

En Acuerdo estos autos caratulados: "D.R.J.G. C/ BANCO CREDICOOP COOPERATIVA LIMITADA S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO", (JNQC12 EXP N° 548955/2022), venidos a esta Sala II integrada por los vocales Patricia CLERICI y José NOACCO, con la presencia de la secretaria actuante Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, la jueza Patricia CLERICI dijo:

I.- El día 5 de junio de 2024 se dicta sentencia -obrante en hojas 301/313vta.-, haciendo lugar a la demanda y condenando al banco demandado a abonar al actor la suma de \$ 2.319.509,98, con más la que se determine por daño emergente en la etapa de ejecución de sentencia, e intereses. Contra este decisorio la parte demandada interpone recurso de apelación, expresando agravios en hojas 322/331vta. -ingreso web n° 12281, con cargo de fecha 30 de julio de 2024-, los que son rebatidos por la parte actora en hojas 333/340 -ingreso web n° 12300, con cargo de fecha 1 de agosto de 2024-.

II.- a) La primera queja de la demandada se dirige a cuestionar el nexos causal.

Alega que la intervención de la empresa de telefonía celular fue la que originó la producción del hecho dañoso, dado que fue quien suministró a terceros una SIM Card de la línea perteneciente al actor, que les permitió recibir nuevas claves bancarias a través de ese celular.

Señala que a ese hecho debe sumarse que el actor no acreditó que no guardase sus claves en su perfil de algún sitio web, lo que importa el quebrantamiento del nexos causal, dado que no puede sostenerse que el daño sea atribuible a una falla de seguridad del banco.

Cuestiona que la jueza de grado haya considerado que la actuación de la demandada se conecta con las consecuencias dañosas sufridas por el accionante, porque su obrar no se adecuó al contrato celebrado con éste.

Dice que de los hechos denunciados al demandar se advierte que el actor reconoció que: 1) dio de baja su celular; 2) que terceros ingresaron al sistema de red de trabajo del local del demandante, donde se apoderaron del sistema informático, coincidiendo con los términos vertidos en la carta documento remitida al banco con fecha 12 de abril

de 2022, en la cual expresó que "fue objeto de una estafa por un tercero que vulneró la seguridad de su teléfono cambiando de compañía telefónica"; hechos que desplazan su responsabilidad en el evento dañoso.

Niega que haya existido operación sospechosa, toda vez que las transferencias se realizaron a través de credenciales válidas para el ingreso, y las modificaciones de los límites fueron tramitadas en forma corriente.

Dice que la interpretación que hace la jueza a quo respecto del concepto de "celular con certificación" tergiversa la realidad porque, en el caso de autos, el número telefónico nunca fue cambiado, sólo existió un reemplazo de compañía telefónica.

Acerca del incumplimiento de las obligaciones pactadas en la cláusula 15 del contrato suscripto por las partes, arguye que aquella que se refiere a informar operaciones inusuales y/o sospechosas alude a cuestiones vinculadas al lavado de dinero, y no a movimientos como los realizados en la cuenta del actor, los que son objeto de análisis en esta causa.

Cuestiona la impugnación por abusiva de la cláusula 7.10 - causales de eximición de responsabilidad del banco-, por no ser aplicable dicha cláusula en el presente caso, por cuanto las operaciones no fueron ni extrañas ni sospechosas.

Sostiene que no hubo incumplimiento de las normativas emanadas del Banco Central de la República Argentina, toda vez que las referidas a seguridad, tienen rango de provisorias, y además, constituyen una sugerencia a las entidades bancarias, quienes pueden o no adoptarlas, por lo que no puede hablarse de incumplimiento alguno.

Expresa que la regla que emana de la normativa del BCRA es el cumplimiento de las transferencias por parte de las entidades bancarias, constituyendo, su diferimiento, una excepción.

Critica que la jueza de grado haya reputado como sospechosos e inconsistentes los movimientos de la cuenta, sin explicar cuáles son los parámetros lógicos para arribar a esa conclusión.

Señala que la calificación que hace la sentencia recurrida como inhabituales de las transferencias realizadas los días 18 y 19 de

marzo de 2022 no tiene fundamentación, dado que medió previamente una solicitud de aumento del límite para la operatoria, y por tal razón no existían elementos para sospechar que eran fraudulentas.

Sigue diciendo que la responsabilidad atribuida a su parte lo ha sido por descarte, ya que no se demostró como fallaron los sistemas de seguridad del banco, en tanto la vulneración de la seguridad partió del desmanejo con el teléfono celular del actor, lo que evidencia una conducta reprochable de Movistar -por facilitar una SIM Card a otra personas-, y ello fue lo que abrió la puerta a toda la situación denunciada en autos.

Manifiesta que para responsabilizar exclusivamente a su parte debió acreditarse la inobservancia a un deber normativo de actuación, expreso y determinado.

Insiste en que la actora no precisó el específico incumplimiento del deber de seguridad, señalando su objeto y fundamento normativo, su alcance y grado de exigibilidad, explicando, además, como se configuró la inobservancia.

Pone de manifiesto que ninguna norma legal le impone al banco actuar de un modo diferente a lo que hizo.

Vuelve sobre que el origen del daño ha sido el obrar del demandante en su condición de usuario, porque el conocimiento de las claves de validación de acceso a su cuenta bancaria por parte de terceros obedeció a su conducta displicente.

Incluso, argumenta la apelante, el desistimiento de la prueba pericial en informática conspiró contra la acreditación de las fallas invocadas.

En subsidio, plantea la atribución de una cuota de responsabilidad a la actora.

Luego, se agravia por la procedencia de los daños reconocidos: restitución del dinero, daño emergente y daño moral, como también por los importes de las indemnizaciones para los dos primeros rubros.

Respecto de la restitución del dinero, entiende que no debe su parte hacerlo de manera íntegra, ya que la conducta negligente de Movistar contribuyó a la producción del resultado dañoso.

Con relación al daño emergente sostiene que no existe en la causa constancias reveladoras de que el actor hubiera tomado el crédito como consecuencia del hecho dañoso y que por ello, no está demostrado que hubiera efectuado pagos de las cuotas y si fue el demandante quién las abonó.

Cuestiona la extensión del daño a los montos correspondientes a IVA e IVA percepción, y que ellos constituyen créditos fiscales a favor del accionante, por lo que reintegrar tales gabelas implicaría que tiene un crédito fiscal más la devolución de lo abonado.

Se queja de la admisión del daño moral con fundamento en la aflicción del actor durante el curso del proceso, en tanto las reglas del sistema judicial (derecho a litigar y a defenderse) no pueden transformar en ilícito ningún acto.

Denuncia la existencia de un error en la sumatoria para arribar al capital de condena, el cual asciende a \$ 3.119.509,89 y no el que consta en el fallo, solicitando su rectificación.

Formula agravio por la tasa de interés fijada en la sentencia de grado, pretendiendo que ella sea la pasiva.

Apela los honorarios regulados a los profesionales intervinientes en esta causa, por altos. Invoca el art. 730 del CCyC.

Solicita se integre la litis con Movistar y, en subsidio, se cite a dicha empresa, afirmando que entre ella y su parte existe un litisconsorcio necesario (art. 89, CPCyC).

De igual modo, pide que se intime al actor para que manifieste, bajo juramento, si ha iniciado una acción similar contra la empresa de telefonía, y que se notifique a dicha compañía del resultado de esta litis.

II.- b) La parte actora contesta el traslado del memorial, reprocha al banco demandado haber facilitado las nuevas claves peticionadas desde una SIM Card, no obstante haber advertido que se había producido un cambio de compañía telefónica, ya que al momento de validar el número telefónico -para poder utilizar los servicios de homebanking-, quedó registrado que la compañía telefónica era Movistar, y no Claro.

Señala que el perito contador informó que el límite diario de transferencias resulta ser una medida de seguridad adoptada por la demandada para el uso de homebanking. Insiste en que el límite diario de \$ 100.000 es lo máximo que ha podido transferir en los dos años anteriores al hecho, tal como surge del resumen de cuenta bancaria que acompaña el experto, y que el aumento de dicho límite debía ser solicitado en forma presencial, situaciones que han quedado acreditadas en autos debido a la incontestación de la demanda.

Describe el contenido del contrato celebrado entre las partes y lo relaciona con las normativas del BCRA, para concluir en que resulta un absurdo sostener que sobre esa plataforma fáctica se rompió el nexo causal. Manifiesta que, pese a haberse clonado la tarjeta SIM, la demandada debió advertir ciertas cuestiones relacionadas con la cuenta bancaria de su cliente: el cambio de la compañía telefónica, el número de transferencias solicitadas desde cinco IP que no correspondían a la misma zona, el aumento del importe diario para transferir y que tal petición se formuló un día viernes a la medianoche.

Endilga a la demandada haber omitido la suspensión de las transferencias hasta tanto se pudiera investigar lo sucedido.

Destaca que el actor dio aviso telefónicamente el día sábado -19 de marzo de 2022-, por intermedio de un empleado del banco, y que el día lunes 21 de marzo de 2022, a las 8 horas, se apersonó en la institución bancaria, conforme fuera denunciado en la demanda, y confirmado por el testigo A.A.

Cita la normativa del BCRA, y agrega que ella prescribe que los bancos deben adoptar medidas, de acuerdo al perfil de sus clientes, características de sus cuentas, movimientos que efectúen normalmente y otros criterios.

Entiende que el servicio de homebanking es adicional al contrato de cuenta corriente bancaria y se encuentra regulado en el art. 1.394 del CCyC.

Afirma que la responsabilidad de la accionada es objetiva, no habiéndose acreditado ningún eximente de responsabilidad, y por el contrario, sí se probó que el banco omitió implementar medidas de seguridad ordenadas por el BCRA y el propio contrato celebrado.

Dice que es el incumplimiento del deber de seguridad por parte de la demandada el que originó el daño, por lo que la obligación de indemnizar se extiende a la restitución de todo el dinero.

Sigue diciendo que la toma del crédito para reponer el dinero está acreditada como consecuencia de la incontestación de la demanda.

Considera que el apelante no rebatió los argumentos en los cuales se fundó la procedencia del daño moral; y que de variarse la tasa de interés se vulneraría su derecho de propiedad, al aplicar una tasa que no actualice el capital ni contemple los efectos de la mora.

Entiende que ha precluido la posibilidad de citar a Movistar.

III.- En primer lugar, corresponde analizar la petición formulada por la parte recurrente, respecto de la integración de la litis en los términos del art. 89 del CPCyC.

En lo que refiere a la preclusión de la facultad de integrar la litis con posterioridad al auto de apertura a prueba, he sostenido en autos "Z. c/ Z." (expte. jnqci4 n° 527.797/2019, 31/7/2024): *"...la interpretación del auto de apertura a prueba como valladar infranqueable a efectos e integrar la litis, en supuestos de litisconsorcios necesarios, no tiene la adhesión de la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia.*

"Lino Enrique Palacio sostiene que el límite que trae la norma procesal representa una directiva de orden que, en presencia del objetivo al que responde el litisconsorcio necesario y de los principios generales que informan al ordenamiento procesal, particularmente en materia de economía procesal, no puede considerarse infranqueable; "de allí que, si aún con posterioridad a la providencia de apertura a prueba, y antes del llamamiento de autos en primera instancia, se comprueba que se ha omitido citar a alguno de los litisconsortes, sería admisible disponer la integración de la litis, porque de lo contrario se afrontaría, conscientemente, el riesgo de proseguir el desarrollo de una actividad procesal inútil en la medida en que se ha de impedir, fatalmente, un pronunciamiento sobre el mérito de la pretensión" (cfr. aut. cit., "Derecho Procesal Civil", Ed. AbeledoPerrot, 2022, T. II, pág. 1.111).

"Gabriel Hernán Quadri cita jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia de Santiago del Estero (autos "S. c/ Aybar", sentencia de fecha 30/12/2019), que sostiene: "El juez tiene el poder-deber de disponer oficiosamente la integración de la litis en los supuestos de litisconsorcio necesario, en todas las instancias y cualquiera fuera el estado de la causa...Si no obstante la falta de integración temporánea de la litis, el proceso llegase al estado de dictar sentencia, el juez, que no puede refugiarse en un non liquen, debe pronunciarse oficiosamente sobre la validez del trámite, que constituye presupuesto lógico de toda decisión de mérito y, consecuentemente, disponer la nulidad de lo actuado retrotrayendo la causa a la traba de la litis, para posibilitar -siquiera tardíamente- el ejercicio de la defensa por la parte sustantiva omitida. Lo contrario, el rechazo de la demanda fundado en el defecto de legitimación, supone que por una injustificada omisión del propio órgano se concluya consagrando un resultado disvalioso -inutiliter datum- que, precisamente, constituye la frustración de la eficaz prestación de la justicia que encarece el texto constitucional. La declaración de nulidad se fundamenta en la preservación del debido proceso en relación a la parte preterida, tanto como la conveniencia de asegurar el resultado valioso de la actividad jurisdiccional salvaguardando el prestigio de la justicia. En la interpretación que se propugna resalta, en suma, el rol decisivo del juez en la dirección, comando y saneamiento de la litis, tanto como la virtualidad y operatividad de los poderes-deberes a su cargo en el diseño del ordenamiento procesal, en consonancia con los fines que son propios e incanjeables de la función pública judicial" (cfr. aut. cit., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación comentado", Ed. La Ley, 2023, T.I, pág. 319).

"Integrando esta Sala II, en anterior composición, he sustentado un criterio similar al de los autores y jurisprudencia citados. Así, en autos "C. c/ Basso" (expte. jnqci3 n° 433.446/2010, 15/12/2015) sostuve: "Tal como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el litisconsorcio necesario se da en los términos del art. 89 del CPCyC cuando la relación jurídica que vincula a los sujetos procesales en el pleito es inescindible, de modo tal que la sentencia de mérito debiera ser pronunciada indefectiblemente frente a todos ellos

(autos "ORI Comunidad del Pueblo Diaguita de Andalgalá c/ Catamarca", sentencia del 17/4/2012).

"En igual sentido se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia local, sosteniendo que la finalidad instrumental del proceso consiste en hacer efectiva la ley sustancial y cuando la realidad dada por la trama de intereses involucrados reclama para su tutela, el concurso de la intervención de varios sujetos, cuyas pretensiones están vinculadas directamente -en coincidencia o en oposición- el proceso debe adecuarse, como única forma de que esa tutela resulte efectiva y oportuna (autos "A. c/ Provincia del Neuquén", R.I. n° 602/2013 del registro de la Secretaría de Demandas Originarias)".

Consecuentemente, el estado del trámite no constituye un impedimento para la integración de la litis en los términos del art. 89 del CPCyC.

Sin embargo, no encuentro que en estas actuaciones estemos ante un litisconsorcio necesario pasivo.

No resulta controvertido en estas actuaciones que el hecho dañoso -transferencias de dinero a terceros desde la cuenta corriente bancaria del actor- fue realizado mediante la utilización de la línea de telefonía móvil del actor, por duplicación (clonación) de la tarjeta SIM.

Estas transferencias que el actor denunció como fraudulentas fueron definidas por el Departamento de Delitos Económicos como "SIM Swapping", siendo necesario para la configuración del delito contar con el teléfono celular del actor, lo que permite a los delincuentes obtener la duplicación de la tarjeta SIM -cuyo nombre más común es chip-, para poder acceder, desde allí, al servicio de banca móvil o banca internet.

Gabriela A. Abad explica que el "SIM Swapping" es *"...una técnica de fraude que permite al delincuente sustraer la identidad del usuario de la línea celular, mediante la duplicación de dicha tarjeta SIM. Al analizar la terminología en inglés empleada, "swappin" significa cambio y "SIM"...se refiere al "Módulo de Identidad del Suscriptor".*

"En caso que la técnica delictiva "SIM Swapping" permita la concreción de las operaciones fraudulentas en las cuentas bancarias del usuario a través de algunos canales electrónicos que las entidades

bancarias ofrecen, existe responsabilidad de carácter objetivo de las empresas prestadoras de los servicios de comunicaciones móviles y de los bancos, por los daños ocasionados -tanto patrimoniales como extrapatrimoniales- toda vez que existe un grave incumplimiento a sus deberes de seguridad e indemnidad en el marco de una relación de consumo" (cfr. aut. cit., "SIM SWAPPING: Responsabilidad por daños de las empresas prestadoras de servicios de comunicaciones móviles y entidades bancarias", ElDial-DC3260).

Si bien en estas actuaciones no existe relación de consumo entre las partes, conforme lo ha decidido la jueza a quo y no ha sido controvertido en esta instancia, es importante señalar que la modalidad delictiva requiere de una línea telefónica y de un servicio de banca internet o similar de una entidad bancaria.

Por ello, la acción de autos bien pudo dirigirse contra la entidad bancaria demandada -conforme se ha hecho- o contra la empresa prestataria del servicio de telefonía al actor -Movistar S.A.-, e incluso pudo haberse instado la acción contra ambas, pero, en este caso, el encuadramiento procesal que hubiera correspondido hubiera sido el del litisconsorcio facultativo previsto en el art. 88 del CPCyC -y no el necesario-, dada la conducta que les cupo a las dos en el hecho dañoso, y la eventual obligación concurrente frente al accionante.

Diego R. Fage señala que el litisconsorcio necesario se origina en el hecho de que, por la naturaleza de la relación jurídico-material controvertida las normas conceden legitimación para pretender o resistir activa o pasivamente a varias personas en conjunto, no separadamente. En esta situación las partes tienen una misma pretensión exigida por la norma de derecho sustantivo o material y un mismo interés para obrar. La declaración jurisdiccional (pronunciamiento sobre el fondo) será eficaz si todos concurren al proceso (relación jurídico-procesal válida), evitando la ausencia de una de las partes y su eventual condena sin ser oída, ya que la sentencia debe ser necesariamente única respecto de todos.

El autor que vengo citando agrega que en la jurisprudencia italiana se sostiene que *"...hay litisconsorcio necesario por razones sustanciales, cuando hay una relación jurídica indivisible, común a varias personas, de modo que la sentencia pronunciada frente a algunas,*

solamente de éstas sería inutiliter data" (cfr. aut. cit., "Litisconsorcio: algunas consideraciones", TR LL 0003/402471).

En realidad, la relación que se da entre el banco y la empresa prestataria del servicio de línea telefónica, con respecto al hecho de autos, se sitúa, en principio, en el campo de la concausalidad, la que puede ser analizada sin necesidad de que comparezca una de ellas al proceso.

Tampoco resulta procedente la petición de intimar al actor a denunciar si existe o no una acción instada contra Movistar S.A., dado que no se dice cuál es el objetivo que persigue.

Y, de vincularse tal objetivo con la figura del enriquecimiento sin causa, tiene la demandada las vías procesales pertinentes para su planteo, no pudiendo abordarse en esta instancia en tanto no fue una cuestión propuesta a la jueza de grado (art. 277, CPCyC).

Por lo dicho, no se hace lugar al pedido de integración de la litis, ni al de intimar a la parte actora.

IV.- Ingresando ahora en el tratamiento de los agravios de la parte demandada, es preciso señalar que en autos, y conforme planteara la acción la parte demandante, nos encontramos en el ámbito de la responsabilidad contractual, ya que la demanda pretende el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual en el que habría incurrido la entidad bancaria.

Ricardo Luis Lorenzetti enseña que *"La tradición histórica de origen romanista organizó la responsabilidad civil en dos regímenes diferentes: contractual o extracontractual o aquiliano.*

"En la responsabilidad extracontractual hay una conducta que contradice el deber genérico de no dañar a otro, mientras que en la responsabilidad contractual el comportamiento viola una obligación que ya existe, es determinada o específica respecto de un sujeto que es deudor. De tal modo, hay responsabilidad contractual siempre que el ilícito se configure por el incumplimiento de una obligación preexistente, lo cual abarca los supuestos en que esa obligación nace de un contrato, o de un acto unilateral.

"...El Código Civil y Comercial de la Nación concretó...unificando la responsabilidad contractual y extracontractual, porque hay coincidencia doctrinaria en que la ilicitud es un fenómeno que responde a una unidad sistemática.

"Esta unidad se refiere a la independencia de la causa fuente del crédito: cualquiera sea la causa, se aplican los mismos principios, pero se mantienen algunas diferencias.

"...La primera es entre el reclamo del valor de la prestación, o estimatio rei (que se rige por las normas del cumplimiento forzado), y el de los mayores daños sufridos al margen de aquél (id quod interest). En efecto, cuando hay imposibilidad de prestar, imputable al deudor, el acreedor tendrá derecho a reclamar el equivalente sin necesidad de otra prueba que demostrar que el vínculo se halla vigente. Pero si además sufrió daños adicionales, podrá reclamar el id quod interest siempre y cuando, claro está acredite en este caso todos los presupuestos de la responsabilidad civil

"...En materia de relación causal el Código Civil y Comercial adopta como principio general la teoría de la causalidad adecuada (art. 1726), que se funda en un parámetro objetivo de comparación: hay que establecer, en cada caso, si era previsible que cierto hecho generara determinado resultado, de acuerdo a lo que habría previsto un hombre medio en el momento del hecho. Sin embargo, para el caso de contratos celebrados de manera paritaria -lo que excluye a los contratos de consumo- la ley se aparta de ese principio general y establece un parámetro particular: el deudor incumplidor responde por las consecuencias que las partes (y no un hombre medio) previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración (y no al momento del hecho), según el artículo 1728. El criterio tiende a respetar el esquema de riesgos y beneficios que los contratantes diseñaron en ejercicio de su autonomía negocial" (cfr. aut. cit., "Tratado de los Contratos - Parte General", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2018, pág. 686/704).

Entre actor y demandada se ha celebrado un contrato bancario paritario -no alcanzado por el derecho del consumo, conforme ya se dijo-, el que fue acompañado por el perito contador -presentación web n° 562890, con cargo de fecha 27 de octubre de 2023-.

La jueza a quo ha detallado en su sentencia las cláusulas de este contrato respecto de las cuales medió incumplimiento de la demandada, y sobre esta cuestión formula agravio la recurrente.

Previo a continuar con el análisis de los agravios, cabe señalar que la parte demandada no ha contestado la demanda.

Esta Sala II, reiteradamente, ha señalado que la presunción de veracidad prevista en el art. 356, inc. 1), del CPCyC no obliga al juez a fallar de acuerdo con lo requerido en la demanda. Así, en autos "M. c/ Girardi" (expte. jnqci2 n° 426.519/2010, 5/2/2015); "Díaz c/ Videla" (expte. jrsci 1 n° 13.519/2019, 11/8/2021); y "López c/ Bar 2 SRL" (expte. jnqci3 n° 523.425/2018, 15/9/2021), entre otros, se ha dicho: *"Cabe poner de manifiesto que si bien la demandada no ha contestado la demanda, lo que importa el reconocimiento de los hechos afirmados por el actor, ello no exime al juez de fallar conforme a derecho y de acuerdo con las pruebas aportadas, cuando éstas se han diligenciado no obstante la incontestación de la demanda."*

"La falta de contestación de la demanda implica un reconocimiento de los hechos en ella expuestos y crea una presunción de verdad de los sucesos afirmados por el accionante (cfr. Cám. Nac. Apel. Civil, Sala D, "J.g. S.A. c/ Celasco Aranda", 13/9/2002, DJ 2003-I, pág. 18; Cám. Apel. Civ. y Com. San Juan, Sala II, "A. c/ Segovia", 26/6/2002, LL on line AR/JUR/5691/2002), pero esta presunción puede ser desvirtuada por la prueba que se produzca en el trámite. Por ello, el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba (Sala Civil y Comercial, "R.U. c/ G.", 3/3/2010, LL on line AR/JUR/28513/2010) ha sostenido que "la falta de contestación de la demanda, aun cuando exista rebeldía declarada y firme, y se trate de hechos pertinentes y lícitos, no implica necesaria y automáticamente la veracidad de los hechos invocados por la actora porque en definitiva la presunción que crea a favor del accionante debe ser ratificada o robustecida mediante la prueba pertinente. Como sostiene Palacio, cabe señalar que la rebeldía y la falta de contestación de la acción guardan sustancial analogía en lo que atañe a la apreciación de los hechos, ya que tanto una como otra constituyen fundamento de una presunción simple o judicial, de modo que incumbe exclusivamente al juez, en oportunidad de dictar sentencia, y atendiendo a la naturaleza del proceso y a los elementos de convicción que de él surjan, establecer si el silencio del demandado es o no

susceptible de determinar el acogimiento de la pretensión deducida por el reclamante...".

Ahora bien, la parte demandada no cuestiona la base fáctica considerada por la jueza de grado, sino que alguno de estos hechos constituya incumplimiento de su parte, de las obligaciones comprometidas en el contrato celebrado con el actor.

Por ende, llega firme a esta instancia que el actor sufrió la vulneración de su cuenta corriente -abierta en el banco demandado- a través del sistema homebanking, permitiendo que terceras personas, sin su consentimiento, le sustrajeran la suma de \$ 2.902.100, realizándose 16 transferencias consecutivas, a cuentas de terceros no asociadas a su cuenta con anterioridad y por importes que superaron el límite máximo diario autorizado por el banco accionado -\$ 100.000-, las que tuvieron lugar entre los días 18 y 19 de marzo de 2022.

Tal como se señaló en el apartado anterior, la maniobra de la que fue víctima el demandante necesita -para su concreción- de una línea telefónica y de la cuenta bancaria. Del informe brindado por la Policía -obrante en hojas 119/121- surge que la realización de las transferencias fue posible por haberse usado el teléfono celular del accionante, ya que a través de la duplicación de la tarjeta SIM los terceros accedieron a los datos personales del actor, solicitaron un blanqueo de la clave de la aplicación bancaria, generándose una nueva clave que fue enviada por mensaje de texto al celular, posibilitando el acceso a la cuenta corriente.

En otras palabras, no puede negarse que, como lo afirma la parte demandada, de no haber mediado la clonación de la tarjeta SIM del demandante, no se podrían haber realizado las 16 transferencias. Por tanto, y más allá de la responsabilidad del banco demandado -que conforme lo desarrollaré más adelante, existió-, no puedo pasar por alto que también se ha configurado responsabilidad de la empresa prestataria del servicio telefónico (Movistar S.A. y/o Claro), o tal vez, de la propia víctima, ya que en la copia de la tarjeta SIM y en el alta de la línea telefónica en la empresa Claro no puede endilgarse responsabilidad alguna a la entidad bancaria.

No se conoce como se produjo la clonación de la tarjeta SIM, pero ello pudo suceder por descuido del propio actor; o porque la

misma empresa Movistar S.A. permitió -no deliberadamente, en principio- que se copiara una tarjeta de un cliente, con toda la información en ella contenida. Incluso me pregunto cómo la empresa Claro permitió el alta de una línea telefónica, con el mismo número que traía el usuario de otra empresa, sin verificar mínimamente la identidad del peticionante.

Respecto de tales conductas, reitero, el banco demandado no puede ser responsabilizado.

Pero sí entiendo que ha mediado incumplimiento de la demandada en lo que refiere a algunos de los deberes de seguridad comprometidos contractualmente. Más adelante analizaré la extensión de esta responsabilidad.

Vayamos a los incumplimientos.

La jueza a quo especifica que el banco demandado no ha dado cumplimiento a las obligaciones asumidas en las cláusulas 8.4, 13 y 15 del contrato, en el apartado dedicado a "Operaciones por medios automáticos", y en las cláusulas 7.1.2.3.2 y 7.8 del mismo contrato, apartado "Banca Internet".

En la cláusula 8.4 se estipula que en los servicios de Banca Internet solamente se admitirán diariamente operaciones que supongan movimientos de fondos no superiores al importe vigente en cada oportunidad. No se ha cuestionado en esta instancia que el límite máximo diario al que refiere esta cláusula, a la época del hecho delictivo, era de \$ 100.000; y que de las 16 operaciones desconocidas por la parte actora, 7 fueron inferiores a este límite máximo, pero las restantes 9 excedieron este tope.

El banco alega que se solicitó el incremento excepcional y transitorio de este tope máximo, pero no ha acompañado a juicio ni ha suministrado al perito contador la grabación de esta conversación, cuando en virtud de la cláusula 13 correspondía grabar, por tener autorización del cliente para ello, las conversaciones telefónicas que se produzcan en el marco de la utilización de cualquiera de los productos y/o servicios; grabaciones que podían ser presentados en juicio como medio de prueba.

Luego, existen elementos que tendrían que haber puesto en alerta al banco demandado respecto de las operaciones realizadas en la cuenta corriente de titularidad del actor.

En primer lugar, y toda vez que no se ha cuestionado que el uso de la duplicación de la tarjeta SIM se hizo a través de una línea de la empresa Claro -cuando la del actor correspondía a la empresa Movistar-, se ha vulnerado lo pactado en la cláusula 7.1.2.3.2 en cuanto dispone: *"La Clave Móvil es una aplicación que se instala en el teléfono celular del TITULAR y que al ejecutarla brinda un código para autorizar la realización de operaciones...Asimismo, el TITULAR deberá contar con un teléfono celular con certificación, entendiéndose por éste la verificación que realiza el BANCO respecto del mismo para su utilización con Clave Móvil. Tal procedimiento se realiza a través de la Filial del Banco donde opera"*. Considerando que el actor tenía su teléfono celular verificado por la filial del banco, va de suyo que éste tuvo que haber advertido que las operaciones (16) se estaban realizando desde un teléfono y una línea no verificada por el banco, dado que pertenecía a otra empresa y, además, obligadamente se debió usar un aparato celular que no era el del accionante -titular de la cuenta-.

Luego, ni el blanqueo de la clave móvil ni el aumento del tope máximo diario para transferir fueron comunicados al actor en la forma pactada en el contrato. La cláusula 7.8 estipula: *"...las notificaciones, avisos, o cualquier otra información vinculada con los Servicios sean remitidas a la dirección de correo electrónico indicada por el TITULAR...En consecuencia y atento las características propias de este tipo de comunicaciones, el TITULAR reconoce como válidas todas las notificaciones que ese BANCO realice mediante el envío de la información a la dirección de correo electrónico indicada por el TITULAR...aceptando las constancias existentes en los registros del BANCO como prueba suficiente de las mismas"*.

Tanto la cláusula 15 como la 7.10 refieren al compromiso del banco de monitorear operaciones que puedan ser consideradas sospechas en distinto supuestos: 1) lavado de dinero -que no es el caso de autos; 2) otras actividades ilícitas -que es el caso de autos-; 3) operación extraña para el giro habitual del titular de la cuenta y/o de las cuentas involucradas, no confirmada -que también es el caso de

autos-, contando con la facultad de rechazar la operación o no cursarla (cláusula 10).

De acuerdo con el informe pericial contable, y los movimientos de la cuenta corriente del actor, vemos que el demandante se manejó dentro de los límites diarios de transferencia y en horarios, en general, comerciales; en tanto que las operaciones desconocidas fueron 16, realizadas en un lapso de pocas horas, durante la noche/madrugada y de un fin de semana. Cuanto menos, la conducta del banco demandado ante estas circunstancias fue poco diligente, ya que debió advertir que estas transferencias eran ajenas al giro normal de la cuenta bancaria, por lo que claramente eran sospechosas, de acuerdo con el perfil del cliente, siendo pertinente su suspensión o rechazo hasta que el titular de la cuenta las confirmara.

Se confirma entonces la sentencia de primera instancia en cuanto tiene por acreditados los incumplimientos contractuales por parte de la entidad bancaria.

Incluso, existe un incumplimiento al deber genérico de buena fe que campea en la materia contractual, ya que el actor denunció la existencia de la maniobra fraudulenta ante el banco demandado el día 19 de marzo de 2022 -cuando advirtió que no tenía línea en su teléfono y Movistar le comunicó que había sido dada de baja y dada de alta por Claro (hechos afirmados en la demanda, y no descalificados por prueba en contrario)-, a través de su asesor de cuenta, y luego el día lunes 21 de marzo de 2022 fue personalmente a la sucursal bancaria, a primera hora, y sin embargo la demandada nada hizo por detener las transferencias.

Y conforme lo ha entendido la jueza a quo, el banco, como parte del contrato, y en su condición de profesional en la actividad que desarrolla, tiene el deber de cumplir las normas de seguridad que dicta el BCRA. Y esta última entidad informó que las disposiciones descriptas en el "Sistema Nacional de Pagos - Transferencias" indican que la entidad financiera debe adoptar diversos cursos de acción, partiendo del perfil del cliente, las características de sus cuentas, los movimientos que efectúa normalmente y otros criterios.

Graciela Abad señala que esas directivas abarcan desde el diferimiento de las transferencias (débito y/o crédito) cuando *"la transacción sea considerada por la entidad financiera como inconsistente*

respecto de los parámetros de seguridad adoptados, los que se focalizan en conocer el perfil transaccional del cliente, su comportamiento en cuanto a la cuantía de los importes de sus operaciones y los movimientos que efectúen normalmente, entre otros criterios, para poder advertir horarios inhabituales, destinatarios desconocidos, IP inhabituales, etc.". Y agrega, "...no libera de responsabilidad a la entidad financiera el hecho de que un tercero (duplicando el SIM del cliente) haya logrado acceder a canales electrónicos que pone a disposición de sus clientes. Expresamente el B.C.R.A. impone a los bancos controlar la genuinidad de las operaciones, y que guarden una razonabilidad con el patrón transaccional del usuario, debiendo dotar a sus sistemas de suficiente inteligencia para validar su identidad, minimizar riesgos y detectar operaciones inusuales o sospechosas. Todo ello en virtud del deber de seguridad y control como entidad proveedora de servicios financieros" (cfr. aut. cit., op. cit.).

Insisto, si bien la entidad bancaria registró una solicitud de aumento del límite para operaciones de transferencia inmediata a otros bancos (hoja 7 de la causa penal), lo cierto es que ninguno de los parámetros que debió controlar y conductas que debió observar el banco demandado fue cumplimentado, ni las especificadas en el contrato, ni las generales derivadas del deber genérico de seguridad que tiene la accionada.

Cabe recordar que, y cito nuevamente a Ricardo Luis Lorenzetti, cuando se trata del incumplimiento contractual, es necesario comparar la conducta obrada con la debida y el débito surge por comparación con todo el contenido del contrato, constituido por: a) la obligación nuclear y b) los deberes colaterales (cfr. aut. cit., op. cit., pág. 706).

V.- Confirmándose la existencia de las obligaciones nucleares y colaterales, como así también los incumplimientos en que incurriera el banco demandado, corresponde analizar el agravio referido a la nulificación de la cláusula 7.10 del contrato suscripto entre las partes, en cuanto exime de responsabilidad al banco por la falta de detección de una operación extraña o del no ejercicio de la facultad de rechazo.

La parte demandada sostiene que esta cláusula no es de aplicación en el sub lite dado la inexistencia, en su opinión, de operaciones sospechosas.

En el apartado anterior se ha dado respuesta al tema, por cuanto se ha confirmado la sentencia de grado en cuanto a los incumplimientos, analizándose por qué las transferencias realizadas por terceros, sin el consentimiento del actor, eran sospechosas.

Sin perjuicio de ello, el hecho que el contrato de autos no sea de consumo, no lo excluye de ser calificado como un contrato celebrado por adhesión a cláusulas generales predispuestas, ya que es claro que reúne los recaudos del art. 984 del CCyC.

Y en este marco normativo, una cláusula que exime de responsabilidad al banco, cuando existen en el texto contractual múltiples cláusulas dirigidas a garantizarla seguridad en las transacciones que se realicen mediante la cuenta corriente, desnaturaliza las obligaciones del predisponente (art. 987, inc. a, CCyC), ya que hacen que el banco carezca de interés en el cumplimiento efectivo de las obligaciones contraídas, dada la exclusión de toda responsabilidad por la concreción de operaciones sospechosas.

De igual modo, se advierte que esta cláusula restringe los derechos del adherente, en cuanto excluye la responsabilidad del banco ante las operaciones sospechosas, dejando al primero claramente en una situación de vulnerabilidad -producto de la inferioridad de condiciones derivada del contrato por adhesión- (art. 988 inc. b, CCyC).

Lo dicho determina que, por aplicación del enunciado general del art. 988 del CCyC, esta cláusula sea abusiva y se deba tener por no escrita.

Pero, si bien no existe una exclusión total de la responsabilidad del banco, sí encuentro la configuración de una eximición parcial de responsabilidad de la demandada, derivada de la ruptura parcial del nexo causal entre la conducta de la entidad bancaria y el hecho dañoso.

Es que, conforme ya se ha señalado, para la configuración del ilícito del que fue víctima el actor se requiere de dos elementos, por un lado la sustracción de la línea telefónica -para así poder acceder a los datos bancarios, conforme ha sucedido en autos-, y, por

otro, la vulneración de los dispositivos de seguridad que implementa la entidad bancaria con el objeto de evitar la producción de estos hechos.

Es claro que en la sustracción de la línea telefónica no existe responsabilidad alguna de la entidad bancaria, y va de suyo que sin esta sustracción la maniobra dañosa no pudo haber ocurrido.

Se configura, entonces, una concausalidad, donde la conducta del banco, por un lado, y la de la propia víctima o terceros, confluyen en la producción del daño.

El problema en estos casos es diferenciar el grado de participación de cada una de las conductas para llegar al resultado final. Analizadas las circunstancias de autos, he de distribuir esta participación en un 60% a cargo del banco, y en un 40% a cargo del damnificado o de terceros (no surge del legajo penal ni de las constancias de la causa de qué modo se sustrajo la línea telefónica).

Ello así, porque el banco es una entidad profesional, que además suscribió un contrato con cláusulas dirigidas concretamente a evitar maniobras como la sufrida por la parte actora, por lo que debo entender que este tipo de delitos eran previsibles al momento de la contratación, y ello hace que tenga un grado mayor de participación en la producción del dañoso.

Consecuentemente, y como correlato de esta concausalidad, el banco solamente debe responder por el 60% del daño producido al demandante.

VI.- Vayamos ahora a las reparaciones determinadas en la sentencia de primera instancia, respecto de las cuales también ha formulado queja la parte demandada.

Respecto del reintegro de las sumas transferidas en las operaciones desconocidas por el actor, se ha hecho lugar a lo pretendido por la recurrente como consecuencia de la determinación de concausalidad, por lo que el tratamiento del agravio deviene abstracto.

En lo que refiere al daño emergente, la parte demandada cuestiona que se tenga por acreditado que la toma del crédito bancario se vincula causalmente con el hecho dañoso.

La contratación del mutuo para cubrir el capital sustraído de la cuenta corriente abierta en el banco demandado, para así poder

continuar con el giro normal de su comercio fue afirmado en la demanda, no existiendo prueba que desvirtuó la presunción de veracidad que deviene de la incontestación de la demanda.

Pero, además, el Banco de la Nación Argentina, en hoja 92/vta., informa que la parte actora tomó un crédito personal por un capital de \$ 3.000.000, por lo que la existencia del mutuo se ve confirmada por la prueba aportada a la causa.

Luego, y conforme lo ha señalado la jueza a quo, el monto del crédito coincide con el dinero sustraído (\$ 2.919.509,89), en tanto que el mutuo fue por \$ 3.000.000, y si bien la fecha del mutuo es 10 de junio de 2022, no representa una extensión temporal importante entre los hechos (18 y 19 de marzo de 2022) y la de otorgamiento del mutuo bancario, que puede entenderse a partir de los trámites realizados por el actor frente a la entidad bancaria demandada, y la evaluación de las posibilidades para superar la situación.

Por ende, encuentro que existe relación causal entre la contratación del mutuo y el hecho dañoso.

En cuanto a los rubros que manda pagar la jueza a quo en relación al mutuo (intereses, IVA e IVA percepción, y sellado) se trata, como bien lo indica el fallo recurrido, de lo que tuvo que abonar el actor en más como consecuencia de la sustracción del dinero depositado en la cuenta corriente. No existe constancia en autos que el IVA abonado le genere al demandante un crédito fiscal, como tampoco tiene trascendencia para la reparación que el mutuo fuera abonado o no directamente por el actor.

Lo concreto y definitorio para la reparación del daño emergente es la relación de causalidad entre la contratación del crédito bancario y el daño provocado al accionante.

Finalmente, y en lo que refiere al daño moral, cabe señalar que el resarcimiento del daño extrapatrimonial en los contratos ya era admisible con la anterior codificación, y su procedencia se vincula con la índole del hecho generador y las circunstancias del caso.

Esta Sala II en las causas "Bravo c/ Albarracín", (expte. jnqci3 n° 519.953/2017, 9/12/2021) y "Ducoin c/ Sucesores de Goizueta Héctor" (expte. jnqci5 n° 424.575/2010, 20/11/2024) entre otras, sostuvo: *"...el daño moral, cuando tiene origen contractual, debe ser*

considerado con rigor y, por lo tanto, es a cargo de quien lo reclama su prueba, no bastando el incumplimiento de las obligaciones contraídas. Consecuentemente, en materia contractual el daño moral no se presume, debiendo alegarse y acreditarse los hechos y circunstancias que determinaron su existencia (cfr. Cám. Nac. Apel. Comercial, Sala B, 9/12/1980, "T.C. c/ Even S.A.", LL 1981-B, pág. 409).

"En igual sentido, otorgando al daño moral en materia contractual carácter restrictivo, se ha pronunciado también la jurisprudencia civil. Así la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala K (15/8/1994, "C. c/ M.", LL 1995-D, pág. 778) ha señalado que: "no cualquier molestia, desagrado o aflictiva situación derivada del solo incumplimiento de un contrato puede generar de por sí un resarcimiento por daño moral a favor de la víctima, si no se demuestra clara y concretamente que dicho incumplimiento ha producido una lesión directa en los valores más hondos de la personalidad humana, que hacen al mundo de sus afectos íntimos".

En autos, se ha verificado un incumplimiento contractual por parte del banco demandado, pero lo determinante a fin de hacer lugar a la reparación del daño extrapatrimonial ha sido, conforme lo pone de manifiesto el fallo apelado, la conducta tenida por la entidad bancaria en torno al incumplimiento, ya que ha demostrado despreocupación frente a la situación del actor, su cliente.

Ello queda manifestado cuando, habiendo sido anoticiado el banco de la comisión del ilícito, no hizo nada por detener la concreción de las transferencias, permitiendo negligentemente que el daño se configurara. Por otra parte, y conforme lo sostiene la jueza de primera instancia, con posterioridad al hecho ilícito en nada colaboró para morigerar el impacto en la situación del actor, lo que queda probado cuando lo obliga a promover una acción judicial para obtener la reparación de un daño generado por su incumplimiento contractual.

Entiendo entonces que los padecimientos espirituales del demandante, su desazón, su preocupación, exceden de lo tolerable para un incumplimiento contractual, correspondiendo su resarcimiento.

Se confirma, entonces, la sentencia de primera instancia en cuanto a las indemnizaciones que manda abonar.

VII.- En lo que refiere a la tasa del interés moratorio - efectiva anual para préstamos personales, canal venta sucursales para clientes sin paquete, del BPN-, que se manda aplicar desde la fecha de la mora -18 de marzo de 2022- y hasta el efectivo pago del capital de condena, ella coincide con la adoptada por esta Cámara de Apelaciones.

Así, en autos "Geldres c/ Morales" (expte. jnqci4 n° 512.984/2016, 31/5/2023), se dijo: "...la judicatura tiene la obligación de encontrar medios que permitan mantener el poder adquisitivo de la moneda, sobre todo en el marco de procesos inflacionarios como el que hoy se vive en el país, de modo tal que el acreedor no vea disminuido (o licuado) su crédito por el incumplimiento culpable (mora) del deudor, ya que tal proceder es contrario a la ética de las relaciones humanas, que indica que no puede estar en mejor posición o ser favorecido aquél que incumple la ley o la palabra contractualmente comprometida.

"Conforme lo sostienen Ramón Daniel Pizarro y Carlos Gustavo Vallespinos la inflación tiene consecuencias graves desde la perspectiva jurídica pues afecta (o lisa y llanamente destruye) las principales funciones del dinero: ser unidad de cuenta, instrumento de cambio e instrumento de pago. "No sirve como medida de valor de bienes porque, por su propia inestabilidad, se convierte en un metro cada vez más corto al que los particulares miran con desconfianza a la hora de contratar. Tampoco es útil como instrumento de cambio, pues como fruto de su envilecimiento, no satisface las exigencias mínimas que debería reunir para el intercambio equitativo, que presupone un valor constante de aquello que se entrega a cambio de un bien o servicio.

"Las secuelas negativas terminan proyectándose, lógicamente, a su aptitud como instrumento de pago, ya que los ciudadanos rehúyen de ella y buscan otras monedas más estables y seguras que permitan una mejor adecuación entre lo debido y lo pagado, entre aquello que fue querido por las partes y lo que es motivo de cumplimiento.

"...El principio nominalista, en un sentido amplio, es aquél que otorga relevancia jurídica al valor nominal del dinero. En sentido específico, es la regla según la cual la obligación pecuniaria se extingue de conformidad con su importe nominal...Esta doctrina aparece fundada en la premisa de que los valores nominal y real siempre

coinciden; sin embargo, cuando esa ficción choca con la realidad económica, no puede servir de base para soluciones justas.

"...El nominalismo tiene dos posibles variantes en su formulación:

"Una de carácter relativo, que lo recepta de modo general pero permite su apartamiento mediante la inserción convencional, legal y judicial de mecanismos de ajuste. Tal es la solución que impera en la mayor parte de los países occidentales...Otra más absoluta conforme la cual el nominalismo es inderogable por voluntad de las partes e imperativo. Un sistema donde el orden público cierra las puertas a todo apartamiento por vía legislativa, judicial o convencional. Es el caso de Alemania...Es también el sistema que equivocadamente ha mantenido el nuevo código civil y comercial" (cfr. aut. cit., "Tratado de Obligaciones", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2017, T. I, pág. 411/416).

"Ahora bien, teniendo en cuenta la tajante prohibición de repotenciar la deuda de autos, derivada de la ley 23.928 -cuya validez constitucional no ha sido puesta en tela de juicio-, y la vigencia del principio nominalista en nuestro derecho interno, el instrumento legal al que puede acudir para proteger el crédito del trabajador de autos es la tasa de interés.

"Esta también fue la conducta seguida por el Tribunal Superior de Justicia al sentar doctrina en autos "A.L. c/ Municipalidad de Neuquén" (expte. nro. 1.701/2006, Acuerdo n° 1.590 de fecha 28 de abril de 2009 y del registro de la Secretaría de Demandas Originarias). En el voto del señor ministro que se pronunció en primer lugar se dice: "...abandonado el régimen de convertibilidad cambiaria y, ante el cambio de escenario económico que se produjo a partir de ello, la fijación judicial de los intereses volvió a adquirir especial gravitación, por cuanto esta decisión debe compatibilizar dos directivas que aún se mantienen vigentes: por un lado, la prohibición de recurrir a cláusulas de ajuste y mecanismos de actualización; por el otro, mantener incólume el contenido económico de la sentencia. En este marco, el interés además de reparar el daño producido por la mora, adquiere también la función de salvaguardar el valor del capital adeudado contra la inflación.

"En otros términos, en el contexto económico actual, corresponde aplicar una tasa de interés que contemple la expectativa

inflacionaria y no sólo que compense la falta de uso del dinero. Si la tasa de interés aplicada se encuentra por debajo de la línea trazada por la evolución de la inflación incumplirá el mandato legal de mantener incólume la condena y lesionará la garantía constitucional al derecho de propiedad, amén de colocar al deudor moroso en mejor situación que la del cumplidor; por encima de aquél índice, será preciso advertir en qué medida el paliativo interés deja de cumplir esa función para convertirse en una distorsión del correcto sentido de la ley (cf. Acuerdo 21/04 del Registro de la Secretaría de Recursos Extraordinarios Civil)".

"...Consecuentemente, teniendo en cuenta que la tasa de interés activa del Banco Provincia del Neuquén -conforme publicación del Gabinete Técnico Contable del Poder Judicial- fue positiva desde la fecha de la mora y hasta el 31 de diciembre de 2020 -más allá de algunas fluctuaciones mensuales, luego compensadas- ella se mantendrá por ese período, aplicándose a partir del 1 de enero de 2021 y hasta el efectivo pago dos veces dicha tasa activa. La duplicación de la tasa por el período indicado permite compensar al demandante por la desvalorización de la moneda nacional, a la vez que resarce los restantes daños que pudo haber sufrido como consecuencia de la privación de uso del capital". ("L. c/ Centro de Medicina Integral del Comahue S.A." Expte. 511.164/2017, 17/11/2022 y "L.M.M.c/ T.D. y otro s/Daños y perjuicios", 525812/2019, 02.12.2022).

"Bajo esas premisas optamos por establecer el doble de la tasa activa del BPN SA, sin embargo la cuestión viene nuevamente a análisis, por la decisión de la Corte Nacional en "G.J.O. c/ UGOFE S.A. y otros s/ daños y perjuicios (acc. trán. c/ les. O muerte)"CIV 51158/2007/1/RH1).

"En el precedente mencionado, la Sala H de la Cámara Nacional Civil había optado por igual temperamento, -doble tasa activa- y la decisión fue revocada por la Corte en el entendimiento que en el caso de acciones por daños y perjuicios derivadas de accidentes de tránsito no existe un acuerdo previo entre las partes, ni tampoco es de aplicación una ley especial y por ello debe estarse al supuesto del inciso c) del art. 768 del CCyC, esto es, las tasas fijadas por el Banco Central, no siendo la duplicación de la tasa activa fijada por reglamentación del Banco central, razón por la cual no puede subsumirse en la manda legal del citado art. 768.

"El tribunal también reflexionó allí que la facultad conferida a los jueces para variar la tasa de interés es en punto a morigerarlo en la medida que resulte desproporcionado, más no comprende la posibilidad de decidir su aumento sin reglamentación que la sustente, de modo que es forzoso concluir que se debe recurrir a una tasa bancaria y pública, que refleje el costo medio del dinero para deudores y operaciones similares en el lugar donde se contrajo la obligación.

"Con esa directriz, y de conformidad al análisis oportunamente efectuado por el cual se arribara a decidir la duplicación de la tasa activa, resulta procedente adoptar la tasa efectiva anual -a la que deberá restársele el IVA- que aplica el Banco provincial al otorgar "Préstamos personales-Canal de Venta Sucursales" reflejando ello el precio del dinero que se debe afrontar para el caso de no contar con su disponibilidad".

Cabe señalar que, con posterioridad, esta tasa ha sido adoptada por la Sala Procesal Administrativa del Tribunal Superior de Justicia en autos "M.C. c/ Provincia del Neuquén" (expte. opanq2 n°4.253/2013, Acuerdo n° 44 de fecha 18/9/2023).

Consecuentemente, corresponde confirmar la tasa de interés oratorio fijada en la sentencia de grado. Ello sin perjuicio que, en oportunidad de practicarse la liquidación definitiva de capital de condena con más sus intereses, las partes puedan plantear una morigeración de esta tasa por importar, su aplicación, excesiva en atención a las variables inflacionarias existentes a ese momento (art. 771, CCyC).

VIII.- Distinta solución merece el planteo rectificatorio respecto del capital de condena, ya que la sumatoria de la restitución del dinero sustraído (\$ 2.919.509,89) y de la indemnización por daño moral (\$ 200.000), asciende a \$ 3.119.509,89 y no la que consta en la condena de primera instancia.

Ahora bien, dado la atribución de responsabilidad determinada en esta instancia, de este capital, al igual que del daño emergente que se cuantifique oportunamente, la demandada responde por el 60% (o sea, por la suma de \$ 1.871.705,93, en lo que refiere al capital antedicho).

IX.- Resta por analizar la apelación arancelaria.

La jueza de grado ha fijado en el 22% de la base de regulación los honorarios de la representación letrada de la parte actora, lo que importa haber utilizado el 16% de la escala del art. 7 con más el plus previsto en el art. 10, ambos del arancel.

Este porcentaje se ubica en el término de la escala referida y es el que utiliza habitualmente esta Cámara de Apelaciones para supuestos de similar complejidad, entendiendo que retribuye adecuadamente la labor cumplida por los letrados de la parte actora, por lo que han de ser confirmados.

En lo que refiere a los honorarios fijados a la representación letrada de la parte demandada (5% de la base de regulación), ellos se adecuan a la manda del art. 7 de la ley 1.594 y a las etapas del proceso cumplidas por la profesional Cadamuro, siendo, entonces, confirmados.

Finalmente, la jueza a quo ha establecido la retribución del perito contador en el equivalente al 3% de la base regulatoria, siendo éste un honorario que retribuye adecuadamente la labor cumplida por el experto, y que guarda relación de proporcionalidad con los emolumentos de los abogados de las partes, correspondiendo su confirmación.

Sobre la aplicación del tope previsto por el art. 730 del CCyC, reiteradamente esta Cámara de Apelaciones ha sostenido que no tiene vigencia en el ámbito provincial.

En autos "H. c/ Galeno ART S.A." (expte. jnqla6 n° 528678/2020, 17/11/2021), y "V.c/ Galeno ART S.A." (expte jnqla1 n° 529770/2020, 28/12/2022), entre muchos otros, se ha dicho: *"En la causa "Y. c/ Prevención ART S.A." (JNQLA5 EXP n° 508.843/2016, Acuerdo n° 1, de fecha 5/2/2021, del registro de la Secretaría Civil) el Alto Cuerpo provincial, con fundamento en los precedentes "Yerio" y "Lowental", señaló que las disposiciones citadas legislan sobre materia reservada al legislador provincial y sustraída de la facultad legislativa del gobierno federal por la Constitución Nacional.*

"En su voto concurrente en la causa "Yáñez", el Vocal Germán Busamia señala: "Como es sabido, la naturaleza procesal de una norma no depende del cuerpo de disposiciones en que se halle inserta,

sino de su contenido propio. Y en este caso, la cuestión regulada es claramente de naturaleza procesal.

"La obligación de pagar costas judiciales, deriva de la tramitación de un proceso judicial. Y cuando el mismo tramita en una jurisdicción provincial, la regulación del trámite y los accesorios del mismo -costas judiciales-, resulta materia reservada constitucionalmente a las Legislaturas locales.

"En línea con lo señalado, ha dicho la Corte Suprema de Justicia que "... el régimen de las costas es materia propia de la ley procesal y ajeno, como principio, a la legislación común..." (Fallos: 238:249).

"No dejo de tener presente que en ciertas circunstancias puede admitirse excepcionalmente el avance del legislador nacional en la sanción de reglas procesales, pero, conforme lo ha expresado la Corte Suprema, ello solo sería aceptable cuando resulte necesario para garantizar la efectividad de los derechos que consagra la legislación de fondo (cfr. Fallos: 265:30 y 299:45), cuestión que aquí no está presente".

Por lo dicho, no se hace lugar a lo solicitado por la parte demandada.

X.- En consecuencia, propongo al Acuerdo, a) no hacer lugar al pedido de integración de la litis y de intimación a la parte actora; b) hacer lugar parcialmente al recurso de apelación de la parte demandada, y modificar parcialmente el resolutorio recurrido, 1) atribuyendo responsabilidad a la parte demandada por la producción de los daños sufridos por el actor en un 60%; 2) disminuyendo el capital de condena, el que se fija en la suma de \$ 1.871.705,93, con más la aplicación del porcentaje antedicho sobre el daño emergente a determinarse en la etapa de ejecución de sentencia, confirmándolo en lo demás que ha sido motivo de agravio.

Las costas por la actuación en la presente instancia, teniendo en cuenta el éxito obtenido, se distribuyen en un 60% a cargo de la parte demandada y en un 40% a cargo de la parte actora (art. 71, CPCyC).

Regulo los honorarios profesionales por la labor ante la Alzada en el 1,8% de la base regulatoria para el letrado Patricio A.

Pantanali, 4,8% de la base regulatoria para la letrada Karina A. Suárez, y 4,62% de la base regulatoria para la letrada Silvia Cadamuro (art. 15, ley 1.594).

El juez José NOACCO dijo:

Adhiero al voto que antecede, por compartir sus fundamentos y la solución propuesta.

Por ello, esta **Sala II**

RESUELVE:

I.- Desestimar el pedido de integración de la litis y de intimación a la parte actora y modificar la sentencia dictada el 5 de junio de 2024 -obrante en hojas 301/313vta.-, 1) atribuyendo responsabilidad a la parte demandada por la producción de los daños sufridos por el actor en un 60%, y 2) disminuyendo el capital de condena, el que se fija en la suma de \$ 1.871.705,93, con más la aplicación del porcentaje antedicho sobre el daño emergente a determinarse en la etapa de ejecución de sentencia; confirmándola en lo demás que ha sido motivo de agravio.

II.- Imponer las costas de segunda instancia en un 60% a cargo de la parte demandada y en un 40% a cargo de la parte actora.

III.- Regular los honorarios profesionales en el modo indicado en los Considerandos.

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

PATRICIA CLERICI
Jueza

JOSÉ NOACCO
Juez

MICAELA ROSALES
Secretaria