

Poder Judicial de la Nación

En Buenos Aires a los ocho días del mes de agosto de dos mil trece, reunidos los Señores Jueces de Cámara en la Sala de Acuerdos fueron traídos para conocer los autos “**DE LUCA SANDRA ELENA CONTRA HSBC BANK ARGENTINA S.A. Y OTRO SOBRE ORDINARIO**” (Registro de Cámara 32.212/2010; Causa 57867; Juzg. 23 Sec. 45) 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: Doctora Tevez, Doctor Ojea Quintana y Doctor Barreiro

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

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada de fs. 322/328?

La Sra. Juez de Cámara Doctora Alejandra N. Tevez dice:

I. Antecedentes de la causa.

a. Sandra Elena De Luca (en adelante, "De Luca") demandó a HSBC Bank Argentina S.A. (en adelante, "HSBC") y a Francisco Merello (en adelante, "Merello") por daños derivados del incumplimiento contractual que les imputó. Reclamó el cobro de la suma de pesos sesenta mil setecientos uno con 60/100 (\$60.701,60) y/o lo que en más o menos resultara de la prueba a rendirse, con intereses y costas.

Relató que, a fin de cancelar el saldo del precio del rodado que había reservado de pesos cuarenta y dos mil ciento setenta y seis (\$42.176), el 13 de febrero de 2008 concurrió a cierta sucursal del HSBC –entidad de la que era cliente- ubicada en el partido de Florida, Provincia de Buenos Aires. Ello así –prosiguió- con el objeto de realizar una operación de venta de divisas a pesos para luego depositarla, en la misma sucursal, en la cuenta corriente de titularidad del concesionario Francisco Osvaldo Díaz S.A. (en adelante, “Díaz S.A.”). Denunció que llevaba consigo dólares billetes trece mil cuatrocientos (U\$S 13.400).

Describió los hechos transcurridos dentro de la sucursal. Así, relató que tomó su turno y fue atendida por la cajera Gisela Liliana Fratto (en adelante, “Fratto”) a quien le explicó la operación. Agregó que Fratto requirió que le exhibiera el dinero y que, minutos después, le informó que no podía materializar la transacción pues no era clienta del HSBC. Relató que frente a tal respuesta De Luca le explicó que la cuenta era originaria de la Banca Nationale del Lavoro (en adelante, “BNL”) luego absorbida por el HSBC. Añadió que entonces Fratto le informó que para las operaciones de cambio los sistemas de registros de clientes de ambas entidades financieras aún no habían sido unificados, razón por la cual en el HSBC no figuraban los clientes de BNL. Expuso que Merello, Gerente de la sucursal, así lo ratificó.

Arguyó que según indicaciones del Gerente debía trasladarse a la sucursal sita en Olaguer y Feliú, que originariamente había sido de la BNL, pues allí figuraba como clienta. Dijo que así lo hizo y que, luego de estacionar su vehículo y en momentos en que se dirigía a aquella sucursal en compañía de su amigo Edgardo Víctor Laplaze (en adelante, “Laplaze”) fueron interceptados por dos personas desconocidas de sexo masculino que se movilizaban en una moto. Ambos hombres –prosiguió-, insinuando tener un arma de fuego, le gritaron “Dame la del banco, dale, dale” (sic.; v. fs. 49 vta). Manifestó que, por temor a que le hicieran algún daño, les entregó el sobre que contenía los dólares.

Añadió que realizó la denuncia policial correspondiente.

Endilgó responsabilidad al HSBC y al Gerente Merello. Adujo que, de haber ellos cumplido con sus obligaciones contractuales –cambio de divisas-, el daño no se habría producido.

Reclamó: i) daño emergente, por pesos un mil quinientos (\$1.500); ii) daño material, por pesos cuarenta y dos mil trescientos cuarenta y cuatro (\$42.344), iii) daño moral, por pesos ocho mil ciento treinta y cinco con 80/100 (\$8.135,80), y iv) daño psicológico, por pesos ocho mil cuatrocientos sesenta y ocho con 80/100 (\$8.468,80).

Fundó en derecho su pretensión y ofreció prueba.

b. A fs.105/121 **HSBC** contestó demanda y solicitó el rechazo de la acción con expresa imposición de costas.

Desconoció la documental.

Negó: i) que como consecuencia de la reserva de un vehículo, De Luca debía depositar en la cuenta corriente del concesionario Díaz S.A. pesos cuarenta y dos mil ciento setenta y seis (\$42.176), ii) que concurriera el 13.02.08 a realizar tal operación con dólares trece mil cuatrocientos (U\$S 13.400), iii) que Fratto solicitara la entrega de los

dólares objeto de la transacción, iv) se dirigiera a otra sucursal acompañada, v) el robo, vi) tener responsabilidad alguna, y vii) los daños alegados.

Liminarmente expuso que, a partir del 02.03.07, según comunicación “B” nro. 8918 del BCRA, se hizo saber a todas las entidades financieras y al público en general que el HSBC había absorbido por fusión a BNL; ergo, todos los clientes de la BNL pasaron a integrar su cartera.

Dijo que con causa en la diversidad de sistemas de uno y otro banco, en ciertas sucursales los antiguos clientes del BNL no podían realizar todas las operaciones.

Reconoció que: i) el 13.02.08 la actora concurrió a la sucursal Florida para realizar una operación de venta de divisas para luego depositarla en cierta cuenta corriente, ii) la actora exhibió a la cajera dólares billetes, iii) aquella se encontraba acompañada de una persona de sexo masculino, y iv) el personal del banco le manifestó que no podía concretar la operación por la diversidad de sistemas del HSBC y BNL.

No obstante, negó que la accionante cargara con dólares estadounidenses trece mil cuatrocientos (U\$S 13.400). Ello pues, si bien De Luca exhibió dinero, Fratto no corroboró la cantidad. Desconoció asimismo el hecho delictivo.

Agregó que Fratto y Merello ofrecieron a la actora y a su acompañante cambiar dólares estadounidenses cinco mil (u\$ 5.000) -suma autorizada a los no clientes- y luego realizar el depósito. Alegó que, no obstante tal propuesta, se retiraron de la sucursal sin efectuar la transacción.

Arguyó que durante la permanencia de la actora en el banco todo se desarrolló con normalidad y sin indicios de que De Luca sería luego víctima de un hecho delictivo. Dijo que tampoco advirtió la presencia de los supuestos delincuentes.

Tras ello, concluyó que cumplió con su deber de seguridad respecto de aquellas personas que utilizan los servicios e instalaciones del banco, sean clientes o no, pues destacó que el delito no ocurrió dentro de su sucursal.

Sostuvo que tomó conocimiento del hipotético siniestro el 14.3.08 al recibir un oficio cuando ya habían transcurrido los cinco (5) días que el BCRA exige para la guarda de las filmaciones que capturan la cámaras de seguridad.

Aludió a la carga de la actora de acreditar el siniestro y tachó al testigo Laplaze pues en sede penal dijo que era la “pareja” -vínculo asimilable al de cónyuge-. Señaló que De Luca y Laplaze declararon que no advirtieron anomalías en la sucursal que les hiciera pensar que serían víctimas de un ilícito.

Solicitó el rechazo de cada uno de los rubros indemnizatorios pretendidos y se opuso formalmente en los términos del art. 427 del Cpr. a la declaración del testigo Laplaze.

Ofreció prueba y fundó en derecho su pretensión.

c. A fs. 136/152 Merello contestó demanda y solicitó su rechazo con expresa imposición de costas.

Opuso excepción de falta de legitimación pasiva con fundamento en lo dispuesto en el art. 1113 del CCiv. y el hecho de haber sido demandado solo por ser dependiente del HSBC. Sostuvo que era el principal quien, en su caso, debía responder.

Subsidiariamente contestó demanda.

Desconoció la documental y realizó, en lo sustancial, similares negativas a las efectuadas por HSBC.

Expuso que el 13.02.08 De Luca se acercó a su despacho y le relató que no le habían permitido vender divisas. Describió las explicaciones que le brindara, coincidentes con las plasmadas por HSBC en su contestación de demanda. Alegó que le ofreció que el banco comprara a cada uno -actora y acompañante- dólares estadounidenses cinco mil (U\$S 5.000) y minimizar, así, el riesgo al que referiría De Luca.

Expuso que tomó conocimiento del supuesto robo recién el 25.04.08.

Desarrolló luego similares defensas y argumentos a los expuestos por la restante codemandada.

Ofreció prueba y fundó en derecho su pretensión.

II. La sentencia de primera instancia.

A fs. 322/328 la a quo dictó sentencia y condenó al HSBC a abonar a la actora pesos diez mil (\$10.000) en concepto de daño moral y pesos cuarenta y dos mil seiscientos doce (\$42.612) por daño emergente; ambas sumas con más los intereses y las

Poder Judicial de la Nación

costas del proceso. Admitió la defensa de falta de legitimación pasiva que introdujo Merello, con costas a De Luca.

Dijo que son contestes las partes en que: i) De Luca era cliente de HSBC por la fusión por absorción que se concretó sobre BNL, ii) el 13.02.08 De Luca concurrió a la sucursal Florida del HSBC para vender cierta suma de dólares estadounidenses y luego depositar el importe en una cuenta corriente, iii) tal operación no pudo concretarse por impedimentos del sistema informático, iv) Merello y Fratto informaron que, para realizarla, debía dirigirse a otra sucursal que originariamente hubiera pertenecido a BNL.

A través de las constancias de la causa penal y de la declaración del testigo Laplaze, la juez tuvo por acreditado que el 13.02.08 De Luca fue víctima del robo de dólares estadounidenses trece mil cuatrocientos (U\$S 13.400) en la vía pública cuando se trasladaba hacia otra sucursal del HSBC para realizar la operación de cambio. Tuvo en cuenta para así concluir que no se invocó ni probó la existencia de falsa denuncia.

Restó virtualidad a los cuestionamientos a las declaraciones de Laplaze referidas a su vínculo con la actora y a la existencia de contradicciones. Sostuvo la magistrada, básicamente, que: i) había rechazado con anterioridad la oposición a la declaración testimonial, ii) aquel testimonio era en sustancia conteste con el efectuado en sede penal, y iii) no existía imputación de falso testimonio.

Asimismo, con la respuesta informativa que brindó la concesionaria Diaz S.A. y la consulta al BCRA de la cotización del dólar al 13.02.08, estimó veraz el monto de la suma denunciada como robada.

Tras ello, se introdujo en el análisis de la responsabilidad endilgada a HSBC. Juzgó que incurrió el banco en incumplimiento contractual al violar su deber de seguridad, pues omitió realizar la operación pretendida por su cliente. De no haber sido ello así –esto es, de haber efectuado la compra de dólares y posterior depósito- no habría De Luca -concluyó la magistrada- padecido el robo de su dinero.

Añadió que es un hecho público y notorio la inseguridad que impera en el país y destacó las innumerables salideras bancarias en las que los delincuentes individualizan a las víctimas dentro del banco. En tal sentido, destacó que no pudo desconocer HSBC el riesgo que asumía al no recibir el dinero que intentaba la actora depositar.

Desechó aquella excusa de la diversidad de sistemas pues dijo que tiene causa en la propia negligencia de la entidad.

Concluyó que la imposibilidad de realizar la venta de divisas, tuvo origen en un incumplimiento culpable de la defendida, que obligó a la actora a retirarse de la sucursal con el dinero; conducta que fue la causa eficiente en los términos del art. 1109 del CCiv. para que ocurriese el hecho delictivo.

Meritó que ninguna prueba fue acompañada que acreditara que fue ofrecido a la accionante y a su acompañante el cambio de dólares cinco mil (U\$S 5.000).

Respecto de Merello, no encontró la juez mérito para atribuirle responsabilidad, y puntualizó que sólo cumplió instrucciones del HSBC. Destacó que intervino en el hecho en su carácter de gerente de la sucursal, sin que se hubiera invocado un obrar ilícito ni negligente.

En cuanto a los daños reclamados, rechazó por falta de prueba el emergente y el psicológico. Admitió en cambio el daño material -que cuantificó en pesos cuarenta y dos mil ciento setenta y dos (\$42.172)- y el moral -por pesos diez mil (\$10.000)-.

III. Los recursos.

Contra tal pronunciamiento apelaron la actora y la demandada a fs. 332 y fs. 334. Sus recursos fueron concedidos libremente a fs. 333 y fs. 335, respectivamente.

Los incontestados agravios de De Luca corren a fs. 363/364.

A fs. 352/358 expresó agravios HSBC, que recibieron respuesta de la actora a fs. 360/362.

A fs. 369 se llamaron autos para dictar sentencia y el sorteo previsto en el art 468 del Cpr. se practicó a fs. 370.

IV. Los agravios.

Se queja la actora pues la a quo: i) admitió la defensa de falta de legitimación pasiva opuesta por Merello; y ii) rechazó el daño emergente y el psicológico que reclamara.

De su lado, los agravios del HSBC transcurren por los siguientes carriles: i) no se probó el robo, ii) la primer sentenciante lo consideró acreditado con la declaración de Laplaze, iii) no valoró la subjetividad de este testimonio ni las discordancias entre las declaraciones obtenidas en el fuero penal y en esta sede, iv) no hay prueba de la cuantía del monto sustraído, v) juzgó la a quo que incumplió el contrato pues no permitió realizar la operación de cambio, cuando lo exacto es que tal impedimento fue solo temporal, vi) no hay relación de causalidad entre el incumplimiento y el robo, vii) su conducta no tiene entidad suficiente para endilgarse responsabilidad pues solo se negó a la compra de dólares, viii) existe un hecho de un tercero ajeno a su mandante que rompe el nexo de causalidad, ix) no hay prueba alguna de que hubiera faltado a su obligación de seguridad, x) la condenó la juez al pago de la totalidad de lo reclamado por daño emergente y daño moral.

V. La solución.

a.1. De modo previo, detallaré puntualmente cuáles son los hechos incontrovertidos y precisaré cuál es la naturaleza del vínculo que existió entre la actora y el HSBC. Así pues, a partir de tales datos, desarrollaré la argumentación y fundamentos que me llevarán a la solución del caso.

a.2. Son contestes las partes respecto de que: i) la actora era cliente del HSBC, por la fusión por absorción que HSBC realizó sobre los activos y pasivos de la BNL (v. fs. 107 y v. fs. 49), ii) en tal carácter estaba facultada la entidad a realizar operaciones de venta de divisas por montos indeterminados (v. fs. 49 y v. fs. 107 vta.), iii) por incompatibilidad de sistemas informáticos entre BNL y HSBC no pudo De Luca concretar cierta operación de venta de divisas en la sucursal del HSBC (v. fs. 107 vta. y v. fs. 49), iv) el 13.02.08 la actora concurrió al banco acompañada (v. fs. 108 vta. y v. fs. 49 vta.), v) la cajera Fratto requirió la exhibición de los billetes (v. fs. 48 vta. y v. fs. 109 vta.), vi) frente a la negativa de la empleada de materializar la transacción, De Luca requirió explicaciones al gerente Merello y concurrió hasta su despacho (v. fs. 49 vta. y v. fs. 109), vii) Merello y la cajera le informaron que para efectuar la venta debía asistir a una sucursal que originalmente hubiera sido de la BNL, viii) luego de ello, De Luca y su acompañante se retiraron (v. fs. 110 y v. fs. 49 vta.).

Paralelamente, a través de la prueba pericial contable quedó acreditado que la actora era titular, sea en el BNL o en el HSBC, de cajas de ahorros y tarjetas de crédito (v. fs. 288/288vta.). Sobre la base de esta información, concluyó el perito que De Luca y HSBC se encontraron relacionados a través de un vínculo de naturaleza contractual y que el banco accionado tenía a disposición de la actora, por su calidad de cliente, una multiplicidad de servicios adicionales -como es usual en la práctica, por lo demás-.

a.3. Aclaración preliminar.

Destaco que si bien De Luca fundó su pretensión en distintas normas del derecho civil (v. fs. 54 vta.), por el principio “iura notiv curia” resolveré esta litis –principalmente- con la aplicación de las pautas basilares y generales del estatuto protectorio del consumidor que fueran recepcionadas en el art. 42 de nuestra Constitución Nacional y en las disposiciones de la ley 24.240 (en adelante, LDC).

Habilita la percepción de esta causa bajo tal amparo normativo el carácter de orden público de la ley consumeril que así caracterizó el legislador (conf. arg. art. 65 del Cpr.). Ello pues no tengo dudas en punto a que, a partir del texto del art. 2 de la ley 24.240, el banco debe ser calificado, genéricamente, como un prestador de servicios (Lorenzetti, Ricardo Luis, “Consumidores”, pág. 440, 2º ed. Actualizada, ed. Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe, año 2009).

Adelanto que concluiré en la atribución de responsabilidad del HSBC por los daños que De Luca padeció por violación del deber de seguridad previsto en el art. 42 de la CN y en los artículos 5 y 6 de la LDC. Si bien estas normas son troncales para decidir el caso, destaco que a la misma conclusión puede arribarse –como luego elípticamente se verá- si se aplican al “sub lite” los principios que se desprenden del art. 1198 del CCiv.

b. Expuestos los antecedentes y efectuadas las aclaraciones necesarias para lograr una mayor claridad expositiva, me introduciré en el estudio de los agravios de las recurrentes.

Por razones de orden lógico comenzaré con las quejas de HSBC que tienen por objeto la íntegra revocación del fallo. Ello pues, de prosperar, carecerá de virtualidad que me aboque al estudio de los agravios de De Luca que tienen como premisa implícita la procedencia de la acción contra ambas demandadas.

Poder Judicial de la Nación

c. Prueba del robo.

Se agravió el HSBC pues la primer sentenciante estimó demostrado el robo a través de las constancias de la causa penal y la declaración testimonial de Laplaze, que consideró el recurrente subjetiva y contradictoria.

Recuerdo que con el objeto de acreditar el sustento fáctico de su pretensión ofreció la actora como prueba la causa penal iniciada con motivo de la denuncia policial del robo, así como la declaración testimonial de su acompañante (v. fs. 20, 204/206 y 233).

Ahora bien.

El testimonio de Laplaze, rendido en la comisaría en que la actora radicó el robo, obra en fs. 218. Destacó que se obtuvo el mismo día en que se denunció el ilícito y luego de haber sido recibida la declaración de De Luca (v. fs. 4 y 5).

Advierto que el personal policial indicó que eran las 13.15 hs. (v. fs. 4) y que para ese entonces accionante y testigo ya habían concurrido al HSBC, fracasado en su intento de efectuar la transacción y efectuado el traslado a otra sucursal. Esta secuencia de hechos, si se confronta con el horario en que se realizó la denuncia –sumado a lo que luego diré respecto de que la negativa a concretar la venta de divisas era imprevisible para De Luca-, permiten presumir la espontaneidad y veracidad de las declaraciones de Laplaze.

Otra circunstancia corrobora que el cuestionamiento formulado por el HSBC respecto de tal testimonio es desestimable.

En efecto, como anticipé, no alegó HSBC que hubiera anoticiado previamente a los antiguos clientes de BNL que no podrían realizar cambios de divisas en sucursales originarias del HSBC.

Y tampoco es objeto de discusión que la actora concurrió acompañada de Laplaze a fin de realizar la venta de dólares estadounidenses.

Desde ese escenario fáctico, debe necesariamente concluirse que era absolutamente impensado para la actora -pues era cliente del HSBC y no tenía información en el sentido antes apuntado- que no podría efectuar la operación de cambio en la sucursal de Florida.

Así las cosas, se desvanece la alternativa insinuada por la defendida según la cual De Luca habría pergeñado, arreglado, organizado o planeado la denuncia.

Es que, insisto, no tenía aquélla conocimiento de que HSBC rechazaría la transacción cambiaria.

Coadyuvante, refuerza esta conclusión la presunción de buena fe que debe teñir a las manifestaciones de la actora según las previsiones, principios y doctrina que se desprende de los arts. 2362 y 4008 del CCiv.; en tal sentido es la defendida quien debía demostrar lo contrario (v. mi voto, “Sánchez Tuñón María Isabel y otro c/ Banco Itau Buen Ayre S.A. s/ ordinario”, del 14.02.13).

Pese a que lo expuesto despeja todo tipo de dudas en punto a la efectiva ocurrencia del delito, no sólo no sorprende el hecho de que De Luca hubiere concurrido acompañada a la entidad bancaria sino, antes bien, todo lo contrario: resulta un hecho público y notorio –exento de prueba- que a fin de efectuar operaciones que tienen cierta trascendencia económica para el patrimonio del interesado, este no concurre habitualmente solo sino en compañía de alguna persona de su confianza.

No obsta a ello la existencia de alguna contradicción incurrida por Laplaze en sede penal, en el sentido de que -conforme denunció HSBC- dijo allí que los malhechores insinuaron que se encontraban armados en tanto que señaló aquí que apuntaron con un arma. Es que si bien tal desavenencia es exacta (v. fs. 218 y v. fs. 205), lo cierto es que ambas declaraciones son coincidentes respecto de la ocurrencia del robo y su mecánica.

Y, a todo evento, el hecho de que hubieran los delincuentes exhibido efectivamente un arma o, en lugar de ello, realizado gestos demostrativos de que la detentaban, en nada modifica la situación. Así pues ninguna de las dos conductas exime de responsabilidad al banco por el hecho sucedido.

En tales condiciones, ponderando que la fuerza probatoria de la declaración de un testigo está vinculada con las explicaciones que brinda respecto de su conocimiento de los hechos sobre los que declara, y considerando que el contenido de los dichos de Laplaze tiene causa en su carácter de testigo presencial del robo; no tengo dudas de que su ocurrencia se encuentra debidamente acreditada (conf. arg. art. 445 del Cpr.).

El agravio de HSBC que refiere a la falta de objetividad del testimonio en cuestión también será desestimado.

Liminarmente, diré que la a quo a fs. 168 rechazó que Laplaze fuera un testigo excluido conforme lo requirió HSBC. En efecto, recuerdo que la magistrada de la anterior instancia juzgó que no se configuraba ninguno de los supuestos previstos taxativamente en el art. 427 del Cpr.

Subrayo que ello quedó firme al no ser objeto de replanteo en esta instancia en los términos del art. 260 del Cpr; ergo, tal decisión reviste carácter de cosa juzgada material con las implicancias consiguientes respecto de su fuerza probatoria.

Ahora bien. Independientemente del vínculo que Laplaze mantenía con la actora, circunstancia ésta que, por lo demás, no ha quedado clara -obsérvese que indicó que era su pareja al tiempo de declarar en sede policial (v. fs. 5); luego, a fs. 127 y fs. 173, la actora denunció que el citado se encuentra casado en primeras y únicas nupcias y que no es su pareja; y, finalmente, a fs. 204/206 el testigo dijo ser su amigo-, estimo que la virtualidad probatoria del testimonio debe analizarse ponderando la objetividad de la declaración. Tal carácter, en oportunidades, puede obtenerse valorando bajo qué circunstancias fue puesto el testigo en el escenario que lo habilitó como tal.

En ese sentido, recuerdo que ambas demandadas no controvertieron que la actora se presentó acompañada en la sucursal bancaria. Asimismo ya he dicho "supra" que la negativa de HSBC fue imprevista; y que resulta usual que en operaciones bancarias de cierta trascendencia económica para el patrimonio del interesado concorra éste acompañado de alguna persona de su entorno íntimo.

Dentro de este marco fáctico, estimo veraz y objetiva la declaración de Laplaze. Así pues se trató de un testigo necesario por la intervención personal y directa en diversos aspectos de los hechos cuyos alcances se discuten en el juicio (conf. CNCom., Sala B; *in re*: "Provesur SA c/ Peñaflor SA s/ ordinario"; del 21.06.05).

Destaco, por lo demás, que no se demostró su inidoneidad. Y subrayo que aprecio veraces sus dichos de acuerdo con las reglas de la sana crítica (conf. arg. art. 386 del Cpr.).

d. Monto sustraído.

Se agravió el HSBC pues alegó que no se demostró cuál fue la real cuantía sustraída.

Son contestes las partes en que la actora se presentó en la sucursal de HSBC a realizar una operación de venta de divisas extranjeras y que no se constató la cantidad de dinero que se decía poseer.

Ahora bien. Relató De Luca que concurrió allí pues pretendía depositar los pesos obtenidos de aquella operación, en la cuenta corriente que poseía la concesionaria Díaz S.A. en el HSBC a fin de cancelar el saldo del precio de un rodado según reserva que con anterioridad había concretado.

Cumpliendo con la carga probatoria que pesaba sobre ella (conf. arg. art. 377 del Cpr.) requirió el libramiento de oficio a Díaz S.A. A fs. 211 corre la respuesta de la concesionaria, quien confirmó que debía realizarse un depósito de \$42.176 en su cuenta corriente del banco HSBC N° 3003-20894-5 por la reserva de un rodado que De Luca había efectuado.

Asimismo, a fs. 209 informó el BCRA que la cotización de la divisa norteamericana a la fecha del robo (13.02.08), tipo vendedor, ascendía a pesos tres con 17/100 (\$3.17). Del cálculo matemático correspondiente surge que, para que De Luca cumpliera con el pago del saldo del precio del rodado, era necesario proceder a la venta de dólares estadounidenses tres mil trescientos cuatro (US\$ 13.304).

Así las cosas, en tanto fue acreditado que: i) debía cancelarse una obligación preexistente, ii) el monto que se denunció sustraído coincide en sustancia con el necesario para cumplir con el pago, y iii) De Luca fue víctima de un robo luego de intentar materializar cierta venta de divisas; cabe concluir que la suma robada fue la denunciada.

Añado que tal monto fue también el que sostuvo el testigo Laplaze que poseía De Luca al momento del robo (vgr. fs. 20, 204 y 218).

e. Imposibilidad de realizar la operación de venta de divisas.

Se queja HSBC pues la a quo decidió que incumplió el contrato al no permitir a De Luca realizar la operación de cambio. Añadió que debe meritarse que tal impedimento fue temporal.

Poder Judicial de la Nación

Anticipé “supra” que hay coincidencia en que la actora era clienta del HSBC por la fusión por absorción que se realizó sobre los activos y pasivos de BNL y que tal información fue corroborada por el perito contador.

Surge implícito de la contestación de demanda y de la declaración de Fratto (v. fs. 43) que, sea que hubiesen sido clientes “originarios” o “posteriores”, la defendida prestaba el servicio de compra-venta de divisas a todos los usuarios por igual.

No obstante, Fratto y Merello indicaron que la venta no se concretó pues los sistemas informáticos de registros de clientes del HSBC y de la BNL no estaban aún unificados; consecuentemente, para este tipo de operaciones no era reconocido el carácter de cliente. Esa fue la razón por la cual no pudo realizarse, en la extensión pretendida, la operación de venta de divisas (v. fs. 43 vta. y v. fs. 41 vta.).

Del simple relato de los hechos y manifestaciones de las partes surge que HSBC no brindó el servicio que prestaba cuando ello fue requerido por la actora, en razón de causas imputables exclusivamente a la entidad bancaria.

En tal orden de ideas, evidente resulta que incumplió con su obligación.

No obsta a ello que la limitación hubiera sido solo temporal. Así pues la mora en las obligaciones se produce al tiempo en que la prestación debió ser cumplida y, en el “sub lite”, cuando fue requerida (conf. arg. art. 509 del CCiv.).

A mayor abundamiento, no debe perderse de vista que la actora intentó concretar la operación el 13.02.08 y que la fusión por absorción de las entidades bancarias comenzó a surtir efectos desde el 02.03.07. Así, el extenso período transcurrido entre una y otra fecha permite concluir que la traba solo tuvo causa en la conducta negligente de la defendida, que omitió arbitrar las medidas necesarias para homogenizar ambas bases de datos en un tiempo razonable.

Acótase, finalmente, que tampoco arguyó HSBC –como señalé- que hubiera informado a la actora en tiempo oportuno la existencia de aquel impedimento (conf. arg. art. 8 LDC).

f. Ausencia de relación de causalidad. Factor de atribución. Deber de seguridad.

f.1. Sostiene HSBC en sus agravios que no hay relación de causalidad entre su conducta y el robo. Y agrega que solo se negó a la compra de dólares, no existiendo prueba que demuestre que faltó a su obligación de seguridad.

f.2. A los fines de decidir el punto y determinar si existe o no relación de causalidad entre su obrar y el hecho delictivo y, en consecuencia, si le resultan atribuirles los daños aquí reclamados, liminarmente corresponderá fijar cuál era la extensión de las obligaciones del banco. Ello pues solo con dicha precisión podrá decidirse qué consecuencias se encuentran en relación de causalidad adecuada con la conducta debida (conf. arg. art. 901 a 906 del CCiv.).

En efecto, no cabe pensar que HSBC solo estaba constreñido a prestar simple y exclusivamente un servicio de caja a su cliente. Por el contrario, la extensión y contenido de sus prestaciones debe fijarse sobre la base fáctica del servicio principal prestado y los riesgos propios de la actividad desarrollada.

Es en este sentido que existen deberes colaterales con fundamento en la buena fe, como el deber de seguridad, que integran la relación contractual (conf. arg. art. 1198 del CCiv.).

Desde esta perspectiva conceptual, nadie puede desconocer que resulta propio de la actividad bancaria y hace a su esencia, la custodia de valores para sustraerlos del riesgo del robo y/o hurto que importa la guarda propia o el traslado de capitales.

En consecuencia, no resulta extraño a tal objetivo la adopción de medidas conducentes a fin de evitar la comisión de ilícitos y la disminución de la posibilidad de su ocurrencia.

f.3. A la misma solución se arriba respecto del contenido prestacional al que las entidades financieras se encuentran obligadas, si se estudia la relación jurídica mantenida por las partes desde los principios contenidos en el art. 42 de la CN y en la ley 24.240.

Obsérvese que a partir de la reforma de 1994 en el art. 42 de la Constitución Nacional se reconoció a los usuarios de bienes y servicios ciertos derechos en relación al consumo, a saber: a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, entre otros. Esta incorporación en

aquella norma constitucional denota la trascendencia que han querido otorgar los constituyentes a tales derechos; y es desde esa perspectiva normativa que también deben analizarse sus consecuencias.

Paralelamente, la ley de defensa del consumidor (ley 24.240) consagra una norma específica que tiene como fin la protección de la salud e integridad física de los consumidores y/o usuarios. En efecto, el art. 5 dispone lo siguiente: *“Protección al Consumidor. Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios”*.

Se trata, como ha sido dicho, de la introducción legislativa expresa del deber de seguridad (Vázquez Ferreira, Roberto, “La obligación de seguridad”, La Ley, Suplemento especial, “Obligación de Seguridad”, p. 3 y ss, Bs.As., 2005; Gregorini Clusellas, Eduardo, “La obligación de seguridad en la relación de consumo y su base constitucional”, LL LTGR on line”).

En este sentido, el contenido de la obligación de seguridad en el marco de las relaciones de consumo, supone a manera de principio incorporar al mercado productos y servicios seguros conforme a las exigencias normativas y a las expectativas legítimas del consumidor (conf., “Hernández, Carlos, “Las exigencias de seguridad en las relación de consumo”, La Ley, Suplemento especial, “Obligación de Seguridad”, p. 21 y ss, Bs.As., 2005).

f.4. Analizada así la relación jurídica sometida a juzgamiento desde el deber de seguridad, sea que se lo considere incorporado al vínculo por fuente constitucional (conf. arg. art. 42 de la CN) o legal (art. 5 LDC y art. 1198 del CCiv), evidente resulta que pesaba sobre el HSBC la obligación de adoptar aquellas medidas de prevención que fueran adecuadas a los concretos riesgos existentes en orden a la actividad profesional realizada (conf. voto del Dr. Lorenzetti, considerando 6to., “Ferreyra, Víctor D. y otro c. V.I.C.O.V. S.A.”, del 21.03.06).

f.5. Ahora bien. Como hubiera anticipado, la extensión y contenido del deber de seguridad –art. 42 CN, art. 5 LDC y art. 1198 del CCiv.- tiene íntima vinculación con los acontecimientos que, según el vínculo, resulten previsibles.

En el supuesto en particular, el deber de seguridad no podrá considerarse como una obligación de resultado que conlleve un factor de atribución objetivo. En este sentido, fue dicho en el precedente citado que “no es posible afirmar la existencia de una garantía de resultado, de manera que el usuario no sufra daño alguno” (voto del Dr. Lorenzetti, considerando 7º).

f.6. Plasmadas las premisas básicas necesarias para resolver los agravios referidos a la inexistencia de relación de causalidad; corresponderá ahora delimitar cuál es el contenido exacto de las prestaciones a las que HSBC se obligó en el contexto del servicio ofrecido.

f.7. Como quedó dicho, uno de los principales servicios prestados por las entidades financieras es la custodia de valores, para sustraerlos del riesgo del robo y/o hurto que importa la guarda propia o su traslado. En efecto, usuarios y clientes deciden, en el primer supuesto, dejar en depósito sus valores y reubicar su custodia en el banco, y, en el segundo, realizar pagos a terceros mediante depósitos y/o transferencias bancarias.

A esta altura del pronunciamiento resulta una obviedad destacar que, a los fines de cumplir correctamente con sus obligaciones, deben los bancos adoptar medidas de seguridad dentro de sus sucursales para prevenir, evitar y/o paliar los robos y/o hurtos; y, en caso de que sucedan, disminuir al mínimo sus consecuencias.

En el supuesto de autos, no cabe ninguna duda de que la defendida no prestó adecuadamente el servicio de seguridad dentro de sus instalaciones. Y este incumplimiento –como se verá- se encuentra en relación de causalidad adecuada con el daño objeto de reparación.

Ciertamente, HSBC incumplió su obligación al haber dejado expuesta a De Luca dentro del banco, cuando le requirió la exhibición de los dólares que portaba y se negó injustificadamente a realizar la operación de venta de divisas. Tal conducta tuvo virtualidad suficiente para desencadenar la posterior sustracción del dinero, en momentos en que De Luca, cumpliendo las instrucciones del gerente Merello, se dirigía a otra sucursal a fin de poder concretar la operatoria.

Poder Judicial de la Nación

Demostrativo de este incumplimiento es el propio relato de los hechos brindado por ambas partes en los escritos troncales del proceso, que resulta corroborado por los testimonios recabados en sede penal.

Veamos.

HSBC dijo que: "*al mismo tiempo en que la cajera...que atendía a la Sra. De Luca ingresaba los datos de ésta en los sistemas para verificar su condición de clienta, la Sra. De Luca le exhibía los dólares que ésta deseaba convertir a pesos nacionales*" (sic.; v. fs. 109 -el destacado me pertenece-).

Este relato debe integrarse con la declaración testimonial de la cajera Fratto en sede penal. Obsérvese que, al ser preguntada respecto de la conducta adoptada en materia de seguridad al tiempo de efectuar una operación de compra de dólares, dijo que: "*es necesario contar con el dinero a efectos de verificar su autenticidad, por lo cual resulta obviamente imperiosa la necesidad de serle requerida al presentante en caja. Como la mujer se presentó normalmente mientras la dicente colocaba el número de DNI en su computador le pidió a la mujer la entrega del dinero momento este que surge por el sistema que no era cliente...*" (sic.; v. fs. 43 vta. "in fine" -el destacado me pertenece-).

De ello se desprende que, por políticas propias de "seguridad" de la entidad bancaria, es requerida habitualmente la exhibición de los dólares billete a quien se presenta en ventanilla dando cuenta de su intención de vender las divisas.

Sin embargo –e independientemente del acierto o desacierto de tal práctica-, es evidente que el banco debió –cuanto menos, temporalmente- adoptar otras medidas alternativas que tuvieran por objeto evitar el riesgo que conllevaba la exhibición de los dólares billetes, para aquellos clientes que, como De Luca, habían adquirido su calidad de tales por fusión por absorción sobre BNL y pretendían realizar la venta o compra de dólares en sucursales originarias del HSBC.

Insisto en que HSBC era plenamente conocedora del impedimento para aquellos clientes y, no obstante ello, no adaptó su conducta a esta nueva contingencia.

O, dicho de otro modo: debió la entidad, en todo caso, corroborar previamente la viabilidad de la operación, antes de requerir al cliente la exhibición de las divisas.

Destaco que, luego de recibir la negativa, la actora se dirigió al gerente de la sucursal en busca de una solución (v. reconocimiento de ambas demandas en sus respectivas contestaciones v. fs. 109 y fs. 139 vta., por Merello en sede penal, v. fs. 41 vta. y por Laplace v. fs. 20, 204/206 y 233). Y que si bien tal gestión se originó en la propia voluntad de la actora y "prima facie" podría pensarse en su propia culpa, resulta razonable la reacción de De Luca frente a la negativa liminar de la cajera. Tanto más, cuando no puede desconocerse que tenía un claro objetivo: mitigar el riesgo al que ya había sido expuesta.

Conclúyase que el requerimiento de la previa exhibición de los dólares, sumado al derrotero al que se vio constreñida De Luca frente a la negativa del HSBC a materializar la operación, importó un claro incumplimiento a las medidas de seguridad, que se contraponen a la reserva y secreto propios de toda operación bancaria.

Así, el obrar negligente del HSBC logró exponer al cliente frente a los malhechores, por lo que no cabe dudar de su responsabilidad en el caso.

Véase que, como expuso De Luca al realizar la denuncia penal –y luego fue ratificado por Laplace- al momento de interceptarlos los delincuentes se dirigieron a ella en estos términos: "*dame la del banco, dale*" (sic.; ver. fs. 4, 5 y 205).

Subrayo que ni a Laplace ni a la accionante le sustrajeron otros valores (vgr. cartera, billetera, celular, reloj, joyas) y que la acción delictiva fue únicamente direccionada contra De Luca, sin que, reitero, su acompañante hubiere sido agredido.

El estricto relato de los hechos y los detalles de la ocurrencia del robo me llevan a concluir que los delincuentes contaron con cierta información que solo lograron obtener por desidia en el obrar del banco. Consecuentemente, el daño aquí reclamado se encuentra en relación de causalidad adecuada con la conducta de la entidad.

Destaco que no resulta eximente de responsabilidad el hecho de un tercero, como es el robo perpetrado por una persona ajena al banco. Así, en tanto que, como ya señalé, tuvo su génesis en la exposición y derrotero del cliente dentro de la entidad bancaria. Es ello lo que no permite desvincular al HSBC de su deber de seguridad y reserva en las operaciones efectuadas dentro de su ámbito.

Una consideración final se impone con relación al secreto y confidencialidad necesaria en las operaciones bancarias. Y es que tales recaudos pueden considerarse implícitos en la Comunicación "A" 5120 del 13.9.2010 del BCRA.

Si bien lo que se dirá no importa una aplicación retroactiva de la norma –que contravendría el principio normado en el art. 3 del Código Civil-, lo cierto es que la norma evidencia el remedio legal consagrado para preservar el derecho a la privacidad y seguridad en las operaciones bancarias, en virtud de hechos que tuvieron trascendencia pública.

En efecto, el pto. 2 de dicha Comunicación dispone que en las entidades bancarias "*Se deberá contar, acorde con la disposición y el diseño de cada local, con barreras visuales para la protección de la privacidad en las transacciones en la línea de cajas, de material que permita la visualización desde esa posición hacia el recinto de atención al público pero no a la inversa, sin que esto afecte el cumplimiento de las restantes medidas de seguridad contenidas en la presente reglamentación*" (el resaltado me pertenece).

Esta privacidad requerida e impuesta a las entidades es, en definitiva, lo que permite resguardar el secreto de las transacciones, precisamente para evitar la exposición que pone en riesgo a los clientes y a su patrimonio. Y tal es el caso de autos.

g. Monto de condena.

Se agravió el HSBC pues se la condenó a abonar el equivalente en pesos de la suma sustraída. Sostuvo que la a quo no tuvo en cuenta que ofreció comprar dólares estadounidenses cinco mil (u\$s 5.000) a la actora y a su acompañante, con lo cual se habrían retirado de la sucursal con dólares estadounidenses tres mil cuatrocientos (u\$s 3.400). Requirió que la condena se reduzca a esta última suma.

Adelanto que la queja no procede.

Nada dijo De Luca en su demanda en relación al ofrecimiento alegado por la accionada. Y, recuerdo, solo ofreció la declaración testimonial de Laplaze.

De su lado, ni HSBC ni Merello ofrecieron, para probar sus dichos, la declaración de la cajera de la sucursal.

Ahora bien.

Al tiempo en que Laplaze fue citado a brindar su testimonio, la defendida preguntó si el gerente del banco había ofrecido alternativa alguna referente a la operación de cambio que pretendía realizar De Luca (v. pregunta nro. 3, del interrogatorio obrante a fs. 199). El testigo respondió que: "el gerente no ofreció ninguna alternativa" (sic.;v. fs. 204). No existieron repreguntas ante tal contundente afirmación.

Añado que tampoco de la declaración de Fratto en sede penal surge que tal ofrecimiento hubiera existido; sino solo que "*...en los sistemas del HSBC no figuran para estas operatorias los clientes del ex BNL, por lo tanto se les da trato de no clientes solo para este tipo de operaciones... Por lo tanto el limite disponible solo era en esa fecha de U\$S 5.000*" (sic.; v. fs.43 vta.).

Acoto que ninguna otra prueba produjo la recurrente tendiente a demostrar la veracidad de su versión.

Y más aún: tal supuesto ofrecimiento aparece irrazonable cuando se confronta con las causas que motivaron la negativa de la venta de divisas, tornando dudosa su real existencia.

Así las cosas, cabe concluir que no probó la defendida los hechos que sirven de sustento a su defensa, como era su carga (conf. arg.art. 377 del Cpr y art. 3 LDC).

No obsta a tal conclusión el hecho de que Merello hubiera indicado que tal propuesta de cambio de divisas existió en los hechos. Ello pues, como anticipé, no fue aportada ninguna otra prueba que corrobore la veracidad de tal afirmación, por lo que, en tales circunstancias y en caso de duda, cabrá estar a la versión de la actora (conf. arg. art. 3 LDC).

h. Daño moral.

Se agravió el HSBC por la admisión del daño moral.

Respecto de la procedencia de este resarcimiento en supuestos de incumplimiento contractual, ya he dicho con anterioridad que el daño moral es un perjuicio que aprehende el orden jurídico. Y es así en la medida en que lesiona los bienes más preciados de la persona humana, al alterar el equilibrio de espíritu, la paz, la tranquilidad, la privacidad. Toda persona vive en estado de equilibrio espiritual y tiene derecho a permanecer en ese estado; las alteraciones anímicamente perjudiciales deben ser resarcidas

Poder Judicial de la Nación

(conf. esta Sala, mi voto, *in re*: “Perez Alejandro Norberto c/ BBVA Banco Frances S.A. s/ ordinario” 27.12.12”, id. *in re*: “Oriti, Lorenzo Carlos c/ Volkswagen Argentina S.A. y otro s/ ordinario”, del 01.03.11).

Y esa modificación disvaliosa del espíritu –como claramente se hubiera definido, v. Pizzaro, Daniel en “Reflexiones en torno al daño moral y su reparación”, JA del 17.09.86- no corresponde identificarla exclusivamente con el dolor porque pueden suceder, como resultas de la interferencia antijurídica, otras conmociones espirituales: la preocupación intensa, angustia, aflicciones, la aguda irritación vivencial y otras alteraciones que, por su grado, hieren razonablemente el equilibrio referido (Mosset Iturraspe, Jorge, “Responsabilidad por Daños”, t. V, p. 53/4, Ed. Rubinzal – Culzoni, 1.999).

Por otro lado, no desconozco que cuando el daño moral tiene origen contractual (art. 522 CCiv.), debe ser apreciado con criterio estricto, desde que generalmente en ese ámbito de interacción humana sólo se afectan intereses pecuniarios. En este sentido, corresponde a quien reclama la indemnización la prueba de su existencia, es decir, la acreditación de las circunstancias fácticas susceptibles de llevar al ánimo del juzgador la certidumbre de que la actitud del incumplidor provocó un efectivo menoscabo de su patrimonio moral. Ello pues, de su mismo concepto se desprende que el mero incumplimiento contractual no basta para admitir su procedencia en los términos de la norma citada (CNCom., Sala A, “Aguerri de Ribot, Sara c/ Héctor A. García”, 25.6.82; id., “Capon Bonell S.A. c/ Papel Prensa s.a.”, 13.5.83; id., “Collo Collada, A. c/ Establecimientos Metalúrgicos Crespo S.A.”, 13.7.84; id., “Transpuertos S.A. c/ Austral Líneas Aéreas S.A.”, 24.10.84; id., “Rosner, David c/ Banco Río de La Plata S.A.”, 29.11.84; id., “Danisewski, Juan c/ Jorge Hitzfelder”, 22.5.86; id., “Criado soc. de hecho c/ Federación Patronal Coop. de Seguros Ltda.”, 30.8.95; Sala B, “Cilam S.A. c/ IKA Renault S.A.”, 14.3.83; id., “Katsikaris, A. c/ La Inmobiliaria Cía. de Seguros S.A.”, 12.8.86; id., “Cabral, Raúl c/ Aseguradora Rural S.A.”, 1.6.88; id., “Rossano de Rossano, María c/ Ramiro Pazos”, 22.3.89; id., “Borelli, Juan c/ Omega Coop. de Seguros Ltda.”, 10.4.90; id., “Barven S.A. c/ Mellino S.A.”, 10.4.90; id., “Gelman, Juan c/ Edic. Corregidor S.A.”, 10.8.90; id., “Colombo, Jorge c/ Sevel S.A.”, 27.11.92; Sala C, “Nassivera, Oscar c/ Ares S.R.L.”, 7.12.81; id., “Fernández, Vicente c/ Tavella y Cía. S.A.”, 17.2.83; id., “Peralta Hnos. S.A. c/ Citroen Argentina S.A.”, 23.4.84; id., “Campomar, María c/ Aseguradora Rural S.A.”, 21.8.87; id., “Labriola, Walter c/ La Nueva Coop. de Seguros Ltda.”, 29.9.88; id., “Gagliano, Juan c/ Chacabuco Cía. Argentina de Seguros S.A.”, 27.4.89; id., “Wolf, Manuel c/ Prado, Raúl”, 5.10.89; id., “Lucarelli, José c/ Asorte S.A.”, 10.11.89; id., “Perez Leiros c/ Plan Rombo S.A.”, 23.6.93; id., “Percossi, Nora c/ Cía. Argentina de Seguros Visión S.A.”, 29.7.94; id., “Federación Patronal Coop. de Seguros Ltda. c/ Garage Bosso”, 14.4.97; Sala D, “Indeval S.A. c/ Fenochietto, Carlos”, 7.9.81; id., “Penna, José c/ Bejmias, Jaime”, 29.7.85; id., “Desup S.R.L. c/ Irusta Cornet, José”, 25.6.90; Sala E, “De Vera, Diego c/ Programa de Salud S.A. s/ ordinario”, 07.09.1990; id. “Cammarata, Ricardo c/ La Defensa Cía. Argentina de Seguros S.A.”, 28.8.85; id., “Balk Rolff c/ Instituto Italo Argentino Cía. de Seguros S.A.”, 20.4.87; id., “Piquero, Hugo c/ banco del Interior y Buenos Aires”, 6.9.88; id., “De Vera, Diego c/ Programa de Salud S.A.”, 7.9.90; id., “Izaz, Pedro c/ Sanabria Automotores S.A.”, 11.12.90, entre muchos).

Es ostensible, a poco que nos emplazamos en la situación de la accionante, que debió padecer tribulaciones anímicas de significación, a raíz del incumplimiento del deber de seguridad por parte de la demandada. Es indudable que los sufrimientos que experimentara excedieron el concepto de mera molestia o incomodidad, para tornarse en una situación en la cual vio frustradas sus legítimas expectativas como cliente bancaria.

Y es desde esta perspectiva que, acreditadas tanto la imposibilidad de realizar la operación de cambio como la sustracción del dinero –atribuible al banco en razón de la infracción al deber de seguridad-, debe tenerse por suficientemente acreditado el daño moral padecido.

Resulta a esta altura una obviedad señalar que las entidades bancarias deben, además de prestar servicios financieros, velar por la seguridad de sus clientes y las operaciones que lleven adelante.

No cabe soslayar, por lo demás, las mayores consecuencias que pudo haber tenido el acto delictivo, que puso en riesgo la salud e integridad física del cliente.

Lo hasta aquí dicho resulta suficiente para desestimar el agravio.

i. Falta de legitimación pasiva.

Se agravió De Luca pues la primer sentenciante admitió la defensa de falta de legitimación pasiva opuesta por el codemandado Merello dada su intervención como gerente del banco. Para así decidir meritó que su accionar se limitó a informar los motivos por los cuales no podía realizar la operación, y que tales no le eran imputables.

Liminarmente señalaré que una rígida apreciación del contenido de la expresión de agravios de la quejosa impondría declarar la deserción de este punto del recurso en los términos del Cpr. 266. Así pues no ha mediado crítica concreta y razonada del fundamento central desarrollado por la sentenciante de grado en el pronunciamiento apelado.

En este sentido, los dichos de la apelante reflejan un mero criterio discrepante con el pronunciamiento en crisis, que desatiende la adecuada ponderación de las cuestiones específicamente sometidas a juzgamiento de la *a quo*; situación ésta que coloca a la pieza procesal en cuestión en la frontera del art. 266 Cpr.

No obstante, a efectos de otorgar la mayor amplitud posible al ejercicio del derecho de defensa de la agraviada, ingresaré en el estudio de la queja (conf. esta Sala, "Guillan Dora c/ Metlife Seguros de Retiro S.A. s/ ordinario" del 25.11.2010).

Adelanto que el agravio será desestimado.

He señalado, como juez de primera instancia, que hay falta de legitimación para obrar cuando el actor o el demandado no son las personas especialmente habilitadas por la ley para asumir tales calidades con referencia a la concreta materia sobre la cual versa el proceso (Conf. Juzgado Comercial n° 13, Secretaría n° 25, *in re*: "Cortese Argentina y otro c/ Poder Ejecutivo Nacional y otro s/ amparo" del 10.3.08; Fassi Santiago – Alberto L. Maurino "Código Procesal Civil y Comercial- Comentado. Anotado y Concordado", T. III, arts. 319 a 558 bis, Ed. Astrea, Bs. As. pág. 249).

Ello así -y tal como se expuso en la sentencia de primer grado- son contestes las partes en punto a que Merello intervino en su calidad de gerente, sin que hubiera invocado un obrar antijurídico a título personal, sino cumplido con las expresas directivas y decisiones que HSBC impartía.

En tal sentido, no habiéndose formulado un reproche que exceda el normal y habitual desarrollo de sus funciones como dependiente del HSBC, no procede su condena.

Ello pues los actos realizados por representantes legales o convencionales en el ejercicio de las facultades que la ley o el mandato les confiere, son imputados a los representados (conf. art. 1869, 1870 inc. 1ero. y 1946 del CCiv.). Por tanto, si el representante actúa culposamente en la ejecución de la obligación a cargo del representado, éste sufre las consecuencias del desacierto y responde del daño sufrido por el acreedor (conf. Llambías, Joaquín, "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones", T I, Ed. Lexis Nexis., Bs. As., 2005, sexta edición, p. 197).

j. Daño emergente.

Se agravió la actora frente a la desestimación del daño emergente originado en aquellos gastos que debió afrontar como consecuencia directa del siniestro.

Sostuvo que los mismos surgen de las copias de la causa penal y de la instancia de mediación en las labores efectuadas por cierto letrado.

Si bien la petición de resarcimiento de gastos de transporte, cartas documentos, fotocopias, y aquellos necesarios para arribar al proceso penal, fue rotulada como "daño emergente", advierto que, excluyendo el primero de los ítems señalados - transporte- los restantes integran las costas del proceso.

En efecto, las costas comprenden todos los gastos causados y ocasionados en la sustanciación del proceso y los que se hubieren realizado para evitarlo o preparar la demanda, descartándose aquellos superfluos o inútiles (conf. Gozaini, Osvaldo Alfredo; "Costas procesales", ed. Ediar, pág. 52, Bs. As., 1.990).

En este sentido, corresponderá encuadrar el reclamo en el concepto de "costas procesales", y diferir su acreditación, cuantificación y valoración de necesidad, utilidad y razonabilidad, para la etapa de ejecución de sentencia.

k. Daño Psicológico.

La accionante cuestionó también el rechazo de este rubro de la indemnización. Relató que sigue *"viviendo con el temor de ser asaltada nuevamente.....quedó también en mi cabeza, la fuerte imagen de motociclista dando el golpe delictivo...me cuesta caminar por la calle, sin recordar aquel día, que marcó un "antes" y un "después" en mi vida...Estos daños que padezco actualmente, son las secuelas*

Poder Judicial de la Nación

que debo soportar en forma POST robo, o POST salidera bancaria" (sic.; v. fs. 363 vta. y 364).

El daño psicológico apunta a efectivas disfunciones y trastornos de orden psíquico que alteran de algún modo la personalidad integral del reclamante y su vida de relación; se diferencia del daño moral, que está dirigido a compensar padecimientos, molestias o angustias por él sufridas (conf. CNCom., Sala A, *in re* "Gomez Beatriz c/ Giovannoni Carlos s/ Sumario" del 16.12.92).

Tiene dicho la jurisprudencia que este daño consiste en la perturbación permanente del equilibrio espiritual preexistente y tienen carácter patológico. Será material cuando cause un grado de incapacidad psíquica mensurable en dinero o cuando se reclamen los costos del tratamiento psicológico (conf. CNCom., Sala B, *in re*: "Pérez, Isabel c/ Hermida José s/ Sumario", del 9.08.04).

Partiendo del marco teórico antes referenciado, resulta decisivo destacar que no hay, en el *sub lite*, constancias que demuestre que la actora hubiera padecido un daño en su psiquis -tal como hubiera sido un informe de perito psicólogo, la existencia de testimonios, etc.-.

Así las cosas, no es posible estimar procedente este aspecto del reclamo indemnizatorio, por lo que cabrá confirmar la decisión del primer sentenciante sobre el punto.

VI. Conclusión

Por todo lo expuesto, si mi criterio fuera compartido por mis distinguidos colegas del Tribunal, propongo al Acuerdo: (i) confirmar la sentencia de fs. 322/328 en lo principal que decide; (ii) modificarla en punto al daño emergente, conforme los alcances del pto. V. "j"; e (iii) imponer las costas de Alzada al HSBC quien resultó sustancialmente vencida. Las costas del rechazo del recurso contra la excepción de falta de legitimación pasiva se distribuyen por su orden (conf. arg. art. 68 y 71 del Cpr.).

Así voto.

El Dr. Ojea Quintana dice:

Comparto sustancialmente el ilustrado voto de mi distinguida colega preopinante.

Solo considero necesario enfatizar que en el caso no es preciso acudir indispensablemente al concepto de "deber de seguridad" y su ligamen con el tipo de obligación -de medio o resultado- que conllevaría tal deber. Ello pues son abundantes los elementos de juicio expuestos en la ponencia precedente con relación a la responsabilidad subjetiva que cabe atribuir a la banca.

Por análogas razones el señor juez de Cámara doctor Barreiro adhiere al voto de la Dra. Tevez.

Con lo que terminó este Acuerdo que firmaron los señores jueces de Cámara doctores: Juan Manuel Ojea Quintana, Rafael F. Barreiro y Alejandra N. Tevez. . Ante mí: María Florencia Estevarena. Es copia del original que corre a fs. 684/700 del Libro de Acuerdos N° 4 de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, Sala "F".

María Florencia Estevarena
Secretaria

Buenos Aires 8 de agosto de 2013.

Y VISTOS:

Por los fundamentos expresados en el Acuerdo que antecede, se resuelve: (i) confirmar la sentencia de fs. 322/328 en lo principal que decide; (ii) modificarla en punto al daño emergente, conforme los alcances del pto. V. "j"; e (iii) imponer las costas de Alzada al HSBC quien resultó sustancialmente vencida. Las costas del rechazo del recurso contra la excepción de falta de legitimación pasiva se distribuyen por su orden (conf. arg. art. 68 y 71 del Cpr.).

Notifíquese.

Hágase saber a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (cfr. art. 4 de la Ac. 15/13), recaudo que habrá de ser cumplido por este Tribunal.

Juan Manuel Ojea Quintana

Rafael F. Barreiro

Alejandra N. Tevez

María Florencia Estevarena

Secretaria