En Buenos Aires, a los diez días del mes de agosto de dos mil diecisiete, reunidos los Señores Jueces de Cámara en la Sala de Acuerdos fueron traídos para conocer los autos “FONTEVECCHIA ALBERTO GUIDO Y OTRO C/PROSEGUR SA Y OTRO S/ORDINARIO”, Expediente N° COM 3963/2010, en los que al practicarse la desinsaculación que ordena el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación resultó que la votación debía tener lugar en el siguiente orden de vocalías: N° 18, 17 y 16.

Intervienen solo los doctores Rafael F. Barreiro y Alejandra N. Tevez por encontrarse vacante la Vocalía N°17.

Estudiados los autos la Cámara plantea la siguiente cuestión a resolver:

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada de fs. 592/600?

El Sr. Juez de Cámara Dr. Rafael F. Barreiro dice:

I. Los hechos

1. Los Sres. ALBERTO GUIDO FONTEVECCHIA y NELVA ELVIRA BALBINA LOPEZ DE FONTEVECCHIA promovieron demanda por reparación de daños y perjuicios y daño moral contra Prosegur SA y cualquier tercero que resulte civilmente responsable por la suma de $ 499.616,97 o lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse.

Explicaron que habitaban en el departamento sito en Av. Callao 1316 piso 15 Unidad A que cuenta con el servicio de vigilancia nocturna a cargo de la demandada.

Contaron que el día sábado 17 de enero de 2009 alrededor de las 21 hs. ingresaron al edificio dos sujetos llevando un par de valijas cada uno -supuestamente autorizados por vía telefónica por la ocupante de un departamento del 9° piso que se encontraba en proceso de amoblamiento- que permanecieron en el predio durante aproximadamente 4 hs.Destacaron lo inusual de la conversación -luego negada por la vecina-, la rareza del momento en que se hacía el traslado y la falta de precaución del vigilador que no habiendo recibido orden directa del propietario omitió identificar a los visitantes.

Apuntaron que la entrada utilizada era la única que carecía de servicio de filmación.

Dijeron que durante el tiempo que permanecieron en el inmueble se alzaron con valiosos objetos de los departamentos 15° A -de su propiedad-; 9° -donde presumiblemente se estaba instalando quien autorizó el ingreso de los maleantes- y 15° B -donde quedaron las herramientas utilizadas para perpetrar el robo.

Contaron que dos vecinos reclamaron al vigilador por los fuertes ruidos y solicitaron que se llame a la policía o se investigue el origen de los mismos, pero que el sujeto se limitó a decir que no oyó ningún ruido y que no podía abandonar su puesto.

Sostuvieron que el vecino Isella informó al empleado de Prosegur la existencia de luz proveniente del departamento del 15° “A” pese a encontrarse de vacaciones sus propietarios , y lo instó a llamar a la policía bajo amenaza de hacerlo él personalmente -momento en que había dado aviso a los asaltantes-.

Adujeron que tras la insistencia del Sr. Isella, el vigilador llamó a la seccional n° 17 que se apersonaron rápidamente en el edificio, sin embargo los asaltantes ya se habían retirado.

Informaron que, durante el tiempo que duró el robo, un automóvil ocupado -destinado al escape de los ladrones- permaneció en la puerta del edificio sin que ello llamara la atención del empleado de Prosegur.

Destacaron la comodidad con que operaron los delincuentes que llegaron a tomar una cerveza en la cocina del departamento de su propiedad.

Explicaron que existen dos puertas en el edificio y que solo aquella ubicada junto a las cocheras contaba con video cámaras.Consideraron que conociendo esta situación, el proveedor y sus empleados debieron extremar los cuidados para evitar problemas en el edificio.

Plantearon dos posibles escenarios de negligencia de los empleados de Prosegur por la cual tenía que responder en los términos del art. 1113 CCiv., esto es: por la negligencia del vigilador al no comunicar la novedad a sus superiores; o por la omisión de los supervisores o jefes ante el aviso del guardia.

Indicaron que a los pocos días del hecho se inició causa penal con motivo de la denuncia hecha por los vecinos. Asimismo apuntaron que el guardia de referencia había renunciado a su trabajo después de ocurridos los hechos.

Enumeraron los objetos sustraídos y efectuaron una valuación aproximada de los mismos.

Contaron que la demandada encargó al Estudio Monserrat la justipreciación de los valores hurtados para proceder a la realización de una propuesta a los damnificados.

Sostuvieron que en el informe elevado por los tasadores se reconocía solamente la mitad de lo sustraído -esto es la suma de $ 216.000 con mas $ 42.000 en daños causados a la empleada doméstica de los demandantes-, y lo hacía considerando bajos valores para el dólar y el oro.

Reprocharon que las ofertas realizadas por Prosegur con el fin de evitar la instancia judicial se alejaron de la tasación hecha por el Estudio Monserrat, y dijeron que como consecuencia de ello remitieron CD intimando a la demandada a resarcir el daño ocasionado.

Solicitaron la indemnización de los siguientes rubros:

a) Daño emergente: por la totalidad de los elementos enumerados como robados en el Capítulo II, punto 2.

b) Daño moral:por el 12% del daño material ocasionado -esto es $ 48.350 para cada uno, como consecuencia de los padecicmientos psíquicos y anímicos que sufrieron como víctimas del ilícito; y

Fundamentó la responsabilidad de la demandada tanto en la culpa “in vigilando” -por incumplimiento del contrato firmado con el Consorcio de copropietarios- como en la violación al deber de seguridad en el marco de la Ley de Defensa del Consumidor.

Ante este último supuesto solicitaron que se condene en forma excluyente: o al pago de la indemnización por daños patrimoniales o a un daño idéntico pero en concepto de multa civil (art. 52 bis LDC).

Fundaron este proceder en lo dificultoso que resultaba para su parte acreditar la extensión del daño padecido.

Requirieron la citación en garantía de Zurich Argentina -compañía aseguradora de la demandada-.

Ofrecieron prueba.

2. A fs. 87/89 se presentaron nuevamente los actores ampliando fundamentos y ofreciendo nuevos medios de prueba.

3. Prosegur SA se presentó a fs. 108/124 y contestó demanda solicitando su íntegro rechazo con costas.

En cumplimiento del imperativo procesal, negó genérica y particularmente los hechos relatados por la actora en el líbelo de inicio.

Explicó que Prosegur SA tenía por objeto únicamente la provisión de servicios de personal de vigilancia y que era parte integrante del Grupo Prosegur formado por diversas firmas destinadas a proveer servicios de seguridad en distintas áreas.

Adujo que correspondía a los actores acreditar que los servicios prestados fueron deficientes, así como también sus restantes afirmaciones.

Reconoció que los Sres. Fontevecchia fueron clientes a través del Consorcio de Propietarios de la calle Callao 1316, quien contrató el servicio de un vigilador 24 horas -prestado en dos turnos de 12 hs: 07 a 19hs y 19 a 07hs.- para cubrir la entrada principal y el hall desde un puesto fijo donde también podían controlar las cámaras que captaban el acceso a las cocheras y la puerta de servicio.

Aclaró que sus empleados contaban con dos aparatos telefónicos:uno con una línea interna para comunicaciones directas con los copropietarios y otra que permitía las llamadas externas al edificio -usada para recibir llamadas de los copropietarios-. Asimismo, tenían -según dijo- un aparato móvil con sistema de Handy que les permitía ponerse en contacto con sus superiores y un pulsador de pánico inalámbrico para dar aviso a las fuerzas de seguridad, servicio de ambulancias o bomberos de cualquier situación anómala.

Informó que los vigiladores no estaban autorizados para moverse de su puesto de control, por lo que, ante un hecho delictivo su tarea consistía en dar aviso a sus superiores y a las fuerzas de seguridad.

Contó que entre la noche del sábado 17 y la madrugada del domingo 18 del mes de enero de 2009 se encontraba de turno el Sr. Roque Alfredo Domínguez quien se encontró con que terceros extraños al edificio habían ingresado a algunos departamentos y sustraído bienes de valor de los mismos.

Sostuvo que -según los dichos del vigilador- cerca de las 20:30 hs del día 17 recibió una llamada telefónica a la línea externa de la copropietaria de la unidad 9° “A”, quien autorizó el ingreso de dos hombres a su departamento con las llaves correspondientes, los cuales arribaron a eso de las 21:30 hs. con llaves de la puerta principal de entrada informando que se dirigían a esa unidad.

Relató que a eso de la 01:30 hs. de la madrugada del día 18 el copropietario del 12° B se comunicó por la línea interna para avisar que escucha ciertos ruidos provenientes de los pisos superiores, por lo que el empleado se dirigió al patio interno -donde no escucho ningún ruido- y procedió a pulsar los porteros de los departamentos del 15 A y 15 B.

Indicó que ante la falta de respuesta, el Sr.Domínguez se quedó en su puesto a la espera de novedades, y que tras un rato de espera los sujetos descendieron nuevamente con las valijas ingresadas y se retiraron en un automóvil que los pasó a buscar.

Dijo que fue en dicha oportunidad que el vigilador sospechó de un hecho ilícito y se dirigió al 9° A, donde encontró la puerta del palier principal entreabierta y el interior del departamento revuelto. A continuación, recordando los dichos del vecino, subió por el ascensor de servicio hasta el piso 15 donde observó que la puerta secundaria del departamento “A” también había sido violentada.

Sostuvo que bajó al hall de entrada de inmediato y procedió a dar aviso a la policía, para luego informar a sus superiores -cerca de las 03:00 hs-.

Afirmó haber cumplido con todas las medidas de seguridad contratadas en tanto: el acceso de los delincuentes fue mediante la apertura de la puerta principal con su correspondiente llave; y la autorización telefónica por los copropietarios era un medio habitual para informar al vigilador sobre el ingreso de terceros ajenos al edificio.

Destacó que no existió jamás reclamo alguno por el servicio desempeñado ni quejas por el obrar del vigilador -quien prestaba servicios en ese inmueble desde hacía tiempo-.

Planteó que el robo se perpetró con una inteligencia propia de los delincuentes, quienes contaban con datos precisos para su operativo, y que la infinidad de personas que ingresan al edificio en forma diaria tornaban imposible la determinación de los verdaderos responsables del ilícito.

Enfatizó que su tarea consistía en un servicio de vigilancia y no implicaba asegurar a los clientes que no vayan a ser pasibles de ningún hecho delictivo.Transcribió el contenido de la cláusula tercera del contrato que ligaba a las partes y planteó que de lo contrario se estaría cumpliendo el rol de una compañía aseguradora.

Citó jurisprudencia y doctrina referida a las obligaciones de medios y resultados y dedujo que no cabía responsabilidad alguna por el reclamo de marras en tanto no hubo falla alguna en el servicio de vigilancia.

Planteó que no correspondía indemnización alguna en tanto se traba de un caso enmarcado dentro de la responsabilidad contractual donde no había recaído condena criminal firme que determine responsabilidad penal en el hecho de robo sufrido.

Insistió en la inexistencia de incumplimiento de su parte y postuló la improcedencia del reclamo por daño punitivo.

Impugnó las liquidaciones y estimaciones efectuadas por los actores por excesivas y carentes de sustento.

Ofreció prueba.

4. A fs. 146 se presentó Zurich Argentina Compañía de Seguros SA y contestó su citación en garantía.

Reconoció la existencia de un contrato de seguro de responsabilidad civil vigente a la época del siniestro, instrumentado mediante póliza n° 17-25498 y cuyo límite de cobertura era U$S 1.404.280 con un deducible general al asegurado de U$S 84.257, por lo que admitió su citación en garantía con dichos límites.

Adhirió de todo a la contestación de demanda hecha por su asegurado.

Finalmente, solicitó la oportuna aplicación de las Leyes 24.432, 25.561, 24.283 y del Decreto n° 1813/92.

II. La sentencia de primera instancia

La magistrada de grado resolvió a fs. 592/600 hacer lugar a la demanda promovida por los Sres. Fontevecchia y López de Fontevecchia contra Prosegur SA por la suma de $ 250.013 y U$S 15.300 con más sus intereses.

Para así decidir, la Juez estimó que: a) era atribuible responsabilidad objetiva a la demandada en virtud de lo previsto en el CCiv.1113; b) fue indiciariamente acreditada la preexistencia de los bienes denunciados en calidad de faltantes por lo que la demanda prosperaría teniendo en consideración los valores propuestos por el banco tasador; c) el reclamo por dinero en efectivo sería desestimado por no existir dato alguno sobre su preexistencia; d) correspondía hacer lugar al daño moral por la suma de $ 30.000 para cada uno de los actores; e) era admisible el reclamo por $ 7000 para limpieza y reparación en tanto era evidente que “tuvieron que ser realizados”; y f) las sumas otorgadas devengarían intereses a la tasa que utiliza el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento a treinta días.

Las costas fueron impuestas a la demandada vencida.

Aclaró, asimismo, que la citada en garantía debía responder en la medida del contrato.

III. Los recursos

1. Los actores apelaron a fs. 603 el decisorio. Expresaron agravios a fs. 621/624 que merecieron contestación de la contraparte a fs. 641/644.

Sus quejas se centraron en los montos otorgados por los distintos rubros -daño emergente, joyas de oro varias y daño moral- en tanto no contemplaban una reparación plena y conllevaban a un fallo arbitrario que no reparaba la pérdida patrimonial padecida; y en el rechazo del dinero en efectivo reclamado.

2. La citada en garantía también interpuso recurso de alzada contra la sentencia de fs. 592/600. Su incontestado memorial luce a fs. 627/631.

Sus reproches se limitaron a las “excesivas” sumas por las cuales progresó el resarcimiento; a la procedencia de los rubros “daño moral” y “gastos de reparación y limpieza; y a la tasa de interés fijada por la a quo.

3. Finalmente, Prosegur SA fundó a fs. 633/639 el recurso interpuesto a fs. 613/614. El traslado fue contestado por los actores a fs.646/650.

Adujo que se había acreditado fehacientemente el cabal cumplimiento de las obligaciones asumidas, lo cual tornaba improcedente el deber de responder por el hecho del dependiente.

Asimismo, sostuvo que la juez omitió las condiciones del servicio de vigilancia que implicaban que el encargado de seguridad no había incurrido en violación de sus deberes en tanto no podía moverse de su puesto de control.

Se quejó por los montos de resarcimiento fijados en tanto, consideró, no habían sido debidamente acreditados.

IV. La solución

1. El orden lógico de prelación impone atender con carácter prioritario los agravios introducidos por la parte demandada, en tanto cuestionan la responsabilidad que le fue adjudicada en el decisorio de grado.

No existe discusión en torno a la existencia del contrato que vinculó al Consorcio -y sus integrantes- con la demandada, ni tampoco sobre las condiciones del servicio vigentes.

Recuérdese aquí que la a quo decidió hacer lugar a la acción instaurada y condenar a Prosegur SA en el marco del art. 1113 CCiv. fundándose en la condena recaída al Sr. Domínguez -vigilador de turno- en sede penal como autor del delito de robo con efracción.

La apelante postuló que había cumplido acabadamente con las obligaciones a su cargo conforme las condiciones de contratación del servicio, dado que el ingreso de los delincuentes había sido mediante el uso de una llave y con previa autorización telefónica por los propietarios de la unidad del piso 9° “A”.

2. Prosegur SA calificó la obligación asumida como una obligación de medios que consistía en el servicio de seguridad y vigilancia -a prestarse con personal propio- (v. clausulas 1 y 2).

Como es sabido, en las obligaciones de medios, a diferencia de las obligaciones de resultado en las que el deudor se compromete al cumplimiento de un determinado objetivo, el deudor sólo se compromete a una actividad diligente, que tiende al logro de cierto resultado esperado, pero sin asegurar que éste se produzca (Conf.Alterini, Atilio A., Ameal Oscar J., López Cabana Roberto M., Derecho de las obligaciones civiles y comerciales, Ed. Abeledo Perrot, 2001, p. 510/511). Esto se debe a que las prestaciones objeto de dichas obligaciones encierran un alto margen de aleatoriedad.

Al encontrarnos ante una obligación de medios, el mero hecho de la no obtención del resultado esperado, pero no prometido, no traerá aparejada necesariamente la responsabilidad. Corresponderá entonces a quien pretenda la reparación, la prueba de que el profesional no se condujo con la adecuada mesura, diligencia o, si se prefiere, que existió un comportamiento defectuoso de su parte (Conf. CCiv, Sala K, 25.02.1998 “Mirta Susana c/ T.I.M. S.A. y otros s/ sumario”; esta Sala, “Piollava SRL c/Medialink SA s/ordinario”, del 24/06/2010).

No resulta exigible al acreedor la prueba de la culpa, ya que en realidad todo su esfuerzo está dirigido a acreditar el incumplimiento material en que ha incurrido el deudor, es decir que no actuó con la diligencia y prudencia que las circunstancias requerían, y éste siempre podrá exculparse demostrando que ese incumplimiento se debió a una situación de caso fortuito o fuerza mayor, eximente que por cierto excluye su culpabilidad (De la Fuente, Horacio H., “Obligaciones de medio y de resultado. Lo positivo y lo negativo de la clasificación”, LA LEY 1980-A, 712-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo I, 1103-0bligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales Tomo I, 671; esta Sala, en “Olszaniecki Laura Aida y otro c/ PROSEGUR SA s/ ordinario” , del 02.11.10).

3. Así las cosas, resulta aplicable el principio de la responsabilidad contractual que establece que el deudor podrá eximirse de la obligación de reparar los daños y perjuicios probando que la inejecución obedece a un caso fortuito o fuerza mayor (v. Guillermo A. Borda, “Tratado de Derecho Civil. Obligaciones”, págs. 115, Ed. La Ley, 2008).

En sintonía con las previsiones legales referidas, la cláusula tercera – punto 1. del contrato establecía que:”la prestación del SERVICIO por parte de PROSEGUR no asegura al CLIENTE contra la tentativa o la comisión de actos delictivos o dañosos por lo que PROSEGUR no será responsable por los daños y perjuicios, pérdidas o quebrantos, que fueran originadas por causas ajenas a sus propios actos o a los de sus dependientes o cosas bajo su control, no debiendo responder en consecuencia por los hechos dañosos de terceros provenientes de hurto, robo, asalto a mano armada, incendio y en general por cualquier otro hecho derivado de caso fortuito o fuerza mayor”.

Ahora bien, el hecho de terceros puede constituir fuerza mayor pero sólo a condición de que reúna los caracteres de imprevisibilidad e inevitabilidad, no haya culpa del contratante que lo invoca y no se trate del hecho de un tercero del cual se tenga el deber de responder (v. op. cit. Guillermo A. Borda, pág. 122 vta.) como aquí ocurre. Según el art. 1113; el principal responde por los daños ocasionados por las personas que están bajo su dependencia. (Guillermo A. Borda, Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, 9§ edición, La Ley, Bs. As., 2008. T. II, págs. 287).

En lo que aquí interesa, la cláusula 2° del contrato dejaba aclarado que “PROSEGUR prestará el SERVICIO al CLIENTE con personal propio (.) El personal desempeñará las tareas a su cargo bajo la dirección y control exclusivo de PROSEGUR” (v. fs. 93).

4. Si bien mucho se ha dicho y discutido en relación al concepto de dependiente y a la relación que debe existir entre las tareas encomendadas y el hecho, ninguna duda existe de la calidad de dependiente de Prosegur revestida por el Sr.Domínguez -hecho reconocido expresamente por la de mandada-, ni de la íntima relación existente entre la función desempeñada -guardia de seguridad- y el obrar dañoso -robo en las unidades funcionales-.

De una lectura armónica del contrato se desprende que la obligación de la accionada era disponer de todos los medios idóneos para dar seguridad y evitar la comisión de un hecho ilícito en perjuicio de los copropietarios, mas ello no fue cumplido por haber sido su propio empleado quien “entregó” a los actores y a los demás vecinos.

En este sentido, cabe recordar que existe contra el Sr. Domínguez condena firme en causa penal. Fueron los propios magistrados de la Cámara Nacional de Casación Penal quienes consideraron que existían evidencias suficientes para “. tener por acreditada con el grado de certeza requerido para un pronunciamiento condenatorio, la materialidad del hecho y la participación que en él tuvo el imputado” (v. fs. 573/579). La decisión de la Cámara transcribió los argumentos expuestos por los jueces del TOC n° 9 donde se analizaron en forma pormenorizada los medios de prueba producidos, a saber: multiplicidad de testimonios, informe a la compañía telefónica, acta policial de fs. 14/15 y la credencial reservada (v. fs. 496/512) y se concluyó la culpabilidad del imputado.

Como es sabido, de acuerdo al art. 1102 CCiv. la sentencia condenatoria dictada en sede penal “hace cosa juzgada respecto de dos cuestiones esenciales: a) la existencia del hecho principal que constituye el delito; lo que significa que si el juez penal ha considerado probado el robo, el daño a la persona o su propiedad, etcétera, este hecho no puede luego discutirse en sede civil; igualmente ocurre con la verificación de las circunstancias referentes al hecho principal, como lugar y tiempo en que se produjo, etcétera; b) la culpa del condenado; por consiguiente, no podrá ya alegarse en lo civil la falta de culpa” (Borda, Guillermo A. Tratado de derecho civil: Obligaciones, 9° Ed., T. II, p. 481/2, La Ley, Bs.As., 2008).

Sin perjuicio de ello, cabe también destacar que aún de la falsa versión dada por el guardia de seguridad se desprende el incumplimiento de los protocolos de seguridad ya que el vigilador admitió haber abandonado el puesto de control y haberse dirigido tanto al patio interno del edificio como a los departamentos -cuestión que se encontraría vedada según las manifestaciones de Prosegur- (v. fs. 218/223 de la causa penal y fs. 112vta. y 633vta.); al mismo tiempo que omitió llamar a sus superiores y pulsar el botón de pánico concedido en forma inmediata tras la denuncia del Sr. Isella.

5. En estas condiciones, la condena a Prosegur no importa -como pretendió alegar- la imposición de obligaciones típicas de una aseguradora, sino responsabilizarla en forma objetiva por los hechos del dependiente en el marco de la previsión del CCiv. 1113 y de la claúsula 3° del contrato.

Habiéndose probado la relación de dependencia, la antijuridicidad del hecho, la existencia de un factor de atribución con relación al dependiente, el daño provocado a un tercero y el nexo entre las funciones del dependiente y el hecho dañoso, el principal deberá responder por el hecho de su dependiente (conf. art. 1113 del Código Civil), acarreando todas las consecuencias jurídicas en el ámbito de la responsabilidad civil, que la conducta reprochable del empleado implica (CNCiv., Sala L, “Alvarez Rodriguez Luis y otro c/Vuelta de Rocha SA s/sumario” del 18/06/1991).

Es que la condena criminal del autor del hecho no sólo hace cosa juzgada respecto de él, sino también respecto de los terceros que responden por él, en virtud de lo dispuesto en el art. 1113 (Borda, Guillermo A. Tratado de derecho civil: Obligaciones, 9° Ed., T. II, p. 482, La Ley, Bs. As., 2008).Consecuentemente, el agravio de la demandada ha de ser desestimado.

6.Procederé a evaluar en esta etapa las restantes quejas vertidas por las partes y la tercera citada en relación a la cuantificación de los daños y su procedencia.

Recuérdese que la demandada se alzó contra el monto fijado en la sentencia para el resarcimiento de los daños patrimoniales, el daño moral y los gastos de reparación y limpieza. Sobre los daños patrimoniales adujo que no habían sido acreditados debidamente en autos. Por otro lado, consideró desproporcionada la suma concedida en concepto de daño moral y sostuvo que no habiendo existido un obrar doloso el rubro resultaba improcedente.

Por su parte la citada en garantía se quejó por las sumas concedidas en concepto de daño patrimonial y por la procedencia y el monto de las indemnizaciones por daño moral y gastos de reparación y limpieza.

La parte actora se alzó contra las indemnizaciones concedidas en tanto no importaban una reparación plena del perjuicio sufrido. Cuestionó el fallo por haber mantenido idéntica tasación a la establecida en el año 2011, y haberse apartado del valor en moneda extranjera de los bienes sustraídos.

Afirmó que se trataba de una deuda de valor. Advirtió que la tasación de las libras esterlinas de oro eran a la fecha de la pericia con un dólar a $ 4, muy por debajo de los valores actuales. Tachó de injusta la resolución de grado en tanto congeló la valuación de los bienes y, de ese modo, puso a su cargo las consecuencias económicas derivadas del proceso inflacionario del país en beneficio de la demandada.

Destacó que de convertir los valores dados por el perito tasador al dólar vigente en su momento, las sumas resultaban ser similares a las reclamadas en el inicio de demanda.Criticó las sumas concedidas por el rubro “joyas de oro varias” ya que no sólo era inferior a los montos mínimos fijados en la tasación, sino que además omitía que el oro incrementó su valuación ostensiblemente -de 300 y 700 pesos-.

Solicitó se revoque la sentencia en tanto desestimó el reclamo por dinero en efectivo. Indicó que eran sumas acordes al nivel de vida de los actores y que solicitar una prueba inequívoca de la preexistencia del dinero importaba una carga de cumplimiento imposible.

Calificó de exiguo el monto concedido en concepto de daño moral en virtud de la vulneración a la intimidad sufrida y por el valor sentimental que tenían los bienes robados.

7. a) En primer término habré de examinar las críticas de las demandadas relacionadas, en sustancia, con el modo en que la magistrada ponderó la prueba rendida en la causa y admitió el reclamo por daño patrimonial. Creo conveniente transcribir aquí -aún cuando lo fuere parcialmente- el voto del distinguido y recordado doctor Juan Manuel Ojea Quintana en la causa caratulada “Maero Suparo Hernán Diego y otro, c/ Banco Frances s/ ordinario” , del 28.8.2012, en tanto, si bien remite a un contrato distinto del presente -se trataba del robo a una caja de seguridad-, las consideraciones allí realizadas guardan íntima vinculación con la temática planteada en el presente en tanto la dificultad probatoria resulta ser idéntica en ambos casos.

Con estas aclaraciones, recuérdese que en aquella oportunidad se manifestó que: Ha destacado la doctrina y la jurisprudencia 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 (Rivera Medina, “Responsabilidad del banco nacida del contrato de caja de seguridad”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Nro. 18, pág.55).

Ello no importa liberar a la parte actora de la carga de la prueba que deberá versar sobre la preexistencia de los objetos, que el desarrollo de los acontecimientos y el nivel socio económico de la actora justifique su permanencia en su poder y la razonabilidad de que los mismos hayan sido guardados en la misma (art. 377 CPCC).

De modo 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 (art. 386 Cpr.; cfr. Eduardo A. Barbier, “La prueba del contenido en las cajas de seguridad. Nota a fallo” publicado en JA, 1997- III, Pág. 164).

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 (CNCom., Sala B, in re: “Sucarrat Gustavo c/ Banco de Galicia y Buenos Aires S.A.”, del 26/3/1993; id., in re: “Quiquisola Roberto c/ Banco Mercantil Argentino S.A. s/ ordinario” , del 04/10/1996; Sala A, in re: “Aramendi de Pittaluga María c/ Banco Mercantil Argentino S.A.”, del 13/12/1996; Sala C, in re, “Rodo Jorge c/ Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. s/ ordinario” , del 25/8/1997; íd., in re: “García Nora Edith c/ Banco de Galicia y Buenos Aires SA” del 4/7/2008; Sala D, in re: “Szulik Héctor y otro c/ Banco Mercantil SA” , del 13/9/2000; entre mucho otros).

Por ello, sin perjuicio de aceptar cualquier medio de prueba (conf.Proyecto de Código Civil unificado de 1998, art. 1302), cabe inclinarse por la admisibilidad y la particular eficacia que adquiere en estos casos la prueba presuncional a la que alude el art. 163 inc. 5° del Cód. Procesal (CNCom., Sala A, in re: “Grinberg de Ekboir, Julia y otros c/ Banco Mercantil Argentino S.A.” del 6/8/2002). Es decir que, habida cuenta que la prueba directa aparece como extremadamente dificultosa o casi imposible, adquieren pleno valor las presunciones como medio expresamente admitido por la ley (CNCom., Sala C, in re, “Rodo Jorge c/ Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. s/ ordinario”, del 25/8/1997; íd., in re: “García Nora Edith c/ Banco de Galicia y Buenos Aires S .A.” del 4/7/2008); mas dichas presunciones deberán ser graves, concordantes y precisas (CNCom., Sala E, in re: “Paternostro Mario c/ Banco Mercantil” , del 30/4/1998).

En esta directriz puede señalarse también que la doctrina realiza una distinción entre el indicio y la presunción, siendo el primero todo rastro, vestigio o huella y, en general todo hecho conocido o mejor dicho, debidamente comprobado, susceptible de ser llevado por vía de inferencia al conocimiento de otro hecho desconocido; por su parte, la presunción es un medio de convicción consistente en recoger o interpretar una serie de hechos, hitos o 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 que establecen las secuencias razonadas y ligadas inescindiblemente (cfr. Eduardo A. Barbier, “El contrato de caja de seguridad y las cláusulas exonerativas”, publicado en LL 1994-E, pág. 1302).

Finalmente cabe adherir a todo ello, que quienes han contado con la caja de seguridad durante largos años, la tienen para conservar valores, de modo que es inevitable considerar que se parte, para efectuar un análisis, de la razonabilidad de la existencia de bienes en la caja (CNCom., Sala A, in re:”Toscano Carmen c/ Banco Mercantil Argentino SA” , del 12/4/1999).

Así las cosas, los agravios de los demandados habrán de ser desestimados.

b) Desde dicha perspectiva conceptual corresponde evaluar las quejas vertidas por la accionante.

Considero que asiste razón a los Sres. Fontevecchia en tanto el modo en que se fijó la indemnización impide la plena reparación del daño sufrido.

Existen en la causa diversos indicios que me convencen de la preexistencia de todos y cada uno de los elementos enumerados en el escrito de inicio.

En primer término se observa que los actores -tras el reclamo al Estudio Monserrat- acompañaron los certificados y facturas de compra de algunos de los bienes de valor denunciados -los relojes marca Rolex y Omega y los anillos con brillantes (v. fs. 394)-.

Por otro lado los bienes enumerados -en su cantidad y calidad- resultarían acordes al nivel de vida de los demandantes, que puede presumirse en base a: el trabajo desarrollado por el Sr. Fontevecchia, la ubicación y el tamaño del inmueble de su propiedad, la titularidad de los bienes cuyos certificados se acompañaron, las fotografías anejadas al inicio de las actuaciones, entre otros. Obsérvese aquí que su enumeración guarda cierta similitud con aquellos denunciados como faltantes por sus vecinos en la causa penal (v. fs. 500vta. y 501 de la causa penal).

Asimismo, la presunción encuentra refuerzo en la existencia de la caja de seguridad dentro de la vivienda de los actores que fue violentada por los delincuentes. Es que no puede válidamente postularse que una caja de semejantes dimensiones -1,50mts. por 60 cm según informe de fs. 84/85 y fotografías de fs.89 del expediente traído AEV- se encontraba vacía de todo contenido.

En estas condiciones, en tanto no existe motivo para apartarme de lo pedido por el actor, estimo que el reclamo debe prosperar por la totalidad de los bienes enumerados en el escrito de inicio, inclusive por el dinero en efectivo.

c) Corresponde evaluar a continuación la queja del actor relativa a la forma de estimación de ciertos bienes por haberse practicado en pesos y a valores de 2011.

Debo aclarar aquí que nada cabe decir respecto de la condena hecha en dólares estadounidenses en tanto no ha sido objetada por el accionante ni por la citada en garantía quien únicamente se quejó de los montos concedidos en “los casos en que de las probanzas de autos no surja siquiera el quantum indemnizatorio”, lo que no ocurre en este caso. Tampoco deberá hacerse un análisis de los conceptos contenidos en el aparatado b de la demanda (juegos de cubiertos y manteles), siendo que no hace la parte actora mención alguna de estos elementos y las sumas reclamadas en pesos ($ 35.500) fueron similares a los valores informados en la tasación (cuyo total asciende a $ 29.800).

Recuérdese, entonces, que la magistrada de grado concedió por los restantes objetos y joyas de oro los montos fijados en la tasación del Banco Ciudad -en caso de valuación mínima y máxima se inclinó por la mínima sugerida-, en tanto consideró que no existían pruebas para apartarse de dicho peritaje (v. fs. 330/332, 325/326, 402/403, 405/406 y 421/422).

Si bien no encuentro motivo para apartarme de los montos informados por el tasador para los bienes del apartado c) enumerados por la magistrada bajo los puntos 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 19, 20, 21, 22 y 23 (v. fs. 70vta./71 y 597/598), disiento en la imposición de una condena en pesos.

Véase que:a) el reclamo del actor fue realizado en dólares estadounidenses para mantener la integridad de los valores; b) al momento de solicitar la pericia la accionante requirió que se establezcan los valores en dólares de los objetos sustraídos; c) el perito tasador únicamente aportó las cotizaciones en pesos a valores de mercado del año 2011; y que d) mantener la condena en pesos a valores de 2011 implicaría un grave menoscabo al patrimonio de los actores en razón del constante proceso inflacionario de nuestro país.

Por los motivos expuestos estimo que la condena deberá ser por el monto en dólares americanos equivalente a las sumas informadas por el Banco Ciudad ($ 116.313) convertidas al cambio oficial vigente a la fecha de la pericia.

A continuación, se agravió el accionante por las exiguas sumas concedidas para el apartado d) “joyas de oro varias”.

A diferencia de los puntos anteriores, la pericia practicada por el Banco manifestó la imposibilidad de aportar una tasación concreta por carecer de detalles sobre las piezas robadas y se limitó a informar -tras reiterados pedidos de la parte- los valores mínimos y máximos de ese tipo de objetos. Sin perjuicio de la imprecisión de la prueba, puede observarse que las sumas denunciadas por el actor se encontrarían comprendidas dentro de los límites fijados por el Banco. En estas condiciones, no teniendo elementos para inclinarme en favor de una valuación determinada -sea el mínimo, el máximo o un valor intermedio-, y teniendo en cuenta la gran diferencia existente entre el precio máximo y mínimo para algunos de los objetos, considero que debe hacerse lugar al reclamo del accionante y ha de estarse a lo solicitado al momento de promover demanda, esto es: U$S 17.225,80.

d) La totalidad de los rubros enumerados devengarán intereses desde la fecha del hecho ilícito y hasta el efectivo pago.En punto a la tasa aplicable deben hacerse las siguientes distinciones:

i) los réditos por aquellos conceptos cuya condena fue determinada en pesos (dinero en efectivo por $ 8.000 y apartado b) sobre juegos de cubiertos y manteles) deberán liquidarse a la tasa activa que fija el Banco de la Nación para sus operaciones de descuento a 30 días (cfr. esta Sala, “Berrio, Gustavo Osvaldo y otro c/ La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A. s/ ordinario” , del 15.12.16; “Papa Raul Antonio c/ Smg Compañía Argentina de seguros S.A. s/ ordinario” , del 20.10.16; “Echeverria Dante c/ Provincia Seguros S.A. s/ ordinario”, del 27.10.16; “A.H. Llames y Cía S.A. y otro c/ RPB S.A. s/ Ordinario” del 12/5/16).

ii) por su parte, los rubros cuya condena fue fijada en dólares (dinero en efectivo por U$S 27.500 y ? 4.000, objetos varios del apartado c) y joyas de oro varias) corresponde aplicar una tasa del 7% anual, que ha sido considerada adecuada para las de deudas en dólares estadounidenses por la jurisprudencia del fuero atendiendo a las condiciones económicas actuales y el tipo de moneda que se trata.

8. a) La siguiente queja a evaluar es aquella hecha por la demandada y la citada en garantía por la admisión del daño moral y su cuantificación.

La aseguradora adujo que no existía un apego a los valores robados sino que se trataba de una mera reposición de elementos materiales y que el reclamo no debía prosperar en virtud de la excepcionalidad del instituto.

Prosegur criticó la admisión del rubro por inexistencia de un comportamiento doloso.

La víctima de un daño ocasionado por un dependiente, tiene dos acciones: una contra el propio autor del hecho ilícito, conforme con el principio sentado en el art. 1109; y otra contra el principal, conforme con el art.1113.

Nuestra jurisprudencia mantiene firmemente el principio de que, en materia de hechos ilícitos, la reparación debe ser integral. Si bien ello no implica hacer al autor del hecho ilícito -o en este caso a quien debe responder por él- de todas las consecuencias que de aquél puedan derivarse -aún las causales-, sí importa la carga de responder por aquellas secuelas que tengan, de acuerdo a la terminología utilizada por el Dr. Borda, una causación adecuada. Queda indudablemente comprendido aquí el daño a las cosas que incluye tanto el valor objetivo del bien por su pérdida total o deterioro, como el valor de afección, esto es, el valor que la cosa tiene para su dueño en razón de sentimientos personales. Este último resulta ser un supuesto de daño moral no patrimonial.

El código civil en su art. 1078 resulta tajante en este punto: la obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima.

Cabe aclarar aquí, que si bien el valor de afección constituye un supuesto de daño moral, éste no es el único caso en que procede el rubro, quedando también incluido, en este caso particular, la violación a la intimidad y a la privacidad.

Indudablemente el hecho ilícito perpetrado por el Sr. Domínguez y sus cómplices trajo aparejado un daño a los actores que debieron poner fin a sus vacaciones en un marco de vulneración e incertidumbre, encontrando el departamento y sus pertenencias revueltas, rotas, y desperdigadas.

En estas condiciones, si bien el valor de afección de los bienes robados no resulta de fácil ponderación y requiere, para algunos autores, una prueba “especial del goce que el bien originaba o de la intensidad de la afección” (v.gr. Mosset Iturraspe y Piedecasas, Responsabilidad por daños, T. V, p. 168, Ed.Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016), ninguna duda cabe que existió -con el ingreso de los delincuentes- una disrupción de gran magnitud a la intimidad de los actores, que les generó profundas afecciones en sus sentimientos.

Ahora bien, la cuantía de la indemnización, si bien se encuentra librada al arbitrio judicial, debe guardar una adecuada relación con la gravedad del perjuicio sufrido -extremo que no importa ligarla a la reparación del daño patrimonial por tratarse de rubros independientes-, a fin de evitar una reparación insatisfactoria o un enriquecimiento del damnificado.

En el marco contextual expuesto, teniendo en cuenta: a) la gravedad de los hechos ocurridos y sus características; b) los disgustos causados a los actores y referidos en párrafos anteriores; c) el particular rol que el dependiente de la demandada tuvo en la producción del hecho; d) la actitud asumida por la demandada quien no sólo pretendió conceder a los accionantes una indemnización simbólica a sus padecimientos, sino que además insistió -hasta después de dictada la sentencia condenatoria en sede penal- en la inexistencia de un obrar doloso; y e) en el tedioso y largo proceso judicial que debieron afrontar los accionantes para obtener la adecuada reparación de sus sufrimientos; considero que corresponde hacer lugar al reclamo de la parte actora y condenar a Prosegur SA al pago de $ 48.350 a cada uno de los Sres. Fontevecchia (conforme la previsión del cpr: 165).

De otro lado y teniendo en cuenta que conforme copiosa jurisprudencia del fuero los accesorios correspondientes a los rubros indemnizatorios deben liquidarse, como principio, desde el día en que se produjo cada perjuicio objeto de reparación, de conformidad con el criterio establecido en un legendario fallo plenario de la CNCiv, in re “Gómez, Esteban c/ Empresa Nac. de Transportes” (LL 92-667), teniendo en consideración las particulares circunstancias de cada caso (CNCom, Sala C, “Dante Marcela Claudia c/ Seguros Bernardino Rivadavia Coop. Ltda.s/ ordinario”, del 4/3/2008; esta Sala, 22.04.2010, “Farenga Juan Antonio y otro, c/ Banco Río de La Plata SA, s/ sumarísimo” ), procede ordenar el devengamiento de intereses sobre la indemnización fijada, a una tasa pura correlativa del 6% desde la mora fijada por la anterior sentenciante y que no fue materia de agravio y hasta la fecha de este pronunciamiento (tal como me he pronunciado con anterioridad, y en concordancia con los argumentos vertidos en el precedente “Quintana Milciades Flora c/Nosis Laboratorio de Investigación y Desarrollo SA s/ord.”, del 10/09/2013, véanse mis votos en autos “Rivolta Miguel Angel c/BBVA Banco Francés SA s/ord” del 31/09/2013, “Pliner, Marta Perla c/La Nueva Coop. De Seguros Ltda. s/ord.” del 05/06/2014, entre otros).

Mas, en caso de no abonarse la condena dentro de los 10 días de quedar firme la presente, corresponderá aplicar intereses a la tasa que cobra el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones comunes de descuento a treinta días (cfr. los argumentos expuestos en “Moreno Constantino Nicasio c/Aseguradora Federal Argentina SA s/ord.” del 01/08/2013).

9. Gastos de reparación y limpieza:

La citada en garantía impugnó la admisión del reclamo por no encontrarse acreditada la veracidad de las erogaciones.

Si bien es cierto que no se acompañaron a la causa las facturas o comprobantes que demuestren el monto exacto de los gastos realizados, coincido con la a quo en cuanto a la evidencia de su realización.

Las fotografías acompañadas al inicio de la demanda y las tomadas en la causa penal dan cuenta del estado en que los delincuentes dejaron el inmueble de los actores. De su mera observación se desprende la necesidad de las reparaciones y tareas de limpieza que debieron afrontar los actores.

De hecho, del acta labrada a fs. 1/2 de la causa penal y a fs.84/85 surge que la puerta del departamento 15 “A” se encontraba dañada, al igual que la caja fuerte, las guías de cierto cajón, las cerraduras de un mueble, entre otros.

Ergo, en tanto de las labores enumeradas por los actores en su escrito de inicio no se desprende que el monto solicitado sea exorbitante o abusivo, considero que el agravio debe ser rechazado.

10. Finalmente se quejó la aseguradora por la tasa de interés establecida por la anterior juzgadora. Invocó en sustento de su pretensión el fallo plenario Samudio de Martínez, y solicitó la aplicación de un tasa del 8% .

Habrá de rechazarse la impugnación formulada en tal sentido. Ello, toda vez que la doctrina plenaria citada por la aseguradora no ha sido dictada por este tribunal comercial sino por la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, circunstancia que basta para echar por tierra la argumentación recursiva de la demandada.

A mayor abundamiento, adviértase que la a quo no hizo más que dar cumplimiento con la doctrina emanada del fallo plenario dictado por la Excelentísima Cámara Comercial en autos: “Sociedad Anónima La Razón s. quiebra s. incidente de pago de profesionales (art. 288)” del 27.10.1994 (ED 160-205). Recuérdese en este sentido que la interpretación de la ley establecida en una sentencia plenaria es obligatoria para la misma cámara y para los jueces de primera instancia de dicho fuero, sin perjuicio de que los magistrados puedan dejar a salvo su opinión personal (arg. artículo 303 del Código de Procedimientos). Esa doctrina sólo podría modificarse por medio de una nueva sentencia plenaria, situación que no ha acontecido hasta la fecha del presente decisorio.

Cierto es que el art. 12 de la Ley N° 26.853 (B.O. 17/5/2013) derogó el artículo 303 CPCC.Mas, en tanto comparto los argumentos esbozados por el voto mayoritario en el fallo en cuestión, entiendo inoficioso ahondar sobre la operatividad de la referida reforma.

Por todo lo expuesto, también se rechaza este punto de la apelación de Zurich (esta Sala, 19.04.2011, “Battistin Angel Ricardo c/ El Comercio Compañía de Seguros a prima fija SA, s/ ordinario”).

V. Conclusión

Por todo lo expuesto, si mi voto fuera compartido por mi distinguida colega, propongo al Acuerdo: a) confirmar en lo principal que decide la sentencia de grado; b) rechazar las quejas de la demandada y la citada en garantía; c) admitir las quejas vertidas por los Sres. Fontevecchia con los alcances que surgen del presente decisorio; y d) imponer las costas de ambas instancias a la demandada vencida (arg. art. cpr. 68).

Así voto.

La Dra. Tevez agrega:

1. Comparto en líneas generales la solución propiciada por mi distinguido colega.

Solo estimo oportuno agregar en punto a la responsabilidad atribuida a la accionada, que la condena firme recaída en sede penal sobre su dependiente, el vigilador Domínguez -recuérdese que los jueces de la Cámara Nacional de Casación Penal hallaron evidencias para “.tener por acreditada con grado de certeza requerido para un pronunciamiento condenatorio, la materialidad del hecho y la participación que en él tuvo el imputado”; v. fs. 573/79- denota un incumplimiento que al mismo tiempo configura un delito criminal. Y es ello lo que habilita a juzgar esta acción de acuerdo a lo previsto en el art. 1107 del CCiv. bajo la órbita de la responsabilidad extracontractual.

De allí que, a los efectos de imputar responsabilidad a la defendida, deviene aplicable el art. 1113 del CCiv. (conf. art. Bueres-Higthon, “Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, T. 3 A., 2da. reimpresión, Ed. Hammurabi, Bs.As., 2007, p. 390 y ss).

2.Finalmente, en relación a la aplicación al sub lite de las presunciones para la prueba del daño desarrolladas para los supuestos de robo en caja de seguridad, las particularísimas circunstancias acaecidas en el proceso -y el hecho de que los actores tuvieran una en su inmueble- me inclinan a decidir en el mismo sentido que mi distinguido colega.

3. Con tales aclaraciones, adhiero al voto del Dr. Barreiro.

Con lo que terminó este Acuerdo que firmaron los señores Jueces de Cámara doctores:

Alejandra N. Tevez

María Florencia Estevarena

Secretaria

Buenos Aires, 10 de agosto de 2017.

Y Vistos:

I. Por los fundamentos expresados en el Acuerdo que antecede, se resuelve: a) confirmar en lo principal que decide la sentencia de grado; b) rechazar las quejas de la demandada y la citada en garantía; c) admitir las quejas vertidas por los Sres. Fontevecchia con los alcances que surgen del presente decisorio; y d) imponer las costas de ambas instancias a la demandada vencida (arg. art. cpr. 68).

II. Notifíquese (Ley n° 26.685, Ac. C.S.J.N. n° 31/2011 art. 1° y n° 3/2015). Fecho, devuélvase a la instancia de grado.

Hágase saber la presente decisión a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (cfr. Ley n° 26.856, art. 4 Ac. n° 15/13 y Ac. n° 24/13 y n° 42/15).

Firman solo los suscriptos por encontrarse vacante la Vocalía N° 17 de esta Cámara (art. 109 del Reglamento para la Justicia Nacional).

Alejandra N. Tevez

Rafael F. Barreiro

María Florencia Estevarena

Secretaria