

San Carlos de Bariloche, 15 de agosto de 2024.

VISTOS:

Los autos caratulados **LAMELA, PABLO ALBERTO C/ BANCO SANTANDER RIO S.A. S/ SUMARÍSIMO - DENUNCIA LEY 24.240 BA-01647-C-2022** para dictar sentencia,

RESULTA:

A) Que en fecha 14/11/2022 Pablo Alberto Lamela promueve demanda sumarísima contra el Banco Santander Río reclamando el reintegro de la suma de \$3.959.000 que le fueron debitados de su cuenta más los daños y perjuicios sufridos por esta parte.

Refiere que esta situación le involucra junto con el Sr. Traverso ya que ambos fueron sujetos pasivos de una maniobra enorme de ingeniería social que logró engañarlos y quitarle una gran cantidad de dinero que tenía en su cuenta producto de una indemnización laboral recibida por su trabajo en LATAM durante muchos años.

A continuación detalla que, el Sr. Traverso publicó a la venta en Facebook un vehículo automotor marca Megane de su propiedad, y que el 18/08/2020 se contactan con él a través de esa plataforma una persona que se identifica como Ismael quien le solicita el número telefónico. A partir de ese momento comenzaron conversaciones para la compraventa del rodado.

Refiere que por teléfono esta persona se identificó como Hugo Dario Inostroza, y que le informó a Traverso que había transferido a modo de seña la suma de \$80.000 desde su cuenta a la cuenta de Traverso del Banco Nación y por Whatsapp le adjunta un comprobante de la Red Link. Ese mismo día se contacta con Traverso una persona que se identificó como empleado del Banco Nación y le informa que para que el dinero sea efectivamente depositado en su cuenta le debía informar la clave de homebanking, clave de cajero y clave token, información que le fue aportada.

Dos horas más tarde el presunto empleado se comunicó y le informó que como tenía un préstamo otorgado se le descontarían 3 cuotas de \$3.600, más otras 24 por otro préstamo y que para evitar esos descuentos, le sugería que le indicara otra cuenta para realizar la transferencia. Es así como el Sr. Traverso le indica otra cuenta en el Banco Patagonia y las claves de la misma. Luego, se comunica “Insotroza” con Traverso y le informa que se había ejecutado el reverso bancario, habiéndose restituido el dinero, pero que seguía interesado en la compra del vehículo, ofreciéndole \$20.000 más totalizando la suma de \$400.000 para que le reservara el rodado.

El día 28 de agosto del 2020 “Insotroza” le informa que realizó dos transferencias de \$200.000 cada una a la cuenta del Banco Nación y otra a la cuenta del Banco Patagonia, operaciones que habrían efectuado sus hijas entre las 13 y 13.40. Luego de una hora se comunicó telefónicamente con Traverso una persona que se identificó como Nicolás, empleado del Banco Patagonia S.A informándole que había una transferencia de \$200.000 intentando ingresar a su cuenta y para poder efectivizarla debía dirigirse al cajero, lo cual hizo. Una vez allí, le solicitó nuevamente las claves de acceso a la cuenta. Ahí intento ingresar a su cuenta tres veces y le indicaba “error”. Recibió nuevamente una llamada del supuesto empleado bancario, quien le informó que la transferencia estaba bloqueada en virtud de que habían 2 transferencias simultaneas a dos cuentas de una misma persona y que ello requería autorización del Banco Central y que para simplificar el trámite le sugería que le solicitara a algún amigo o conocido su cuenta y es ahí donde se comunicó con él.

Posteriormente, detalla que se contacta Nicolás con él y que le brinda indicaciones sin que sospeche nada raro, y en definitiva le hicieron cambiar las claves de su cuenta. Es decir, que estas dos personas desconocidas se habían hecho de sus datos bancarios. Ahí es donde confirma que le habían sustraído la totalidad de los fondos allí depositados por un total de \$3.959.000, monto que correspondía a la indemnización laboral recibida por ser despedido de la empresa LATAM.

Relata que los montos fueron transferidos a 11 cuentas distintas todo lo cual se pudo verificar a través de la causa penal ante la UFT 2 de San Carlos de Bariloche, legajo MPF-BA-02807-2020.

Manifiesta que toda esta maniobra tuvo lugar deliberadamente un día viernes, y que no pudo contactarse con el Banco hasta el próximo día hábil porque para atender al cliente en este tipo de situaciones solo es posible en días y horarios determinados.

Sostiene que el Banco tiene la obligación de extremar las medidas de seguridad tendientes a evitar previsibles y reiterados ataques informáticos y adoptar medidas que permitan evitar la consumación de estafas electrónicas. Es decir que el Banco deberá responder civilmente por haber generado el riesgo de permitir generar fácilmente ciertas operaciones desde su plataforma online, sin ningún recaudo para asegurarse de la identidad de su cliente.

Funda su demanda en derecho, cuantifica los daños y ofrece prueba.

B) Que en fecha 03/12/2022 el Banco Santander Río S.A contesta demanda solicitando su íntegro rechazo con expresa imposición de costas.

Sostiene que la realidad de los hechos es totalmente diferente a la planteada por el actor y que desconoce porqué dicha parte ha encarado esta aventura jurídica y que de la propia redacción del escrito de demanda surgen profundas contradicciones que no pueden ser pasadas por alto.

Refiere que el actor demanda al banco los daños que provocó él mismo, proporcionando libre y voluntariamente sus claves secretas bancarias de acceso personal a sus cuentas a terceros desconocidos que mediante dichas claves accedieron a sus cuentas y transfirieron los saldos a terceros. Es decir que el actor basa su demanda en el reconocimiento de su propio acto de torpeza por haber divulgado sus claves bancarias.

Detalla que el actor se vinculó al Banco mediante la apertura de una cuenta sueldo, caja de ahorro. En el mismo contrato referido se le destacan las responsabilidades del cliente por su propia seguridad, indicándole “que será responsable de operar según las instrucciones del Banco y de mantener la confidencialidad de sus claves y que las claves son de uso personal e intransferible” remarcando también que el Banco no será responsable por el uso que un tercero haga del servicio con sus claves.

Indica que el actor no fue víctima de “vishing” ya que él mismo afirma que se encontraba hablando con una persona totalmente ajena al Banco Santander llamado “Nicolás” en representación del Banco Patagonia. Es decir que no existe explicación lógica ninguna por el cual el actor debiera brindar información sensible a un tercero y mucho menos a quien se presenta en nombre de otra institución.

Afirma que el Banco informa amplia y detalladamente las previsiones de seguridad que aplica y que el cliente se compromete a cumplir por su propia seguridad. En este caso, el Sr. Lamela no solo facilitó los datos necesarios para operar por canales digitales sino también operó en cajero banelco con su tarjeta y realizó las operaciones de transferencias a terceros.

Relata que la mayor parte de las operaciones se hicieron bajo el sistema “DEBIN” en el cual es el beneficiario de la transferencia quien emite la orden de cobro debiendo ser confirmada por quien gira los fondos. Producto de dichas operaciones, se enviaron las notificaciones detalladas advirtiendo operaciones DEBIN pendientes, transferencias y el alta de nuevos destinatarios, tanto por correo como por celular.

A su vez, refiere que al día de la fecha no existe ningún reclamo en Banco Santander por el desconocimiento de las transferencias realizadas y que no es responsable por los hechos expuestos en la demanda y que no se cumplen con los presupuestos para ello.

Cuestiona la procedencia de los daños reclamados y su cuantía. Ofrece prueba y funda su respuesta en derecho.

C) Que con fecha 02/08/2023 se recibió la causa a prueba y con fecha 02/05/2023 se certificó la prueba producida.

D) Que con fecha 03/06/2024 alegó la parte actora y la parte demandada.

E) Que con fecha 25/06/24 se llamó autos para sentencia.

Y CONSIDERANDO:

1º) Que entre las partes existió una relación de consumo dado que hubo un vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor (art. 3º de la ley 24.240).

Por un lado, quedó acreditado que la parte actora intervino como consumidor y como destinatario final en beneficio propio, y la parte demandada en carácter de proveedor acreditado con el formulario de vinculación contractual acompañado en fecha 03/12/2021 ya que se trata de una persona jurídica que desarrolla de manera profesional la comercialización de bienes y servicios destinados a consumidores o usuarios (arts. 1 y 2 de la ley citada).

A su vez, no caben dudas que los contratos bancarios se encuentran alcanzados por la ley de defensa del consumidor, en virtud de lo dispuesto por el art. 1384 del Código Civil y Comercial en cuanto contempla expresamente que "las disposiciones relativas a los contratos de consumo son aplicables a los contratos bancarios de conformidad con lo dispuesto en el art. 1093".

De allí, que el prestador de servicios bancarios posee las siguientes obligaciones de rango constitucional con respecto al consumidor: a) protección y seguridad de sus intereses económicos; b) de información adecuada y veraz, y c) de trato equitativo y digno.

En tal sentido, el art. 42 de la Constitución Nacional dispone que "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno."; lo cual, a su vez, se encuentra contemplado en los arts. 4, 5 y 8 bis de la ley 24.240.

2º) Que, en base a tal marco jurídico, pasaré a analizar a continuación si existió o no el incumplimiento alegado en la demanda.

En primer lugar, cabe señalar, que es el banco demandado quien tiene la obligación de extremar las medidas de seguridad para evitar los previsibles y reiterados ataques informáticos que son de público conocimiento. En tal sentido, se ha dicho que la obligación de seguridad de los intereses económicos, se refiere a "...que no deben ser afectados los bienes que se depositan en manos del proveedor, y que los bienes que integran la prestación no deben causar perjuicios a otros bienes del usuario..." (Lorenzetti, Ricardo Luis, "Consumidores", págs. 151/152, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2009).

Ahora bien, en este caso considero que el banco demandado no ha cumplido en debido tiempo y forma con dicha obligación de seguridad, ya que, luego de un cambio de clave realizado en un cajero automático, se realizaron 55 transferencias a nuevos y distintos destinatarios no agendados por el cliente a través del sistema Débito DEBIN, y en un caso proveniente de distinto IP que utilizaba habitualmente el actor, tal como informó el perito informático (puntos VI y VII del informe presentado con fecha 05/03/24).

Dicho peritaje tiene pleno valor probatorio de acuerdo con las reglas de la sana crítica (artículo 386 del CPCCRN) dado que cumplió con las exigencias legales mínimas (artículo 472 del CPCCRN), y no está refutado por otras pruebas ni por las partes -en relación a lo expuesto- y, en virtud del rol imparcial y técnico del perito.

Tales operaciones realizadas a través del banco, que aparecen claramente como sospechosas, no resultan seguras para el cliente, pues no se utilizó un sistema de protección al momento de efectivizarse las mismas, ya sea, verificando las autenticidades mediante un modo eficaz, solicitando la confirmación de las operaciones, difiriendo en el tiempo las mismas, identificando la dirección IP (Protocolo de Internet) del dispositivo electrónico, o cualquier otro aviso o alerta que los medios tecnológicos pudieran brindar en estos casos.

Sostengo que son operaciones sospechosas no solo por su cantidad, sino también por ser realizadas a través del sistema denominado "DEBIN" y porque no se tratan de

operaciones que el actor realizara con habitualidad. Así tampoco se tratarían de cuentas bancarias -las destinatarias de los fondos- que estuvieran registradas por el actor con anterioridad a dichas operaciones.

Además, porque tal inseguridad en el sistema de operación bancaria no sólo puede vislumbrarse en este caso, sino también en diversos otros casos que ocurrieron con anterioridad al presente, de público conocimiento, donde se utilizaron similares metodologías de engaño; todo lo cual refleja la vulnerabilidad del sistema brindado por el banco demandado.

En este sentido se ha dicho que: "...la entidad financiera incumplió la obligación de seguridad -garantía expresa o tácita que asumen las partes en ciertos contratos, de preservar a las personas y bienes de sus cocontratantes, respecto de los daños que puedan ocasionarse durante su ejecución (López Herrera, Edgardo; "Teoría general de la responsabilidad civil", Lexis Nexis, Lexis N° 7004/004379)- que ha sido reconocida como principio general del derecho protector de todas las relaciones jurídicas y que encuentra fundamento en normas constitucionales (arts. 19, 41, 42, 43 y art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional), en la solidaridad social, en el principio de buena fe (conf. XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, reunidas en la Facultad de Derecho de la UBA) y en el art. 5 de la ley 24240" ("Traverso, María del Carmen c/ Banco de la Ciudad de Buenos Aires,", El Dial, citado por Lorenzetti, Ricardo Luis "Consumidores", pág. 506/507, Rubinzal Culzoni, 2009).

Asimismo, se ha dicho que "...la obligación de seguridad que deriva de la relación de consumo, impone a la entidad bancaria extremar las medidas de seguridad para evitar los previsible y reiterados ataques y fraudes informáticos. El Banco al ofrecer a sus clientes un nuevo modo de relacionarse comercialmente con él, debe procurar como mínimo la misma seguridad que si tal operatoria se realizara personalmente..." (Juzgado Civil, Comercial y Familia San Francisco, "U.N.M. C/ Banco Bbva S.A. s/abreviado - otros- tram oral-" expte. 10176944, del 11/02/22).

Por otro lado, el banco no demostró haber cumplido con la obligación de seguridad ni

que hubiera adoptado medidas de seguridad adecuadas para ello, máxime frente a las nuevas metodologías de engaños a los clientes de distintos bancos cuyos casos fueron incrementándose durante y con posterioridad a la época de la pandemia Covid-2019.

Recuérdese que era carga de la demandada acreditar tales circunstancias, ya que de acuerdo con lo dispuesto por la normativa aplicable son los proveedores quienes deben "...aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en juicio." (art. 53, tercer párrafo, de la ley 24.240).

A su vez, dicha carga probatoria que impone la ley deviene ajustada a derecho en este supuesto, ya que, al tratarse de una operación realizada a través del banco demandado, es dicha entidad quien se encontraba en mejor posición para acompañar dichos elementos para demostrar la existencia de seguridad en el sistema y desvirtuar así la pretensión incoada.

Sin embargo, y pese a tales principios que rigen a este caso, el banco demandado no ha acompañado ningún elemento fehaciente para demostrar la seguridad de las operaciones, todo ello, máxime cuando es la entidad financiera quien dispone de todos los recursos tecnológicos adecuados para realizar este tipo de operaciones, transformándose así en el encargado de brindar la seguridad y confianza en el sistema adoptado.

En este mismo sentido se ha pronunciado el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro (STJRN) en el caso "COLIÑIR", con voto rector de la Dra Piccinini, que resulta de aplicación obligatoria en los términos del art. 42 de la Ley Orgánica del Poder Judicial N° 5190, al establecer que:

"Si bien es correcto que, como principio general, cada una de las partes debe demostrar el presupuesto de hecho de las normas que invocare como fundamento de su pretensión o defensa (art. 377 CPCyC), no lo es menos que las reglas procesales en materia probatoria ya no son absolutas en tanto rige el principio de las "cargas probatorias

dinámicas" que coloca dicha obligación en cabeza de la parte que se encuentra en mejores condiciones de probar, restando rigidez a aquel precepto que la colocaba a cargo de quien alegara el hecho, todo ello en búsqueda de una solución adecuada a las circunstancias del caso concreto.

En las relaciones de consumo que caen bajo la órbita normativa de la Ley 24.240 (reformada por Ley 26.361), el art. 53 impone a los proveedores la carga de aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder en orden a las características del bien o servicio y les agrega el deber de prestar la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en juicio. De allí que en todo procedimiento en donde esté en juego una relación de consumo, rige en toda su dimensión el principio de la "carga dinámica" en materia probatoria.

Apunto que las negativas genéricas y/o particulares fundadas en el aforismo de que quien alega debe probar, en el subexamen no resultan de recibo. Por el contrario, estando de por medio una relación consumeril, el principio de las cargas dinámicas es llevado a su máxima expresión. El proveedor tiene una obligación legal que consiste en colaborar con el esclarecimiento de la situación litigiosa. En consecuencia, todo silencio, reticencia o actitud omisiva, se constituirá en una pauta que afectará dicha obligación legal, con la consecuente presunción de certeza sobre la versión que sustenta la pretensión del consumidor. (cf. Junyent Bas, Francisco - Del Cerro, Candelaria, Aspectos procesales en la ley de defensa del consumidor, LA LEY 2010-C, 1281; SCBA, "G., A. C. c/ Pasema S.A. y otros s/Daños y perjuicios", del 1.05.2015).

En tal orden de ideas, no solo por encontrarse en mejores condiciones de hacerlo, sino también porque la legislación vigente le impone un rol activo, tanto en el aporte como en la producción de aquellas pruebas que se encuentren dentro de su alcance, que ayuden a esclarecer la controversia, la demandada no puede válidamente escudarse en una mera negativa genérica de los hechos denunciados por la actora."

("COLIÑIR, ANAHI FLAVIA C/ LA CAMPAGNOLA SACI-GRUPO ARCOR S / ORDINARIO S/ CASACION", Expediente 36146-J5-12, SD, nro.145 del 09/12/2019).

Por lo tanto, si el banco demandado no ha cumplido con la obligación de seguridad que debió brindar en estos casos, ni acreditó haber tomado medidas de seguridad suficientes para eliminar o disminuir los riesgos y daños que se generan en este tipo de operaciones bancarias, debe responder por las consecuencias de tal omisión.

En este sentido se ha dicho que: "...la entidad financiera incumplió la obligación de seguridad -garantía expresa o tácita que asumen las partes en ciertos contratos, de preservar a las personas y bienes de sus cocontratantes, respecto de los daños que puedan ocasionarse durante su ejecución (López Herrera, Edgardo; "Teoría general de la responsabilidad civil", Lexis Nexis, Lexis N° 7004/004379)- que ha sido reconocida como principio general del derecho protector de todas las relaciones jurídicas y que encuentra fundamento en normas constitucionales (arts. 19, 41, 42, 43 y art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional), en la solidaridad social, en el principio de buena fe (conf. XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, reunidas en la Facultad de Derecho de la UBA) y en el art. 5 de la ley 24240" ("Traverso, María del Carmen c/ Banco de la Ciudad de Buenos Aires,", El Dial, citado por Lorenzetti, Ricardo Luis "Consumidores", pág. 506/507, Rubinzal Culzoni, 2009).

Asimismo, se ha dicho que "...la obligación de seguridad que deriva de la relación de consumo, impone a la entidad bancaria extremar las medidas de seguridad para evitar los previsibles y reiterados ataques y fraudes informáticos. El Banco al ofrecer a sus clientes un nuevo modo de relacionarse comercialmente con él, debe procurar como mínimo la misma seguridad que si tal operatoria se realizara personalmente..." (Juzgado Civil, Comercial y Familia San Francisco, "U.N.M. C/ Banco Bbva S.A. s/abreviado - otros- tram oral-" expte. 10176944, del 11/02/22).

Por otro lado, la obligación de seguridad y de protección al consumidor se desprende de la comunicación "A" 6017 del 15/07/16 en cuanto establece en su art. 6.7.4. que "...las entidades deben disponer de mecanismos de monitoreo transaccional en sus CE, que operen basados en características del perfil y patrón transaccional del cliente bancario, de forma que advierta y actúe oportunamente ante situaciones sospechosas en al menos uno de los siguientes modelos de acción: a. Preventivo. Detectando y disparando acciones de comunicación con el cliente por otras vías antes de confirmar operaciones. b. Reactivo. Detectando y disparando acciones de comunicación con el cliente en forma

posterior a la confirmación de operaciones sospechosas. c. Asumido. Detectando y asumiendo la devolución de las sumas involucradas ante los reclamos del cliente por desconocimiento de transacciones efectuadas...”. (CE se refiere a Canales Electrónicos).

Dicha responsabilidad civil del banco deviene objetiva y para liberarse debió demostrar que la causa le fuera ajena (art. 40 de la ley 24.240), circunstancia esta última que no se presenta.

En el caso, el banco demandado invoca que hubo culpa de la parte actora al brindar las claves bancarias a terceros y que ello fue la causa eficiente en la producción de los hechos referidos en la demanda.

Sin embargo, cabe señalar, que la conducta de la parte actora, de brindar las claves bancarias fue producto de un engaño de un tercero, y no ha tenido incidencia causal suficiente para la producción del hecho, ya que, en definitiva, considero que ha sido la inseguridad en el sistema bancario lo que permitió realizar las operaciones que aparecían como sospechosas.

Es decir, que las operatoria bancarias ocurridas y referidas bien pudieron haberse evitado si el banco, pese al engaño sufrido por la parte actora, hubiera tomado todas las medidas de seguridad adecuadas al caso. Por lo tanto, tal omisión del banco fue la causa adecuada para producir el hecho dañoso que se invoca en la demanda.

Todo ello, máxime cuando existe una especial protección legal a los consumidores que se encuentra reconocida en la Constitución Nacional (art. 42), la que se traduce en la obligación de brindar una tutela diferenciada a los consumidores en virtud de la debilidad que padecen los mismos y en la desigualdad estructural que existe entre los proveedores y usuarios; de allí que, en caso de que existieran dudas sobre la interpretación o aplicación de la normativa, deba resolverse la cuestión en favor del consumidor (art. 1094 del Código Civil y Comercial).

En cambio, los montos que fueron transferidos con fecha 28/08/20 (\$400.000 y

\$99.000), no se tratan de operaciones que puedan considerarse sospechosas, ya que no fueron realizadas a través del sistema DEBIN sino que fueron realizadas desde el cajero automático del Banco Patagonia y se accedió a la cuenta con una tarjeta de débito y las credenciales correspondientes, tal como refirió el perito informático en su dictamen (punto III del informe presentado el 05/03/24). Por lo tanto, no se observa que el banco hubiera incumplido con la obligación de seguridad que tiene a su cargo al convalidar esas transferencias.

3°) Que en estos casos de acciones individuales de consumidores deben resarcirse las consecuencias perjudiciales inmediatas y mediatas, por aplicación analógica del art. 54 de la ley 24.240 que contempla una reparación integral para las acciones de incidencia colectivas. Pues, si en tal supuesto de acciones colectivas se contempla expresamente una reparación integral, no hay razones para que ese régimen no sea aplicable a estos supuestos de acciones individuales, como ocurre en este caso.

Además, el art. 40 de la ley 24.240 no distingue entre supuestos de relaciones contractuales o no y establece una responsabilidad solidaria que implica que todos los deudores deban una sola cosa.

Por lo tanto, la extensión de la responsabilidad debe ser única para todas las relaciones de consumo y, a tales efectos, debe prescindirse de distinguir entre responsabilidad contractual o extracontractual porque la ley no hace esa distinción y porque, en definitiva, la fuente de la obligación es legal, más allá de que en algunos casos la fuente de la obligación sea contractual. En consecuencia, y teniendo en cuenta que la normativa siempre debe interpretarse en favor del consumidor, la extensión de la responsabilidad debe ser amplia e integral, como ocurre en los casos de responsabilidad extracontractual (art. 3° de la ley 24.240; Wanjntraub, Javier H, Protección Jurídica del consumidor", Abeledo Perrot, on line).

En concordancia con ello, el nuevo Código Civil y Comercial contempla una reparación plena e integral (arts. 1738, 1740 y cctes.).

A los fines de fijar la indemnización conviene distinguir entre daño patrimonial, que

consiste en un perjuicio en el patrimonio del damnificado (lo que la persona tiene); y el daño extrapatrimonial, que menoscaba la integridad psicofísica, espiritual y social, a las proyecciones existenciales de la persona misma (lo que la persona es). Pero no necesariamente el daño a un bien patrimonial causa en forma exclusiva un daño patrimonial, pues también puede causar un daño extrapatrimonial. Y lo mismo ocurre a la inversa.

Por ello, Zannoni ha dicho que: "Es incorrecto calificar la naturaleza del daño en razón de la naturaleza del bien, u objeto de satisfacción, que ha sufrido menoscabo". A su vez, dicho autor ha referido que el daño patrimonial está conformado por dos elementos: uno, constituido por la pérdida sufrida en un bien que ya estaba incorporado al patrimonio (daño emergente); y otro por la ganancia frustrada, es decir un bien que no se incorpora al patrimonio (lucro cesante). Y por otro lado, ha sostenido que por daño actual debe entenderse el "... menoscabo perjuicio ya operado y subsistente en el patrimonio del damnificado al momento de la sentencia..."; y, por daño futuro, "...aquel que todavía no se ha producido, pero que ciertamente acaecerá, luego de la sentencia..." (Zannoni, Eduardo A., "El daño en la responsabilidad civil", págs. 47, 52, 89 y 97 Ed. Astrea, 2005).

4°) Que, de acuerdo con lo expuesto, corresponde condenar a la demandada a restituir a la parte actora la suma de **\$3.470.000** que totaliza la suma de los débitos DEBIN, según el detalle informado por el perito informático, al descontar las transferencias de \$400.000 y \$99.000.

5°) Que, asimismo, debe indemnizarse el daño extrapatrimonial -daño moral- en la suma de **\$5.000.000** monto estimado a la fecha de la presente sentencia.

El daño moral, por su índole espiritual, debe tenérselo por configurado por la sola producción del hecho dañoso, ya que se presume la existencia de una lesión en los sentimientos.

Para fijar su monto "...debe tenerse en cuenta el carácter resarcitorio de este rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad y la entidad del sufrimiento causado,

que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a éste" (CSJN, "Mosca, Hugo A. v. Provincia de Buenos Aires y otros, del 06/03/07, página web de Lexis Nexis, nro. 35010557).

Según la doctrina que comparto, «para probar el daño moral en su existencia y entidad no es necesario aportar prueba directa, lo cual es imposible, sino que el juez deberá apreciar las circunstancias del hecho lesivo y las calidades morales de la víctima para establecer objetiva y presuntivamente el agravio moral en la órbita reservada de la intimidad del sujeto pasivo. No creemos que el daño moral debe ser objeto de prueba directa pues ello resulta absolutamente imposible, dada la índole del mismo que reside en los más íntimo de la personalidad, aunque se manifieste a veces por signos exteriores que pueden no ser su auténtica expresión. Nadie puede indagar el espíritu de otro tan profundamente como para poder afirmar con certeza la existencia y la intensidad del dolor, la verdad de un padecimiento, la realidad de la angustia o la decepción» (Bustamante Alsina, Jorge, «Teoría general de la responsabilidad civil», Abeledo Perrot, octava edición, 1993, página 244).

En el caso que nos ocupa, es evidente la existencia del daño moral pues se ha afectado el espíritu y la tranquilidad del reclamante no sólo por haber padecido el momento mismo del incidente, sino también como declara el testigo Lafosse en fecha 21/02/2024 que los montos sustraídos de su cuenta personal significaban la indemnización laboral del trabajo del Sr. Lamela en LATAM y su único sustento, no pudiendo luego abonar los préstamos otorgados por el Banco ni la tarjeta de crédito la cual le está generando al día de hoy reclamos próximos a instancia judicial.

6º) Que el daño punitivo debe rechazarse por los siguientes motivos que paso a exponer.

El art. 52 bis de la Ley 24.240, incorporado por la Ley 26.361 (BO del 07/04/2008), establece: "Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento

responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley".

De acuerdo con el reciente criterio del Superior Tribunal de Justicia ("COFRE", SD nro. 9, del 04/03/21), posterior al citado fallo "Coliñir", se ha dicho que el daño punitivo "...se trata de una herramienta de prevención del daño que se aplica como sanción a quien ha actuado con grave indiferencia hacia los derechos del consumidor. Solo procede, entonces, ante la intención o suficiente negligencia que, como tal, amerite sanciones con el fin de desanimar la ocurrencia futura de acciones similares"; y que: "...en la actualidad existe consenso dominante tanto en la doctrina como en la jurisprudencia en el sentido de que los daños punitivos solo proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o culpa grave del sancionado o por la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o, en casos excepcionales, por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidencia menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva. La aplicación de la multa civil tiene carácter verdaderamente excepcional y está reservada para casos de gravedad, en los que el sujeto hubiera actuado, precisamente, con dolo -directo o eventual- o culpa grave -grosera negligencia-, no siendo suficiente el mero incumplimiento de las obligaciones "legales o contractuales con el consumidor" mencionadas por el precepto, sino una particular subjetividad, representada por serias transgresiones o grave indiferencia respecto de los derechos ajenos. (cf. CNCom., Sala D, "Hernández Montilla, Jesús Alejandro c. Garbarino S.A.I.C.E.I. y otro s/Sumarísimo" del 03.03.2020)...Es que el incumplimiento de una obligación legal o contractual es una condición necesaria pero no suficiente para imponer la condena punitiva, ya que además debe mediar culpa grave o dolo del sancionado, la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o evidenciarse un grave menosprecio por los derechos individuales del consumidor o de incidencia colectiva. (Cf. Pizarro, Stiglitz, Reformas a la ley de defensa del consumidor, LL 2009-B, 949)".

Entonces, en base a tal criterio, y dado que en este caso no se comprobó que el demandado hubiera actuado con grave indiferencia hacia los derechos del consumidor, ni con culpa grave o dolo, corresponde rechazar la aplicación de la multa solicitada.

En virtud de ello, y teniendo en cuenta la finalidad del daño punitivo que consiste en disuadir las conductas futuras de los proveedores, que, como en este caso afectaron los derechos del consumidor, entiendo prudente desestimar el daño punitivo reclamado.

7°) Que en virtud de lo expuesto, corresponde condenar al Banco Santander Río S.A a abonar, en el plazo razonable y usual de diez días corridos, a Pablo Alberto Lamela la suma de **\$7.470.000** en concepto de capital, con más los intereses moratorios (art. 1748 del CCyC), que se calcularán en el caso del monto a restituir (\$3.470.000) desde la fecha de hecho (28/08/20) y hasta el 31/04/23 a la tasa establecida por el Banco Nación Argentina para préstamos personales libre destino hasta 72 meses o la que en el futuro se establezca como de plazo menor ("Fleitas" del STJRN del 3/07/2018); y a partir del 01/05/23 y hasta su pago a la tasa nominal anual (T.N.A.) establecida por el Banco Patagonia -agente financiero de la Provincia- para préstamos personales Patagonia Simple ("Machin" del STJRN SD 104 del 24/06/2024); y en el caso del daño moral (\$4.000.000) los intereses moratorios correrán desde la fecha del hecho y hasta la fecha de la presente a una tasa del 8% anual; y desde allí y hasta su efectivo pago la tasa nominal anual establecida por el Banco Patagonia S.A. para préstamos personales Patagonia Simple ("Machin", del STJRN del 24/06/2024). Todo ello, bajo apercibimiento de ejecución.

Dicha distinción en la forma de calcular los intereses se efectúa con motivo de que el daño moral se ha fijado a valores actuales y de conformidad con lo resuelto por el STJRN en autos "Torres", Se. Nro. 100/16 y "Tambone", Se. Nro. 4/18.

Los jueces no están obligados a tratar todas las cuestiones propuestas por las partes sino sólo aquellas que estiman conducentes para la correcta solución del litigio (Fallos 308:2172; 310:1853; 310:2012; etcétera), ni ponderar exhaustivamente todas las pruebas agregadas sino sólo aquellas que estiman conducentes para fundar sus conclusiones (Fallos 308:584 entre otros).

8°) Que las costas de la presente deberán ser impuestas a la demandada por no encontrar el suscripto mérito alguno para apartarme del principio general de la derrota previsto en

los arts. 68 y 69 del CPCC.

9°) Que los honorarios de los Dres. Gonzalo Perez Cavanagh y Leandro M. Lescano como letrados patrocinantes de la parte actora, deben regularse por todos los trabajos realizados en estas actuaciones, en la suma de **\$2.354.253**, de acuerdo con la suma de la condena comprensiva de capital e intereses (\$21.402.308): artículo 20 de la ley provincial G 2212); la importancia y resultado de los trabajos (artículo 6, ley citada) que justifican aplicar un 11% dado el trámite sumarísimo (artículo 8, ley citada).

10°) Que los honorarios del Dr. Dario F.E. Garcia Saavedra, como letrado apoderado del Banco Santander Rio S.A deben regularse en la suma **\$2.696.690** de acuerdo con la suma de la condena comprensiva de capital e intereses (\$21.402.308: artículo 20 de la ley provincial G 2212); la importancia y resultado de los trabajos (artículo 6, ley citada) que justifican aplicar un 9% dado el trámite sumarísimo (artículo 8, ley citada), con el adicional de la procuración (artículo 10, ley citada).

11°) Que los honorarios de la perito psicóloga María del Mar Corbalán, deben regularse en la suma de **\$1.070.115**, de acuerdo con la naturaleza, complejidad, calidad y extensión de los trabajos realizados, que justifican aplicar un 5% sobre el monto de condena (art 19 de la ley 5069).

12°) Que los honorarios del perito informático Damián Pardal deben regularse en la suma de **\$1.070.115**, de acuerdo con la naturaleza, complejidad, calidad y extensión de los trabajos realizados, que justifican aplicar un 5% sobre el monto de condena (art 19 de la ley 5069).

En consecuencia, **FALLO: D**) Condenar al Banco Santander Rio S.A. a abonar, en el plazo razonable y usual de diez días corridos, a Pablo Alberto Lamela la suma de **\$7.470.000** en concepto de capital, con más los intereses moratorios (art. 1748 del CCyC), que se calcularán en el caso del monto a restituir (\$3.470.000) desde la fecha de hecho (28/08/20) y hasta el 31/04/23 a la tasa establecida por el Banco Nación

Argentina para préstamos personales libre destino hasta 72 meses o la que en el futuro se establezca como de plazo menor ("Fleitas" del STJRN del 3/07/2018); y a partir del 01/05/23 y hasta su pago a la tasa nominal anual (T.N.A.) establecida por el Banco Patagonia -agente financiero de la Provincia- para préstamos personales Patagonia Simple ("Machin" del STJRN SD 104 del 24/06/2024); y en el caso del daño moral (\$4.000.000) los intereses moratorios correrán desde la fecha del hecho y hasta la fecha de la presente a una tasa del 8% anual; y desde allí y hasta su efectivo pago la tasa nominal anual establecida por el Banco Patagonia S.A. para préstamos personales Patagonia Simple ("Machin", del STJRN del 24/06/2024). Todo ello, bajo apercibimiento de ejecución. **II)** Condenar al Banco Santander Río S.A. a abonar las costas del presente proceso. **III)** Regular honorarios de los Dres. Gonzalo Perez Cavanagh y Leandro M. Lescano como letrados patrocinantes de la parte actora por todos los trabajos realizados en estas actuaciones, en la suma de **\$2.354.253**. **IV)** Regular los honorarios del Dr. Dario F.E. Garcia Saavedra, como letrado apoderado del Banco Santander Río S.A en la suma **\$2.696.690**. **V)** Regular los honorarios de la perito psicóloga María del Mar Corbalán en la suma de **\$1.070.115**. **VI)** Regular los honorario del perito informático Damián Pardal en la suma de **\$1.070.115**. **VII)** Fijar un plazo de diez días corridos para pagar los honorarios que aquí se regulan, bajo apercibimiento de ejecución. **VIII)** Protocolizar, registrar y notificar esta sentencia por ministerio de la ley (Acordada 36/22, anexo I Pto. 9 "a" del Superior Tribunal de Justicia de Río Negro).

Cristian Tau Anzoátegui

Juez