Messineo: “Trattato di Diritto Civile e Commerciale” - 3ª ed. - Milano - 1978 - XXXV - Nos. 9, 10, 11 y 12 - T. I - pág. 679 y ss.    [15]“C., E. H. y otro c/Banco de la Nación Argentina s/daños y perjuicios” - CCrim. y Correc. Fed. - Sala I - 5/5/2015, comentario al fallo por Nydia Zingman de Domínguez, publicado en 7/10/2015 en El Dial (elDial.com - DC1FF6)    [16]Zingman de Domínguez, Nydia: “El contrato de caja de seguridad bancaria y la nueva legislación” - Microjuris - 14/10/2015, cita: MJ-DOC-7445-AR/MJD7445    [17] CNCom, Sala D, D. P. M. C. c/Banco de la Provincia de Buenos Aires, Expte 28.681/11.  CNCom, Sala E, M. L. G c/Banco de la Provincia de Buenos Aires, Expte 27.841/11.    [18]Expte 25936/2011 -P.H.E. c/Banco de Galicia y Buenos Aires SA s/ daños y perjuicios - CNCiv, Sala K, 18/8/2017, publicado en El Dial  AAA31F    [19]CNCom, Sala D, D. P. M. C. c/Banco de la Provincia de Buenos Aires, Expte 28.681/11.  CNCom, Sala E, M. L. G c/Banco de la Provincia de Buenos Aires, Expte 27.841/11.    [20]Art. 43 de la CN:«Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y  garantías reconocidas por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los  requisitos y formas de su organización.  Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística...». |
|  |

**Citar:**elDial.com - DC2449   
  
Publicado el 17/11/2017   
  
Copyright 2017 - elDial.com - editorial albrematica - Tucumán 1440 (1050) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina