

SENTENCIA NÚMERO: CIENTO CINCUENTA Y TRES

Córdoba, TREINTA de abril de dos mil quince.-----

Y VISTOS: Estos autos caratulados "**COLAZO MIGUEL ÁNGEL C/ CERVECERÍA Y MALTERÍA QUILMES S.A.I.C.A. Y G. - ABREVIADO – OTROS**" (Expediente 2197460/36), de los que resulta que a fs. 1/9 comparece Miguel Ángel Colazo, DNI 16.858.115, argentino, e inicia demanda a Cervecería y Maltería Quilmes SAICA y G. Dice que la demanda se motiva en el grave hecho que relaciona, vinculado con su calidad de consumidor de una botella de gaseosa de la marca Pepsi en cuyo interior encontró un cuerpo extraño transparente. Aduce que pretende: a) el valor de mercado de la gaseosa defectuosa, al momento de efectuarse el pago de la indemnización; provisoriamente lo cuantifica en seis pesos con cincuenta centavos (\$ 6.50); b) cuatrocientos pesos (\$ 400) por daño moral y c) quinientos mil pesos (\$ 500.000) por daño punitivo. Refiere que la cuantificación es provisoria; que los rubros dependen de la prueba a rendirse y se reserva la facultad de aumentar o disminuir los montos (art. 179, Cód. Procesal). Expresa que en lo que hace al daño moral y al daño punitivo, los deja librados a lo que en más o en menos juzgue como equitativo el prudente arbitrio del tribunal; que ante lo difícil de calcular esos conceptos, pide se lo libere de las costas en caso de que procedan por un monto menor. Pide los intereses moratorios correspondientes y en lo que hace a las costas, también se reclama el rubro del art. 104 inc. 5, ley 9459. Indica que demanda como consumidor, según el amplísimo alcance que ese concepto tiene en el derecho argentino; que su pretensión se vincula y enmarca en una relación de consumo y su sustento está en la ley del consumidor. Afirma que casi ni requiere demostración: a) el producto de que se trata es típicamente consumible: botella de la gaseosa Pepsi, destinada al público masivo; b) la demandada es una reconocida empresa proveedora de estos productos; c) el hecho que motiva la demanda deriva de un ostensible defecto en uno de los principales productos que ella distribuye; d) que el mero hecho de poseer físicamente un producto de estas características, evidencia su calidad de consumidor o destinatario final o expuesto a una relación de consumo, así más no sea en ocasión de dicha relación. Señala que le cabe el encuadramiento del art. 1, ley 24.240, reformada por ley 26.361 y que la demandada es un proveedor, según el art. 2 de dicho ordenamiento. Peticiona el trámite de juicio abreviado y manifiesta haber iniciado beneficio de litigar sin gastos. Sostiene que el cuatro de agosto de dos mil once, compró la botella de gaseosa de la marca Pepsi que acompaña, en un almacén de Saldán; que es una botella de vidrio, de envase retornable; que en su tapa de color azul, figuran una serie de impresiones (sello) en matriz de punto, pero son ilegibles; que al llegar a su casa, cuando iba a proceder a abrir la botella para tomar la gaseosa, advirtió que había algo extraño en su interior, algo transparente; que ante eso, movió la botella y luego la dejó quieta (en reposo); que la primera impresión fue que el líquido estaba congelado, como si se hubiera formado hielo, pero luego el objeto comenzó a subir a la superficie (parte superior del envase) y se hizo plenamente visible, tal como puede comprobarse al mover y observar el producto. Agrega que hasta el momento de demandar, no ha podido determinar con exactitud qué es el objeto en cuestión; que todo indicaría que se

trata de una parte o trozo de un paquete o envoltorio de cigarrillos. Remarca que la tapa de la botella no ha sido abierta, alterada ni manipulada; que de lo contrario, la arandela no estaría entera (se corta al abrir); que los puntos de anclaje (están en la tapa, en la parte superior) y las aletas (uniones entre la arandela y la tapa en sí) están en la misma situación en que se encontraban cuando adquirió el producto. Agrega que a raíz de la amplia difusión en la televisión, en la radio y en los diarios, de la condena en Córdoba contra la demandada, por un cuerpo extraño en una botella de Pepsi con características similares a la que acompaña, ha decidido acudir a la Justicia. Dice que la legitimación pasiva de la demandada surge del art. 40 de la ley de defensa de consumidor: responsabilidad solidaria de los integrantes de la cadena de comercialización; que frente al consumidor, todos son responsables por el producto defectuoso; que la norma alude concretamente a las calidades de productor, de distribuidor y de proveedor y que la accionada reúne todas esas calidades. Señala que esa responsabilidad indistinta de todos los proveedores intervinientes también está consagrada en el art. 52 bis; que en el caso, las características del incumplimiento demuestran que éste sólo pudo ocurrir por alguna falla de adentro de esa elaboradora; que sería entonces injusto dirigirse contra el transportador de la botella (en caso de que el transporte sea efectuado por otra sociedad, extremo que no les consta) o bien contra el pequeño comerciante minorista, titular del kiosco donde adquirió la botella; que considera que ellos nada han tenido que ver; que se trata de un dato que no resulta fundante de su pretensión; que el art. 175 inc. 4, CPC sólo exige los hechos en que se funde la acción; que incluso, podría ser utilizado por la demandada para traer a dicho sujeto como tercero interesado, lo que conspiraría contra la celeridad que procura. Remarca que es un hecho notorio que la accionada es quien embotella e introduce al mercado masivo este tipo de botellas; que es la única empresa que realiza esa actividad; que no hay otra sociedad que embotele la gaseosa Pepsi; que las leyendas en la tapa de la botella indican la legitimación pasiva de la demandada. Formula otras consideraciones para reforzar la legitimación activa y pasiva. Dice que el producto que origina la demanda es por antonomasia consumible; que el destino propio de una botella de Pepsi es ser ingerida por la gente (art. 2325 del CC); que en compras de bienes de ese tipo, de tan escaso valor, no se acostumbra a pedir factura ni ticket; que suponiendo alguna infracción tributaria, ella no enervaría el efecto de derecho privado patrimonial consistente en la adquisición de su calidad de consumidor; que la protección legal no requiere que el sujeto haya sido comprador directo; que el nuevo art. 1 protege también al sujeto no contratante que puede llegar a sufrir daños, al sujeto al que se le extienden los efectos del contrato y al sujeto expuesto a la relación de consumo, etcétera. Cita doctrina. Sostiene que la única manera de negarle la calidad de consumidor respecto a un bien como el que se trata, sería demostrando que se dedica -de manera unipersonal- a revender gaseosas, que tiene un kiosco, un supermercado, un restaurante, etcétera. Dice que es obvio que si fuera titular de un comercio que adquiere gaseosas a la demandada para revenderlas, quien estaría en mejores condiciones de probar tal hecho positivo sería la propia empresa accionada; que la demandada es el proveedor y el distribuidor mayorista del producto involucrado; que ella es quien conoce a los sujetos que en Córdoba venden gaseosa Pepsi y quien debe contar con los registros de esos revendedores; que entender lo contrario implicaría exigirle acreditar un hecho negativo; que se trata de una prueba diabólica, imposible de producir de manera directa. Añade que tampoco cabría cuestionar su legitimación por el hecho de que la botella nunca fue abierta y, por lo tanto, nunca fue consumida la gaseosa; que ese argumento queda descartado por el nuevo art. 1; que la protección legal también rige y se dispensa a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo; que el hecho mismo de haber tenido la botella en su poder lo expuso a la situación de ingerir la gaseosa con ese elemento totalmente extraño y finalmente, destaca

que la legitimación activa y pasiva no dependen de un vínculo contractual directo e inmediato. Plantea la gravedad del hecho, sosteniendo que las características del hallazgo -cuerpo sólido en un envase retornable con tapa cerrada no adulterada- demuestran que la situación irregular sólo pudo ocurrir por fallas en los controles internos de la demandada; que al ser un envase retornable, son reutilizados una y otra vez; que una hipótesis es que el elemento haya sido introducido por otro consumidor que bebió la gaseosa y luego devolvió la botella y que los sistemas de limpieza de la empresa no lo hayan extraído; que otra hipótesis es que algún empleado haya introducido el objeto adrede en la botella antes de que ella fuera llenada, o, también, que un empleado de la demandada haya reintroducido en la cadena de embalaje una botella previamente descartada por las máquinas (es decir, detectada por los sistemas internos, que supuestamente apartan de la línea de montaje las botellas defectuosas) y que, de alguna manera, haya logrado que la botella de vidrio fuera tapada y luego saliera desde la fábrica hacia el mercado en esas condiciones. Dice que lo importante no es si el cuerpo extraño ingresó en la botella afuera o adentro de la fábrica; que tampoco es relevante si eso sucedió antes o después de que el envase fuera llenado con la gaseosa; que el nudo es que ese cuerpo extraño estaba (a) cuando la botella fue tapada en las instalaciones de la demandada y (b) cuando la botella ingresó al mercado; que lo crucial, lo dirimente, es que esa botella jamás debió haber salido de la fábrica con ese objeto adentro; que nunca debió haber sido introducida al mercado en esas condiciones. Resalta citas jurisprudenciales. Sostiene que se está, como mínimo, ante un absoluto y ostensible incumplimiento de los controles de calidad; que se ha violado abiertamente el código alimentario, la ley del consumidor y la ley de defensa de la competencia; que ha sido transgredida la manda legal según la cual “las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en las condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios” (art. 5, ley del consumidor). Hace notar la relevancia del precepto para el caso; que la botella iba a ser utilizada para beber la gaseosa envasada en ella; que la presencia de un cuerpo extraño puede contaminar la gaseosa y poner en riesgo la salud (así no sea por el asco y la repugnancia y los probables vómitos en caso de advertir que se ha ingerido un líquido que estaba en contacto con algo así); que el reproche y el incumplimiento no desaparecerían ni siquiera si se llegara a la conclusión de que el objeto que está adentro de la botella es inocuo para la salud; que se estaría igualmente ante un claro incumplimiento a los estándares más básicos de calidad, en los que el consumidor confía y por algo paga el precio de un producto líder o de la marca, confiando en una marca, en una trayectoria, en el poderío y presencia en el mercado; que, además, se trata de aplicar la regla de oro del art. 902 del Código Civil. Afirma que el daño punitivo mira no sólo hacia atrás sino también hacia adelante: busca castigar al infractor, pero también procura que la condena sirva como mensaje moralizador; que el juez, con la condena, advierte que ese tipo de situaciones no se pueden tolerar socialmente y que no se debe volver a repetir. Aduce que no se está frente a un caso aislado; que hay otros casos judiciales exactamente iguales (misma gaseosa, mismo tipo de envase, misma empresa demandada) y también otros hechos que han tomado estado público en la prensa; que se está hablando de situaciones aptas para poner en grave riesgo la salud de todos los que consumen bebidas de ese tipo; que se está hablando de objetos extraños en botellas que contienen líquido destinado a ser ingerido por la población en general. Se formula una serie de interrogantes y dice que esa reiteración de situaciones que, así sea potencialmente, exponen la salud, demuestra la necesidad de condenas severas y ejemplificadoras; que el daño punitivo puede y debe cumplir una función preventiva. Plantea la envergadura económica de la empresa demandada. Dice que una de las principales pautas para cuantificar el daño punitivo es la capacidad de pago del proveedor: a mayor capacidad de pago, mayor

debe ser la indemnización punitiva; que no es lo mismo multar a un kiosquero que a una multinacional; que una suma significativa para aquél será irrisoria para ésta; que por ello los norteamericanos hablan de los deep pockets (bolsillos profundos) como parámetro básico a la hora de fijar el monto del castigo a la empresa que no cumple las pautas más elementales para con sus clientes; que en su página web (www.cerveceriaymalteriaquilmes.com) la demandada publicita su poderío económico y su presencia en el mercado argentino. Transcribe párrafos que manifiesta haber extraído de la referida página y la enunciación de una serie de productos categorizados en cervezas, gaseosas o jugos isotónicos y aguas y manifiesta que en otras épocas, en dicha página constaba información sugestivamente eliminada luego que la firma fue demandada y condenada en el caso judicial a que luego se refiere, a la que transcribe. En cuanto a los rubros pretendidos, reclama a) el valor de mercado de la gaseosa defectuosa. Expresa que el producto que compró no sirve para su destino; que solicita entonces la suma que sea necesaria para adquirirlo en el mercado, según precio vigente al sentenciar; que al momento de redactar la demanda, cuantificó esa suma en cinco pesos con cincuenta centavos (\$ 5,50); que a todo evento, deberá tenerse en cuenta que los créditos indemnizatorios son una obligación de valor y no una estrictamente dineraria. Reclama daño moral. Dice que el hecho causó un daño moral que surge in re ipsa, proveniente de la desagradable sorpresa de encontrar el cuerpo extraño en una botella que contenía líquido destinado a ser ingerido; que se trató de un eventodesagradable, repugnante; que ello no requiere prueba alguna; que además, se ha visto lesionada la confianza en una reconocidísima marca; que si bien es un daño moral de escasa entidad, igualmente debe ser indemnizado por el responsable; que así lo manda el principio de reparación integral; que prudentemente lo cuantifica en cuatrocientos pesos (\$ 400). Reclama daño punitivo. Solicita se aplique al caso la reforma introducida por la ley 26.361 como art. 52 bis; que en el caso, se demanda que esa multa civil sea fijada en quinientos mil pesos (\$ 500.000). Fundamenta el daño punitivo pretendido. Señala que el art. 52 bis significa un profundo cambio de paradigma; que ahora los jueces civiles no sólo deben indagar el daño causado por el responsable: si el consumidor así lo solicita, deben castigar a aquellos empresarios que hayan incumplido las obligaciones fijadas por el sistema legal de protección del mercado; que la nueva ley busca que los jueces dicten sentencias ejemplificadoras, a fin de moralizar el mercado. Cita doctrina. Dice que el legislador ha partido de la premisa de que la justicia penal está colapsada; que ha receptado el daño punitivo para estimular a los consumidores a denunciar los incumplimientos; que con el daño punitivo los consumidores se convierten en fiscales privados que de ahora en más, pueden acudir a los jueces, a fin de demostrar los incumplimientos de las empresas y a fin de lograr que ellas sean castigadas; que se trata de un mecanismo equilibrador del mercado; que se otorga al más débil una poderosa herramienta; que el daño punitivo, de esa manera, se convierte en una figura mucho más eficaz que las sanciones penales o administrativas. Insiste en que lo que busca la ley es que hechos como el que motiva la demanda no vuelvan a repetirse; que la ratio legis de esta nueva figura de los daños punitivos es que las empresas, luego de la condena judicial, sean más cuidadosas y no actúen desaprensivamente; que el afán de lucro no las lleve a aflojar o a relajar los controles de calidad de los productos que salen de la fábrica y son colocados al mercado minorista; que hay una muy marcada finalidad preventiva, que los jueces pueden y deben desempeñar; que debe cambiar la mentalidad del juez que no debe centrar su mirada en el caso individual, sino que debe pensar en la repercusión de la sentencia que dicte, en el fin social que ahora la ley adjudica a su resolución; que un supuesto típico donde se ve sin dificultad la utilidad y la ventaja de los daños punitivos, son los casos donde la antijuridicidad ha sido significativa pero el daño ha sido de escasa entidad; que de no existir el daño punitivo, ese tipo de hechos quedarían

totalmente impunes; que no habría ningún interesado en poner de resalto y en probar la transgresión. Dice que la doctrina nacional anterior a la reforma de la ley de defensa del consumidor se pronunciaron a favor de su recepción; que el legislador no ha hecho otra cosa que atender al reclamo de los autores, que pusieron de manifiesto la justicia intrínseca de esta institución. Cita doctrina. Destaca que antes de la sanción de la ley existía un marcado consenso sobre la justicia intrínseca y eficacia moralizadora de la figura y sobre la conveniencia de su consagración legislativa. Aduce que en el caso bajo examen se cumplen todos los requisitos para la aplicación de la sanción demandada; que se está frente a un grave incumplimiento; que la presencia en una botella del objeto flotando en ella sólo puede ser explicada por un craso defecto de los controles de calidad; que más allá de la ubicación del momento exacto en el cual ese objeto ingresó en la botella, lo cierto es que esa botella jamás debió haber salido así al mercado; que el sentido común indica que tienen que haber fallado varios pasos para que algo así haya sucedido. Añade que la demandada ha violado obligaciones legales, incluso de rango constitucional; que han sido infringidos el deber de velar por la seguridad del consumidor (art. 42 de la Constitución), el art. 5 de la ley de defensa del consumidor, el código alimentario, etcétera. Sostiene que la demandada ha actuado con marcado menosprecio a la integridad física del consumidor: no solo la de él, sino de la población en general; que se está hablando de un producto destinado a ingresar en el organismo del consumidor; que no se trata de un envoltorio de detergente, por ejemplo; que en los envases de bebidas cuyo destino es ser ingeridas el control debe ser mucho mayor; que la conducta es más reprochable para una empresa tan prestigiosa. Cita el art. 902, Cód. Civil. Dice que no es lo mismo el control de calidad o bromatológico exigible a un vendedor artesanal de jugos que a la empresa de bebidas multinacional, que opera con una de las marcas de gaseosas más conocidas en el mundo; que no hay país donde no se conozca la marca Pepsi. Aduce que la sentencia debe reflejar la desaprobación social frente a hechos de esta naturaleza; que se hace imprescindible dictar pronunciamientos ejemplificadores, que cumplan una función de prevención especial, que la empresa en cuestión no vuelva a cometer hechos de esta naturaleza, y general que la sentencia a dictarse en el proceso sea docente y llegue a otras empresas embotelladoras y proveedoras de alimentos, estimulándolas e incentivándolas para que no haya fallas en los controles, para que no se ahorre en este punto, para que se resignen ganancias, para que haya menos presupuesto en publicidad y más para el sector bromatológico. Como justificación del monto pretendido dice que en el sistema de la ley, la multa puede ir de \$ 1 a \$ 5.000.000; que en el caso, se demanda \$ 500.000; que la cifra es razonable, en función de la gravedad del hecho, del riesgo potencial a la salud que generan situaciones como ésta, de la inmensa e indiscutible magnitud económica de la empresa demandada, de su carácter de reincidente, de que el sector de embotelladoras, en el cual se desempeña la demandada, ha registrado también hechos como el que motiva el reclamo. Señala que luce razonable tomar como guía los patrones que figuran en el art. 49 de la ley del consumidor para graduar las sanciones contra las empresas; que dicho dispositivo menciona estas pautas: la posición en el mercado del infractor; la gravedad de los riesgos; la generalización de los riesgos y la reincidencia. Afirma que todo eso hace que no sea para nada ilógico o descabellado pretender una condena de quinientos mil pesos (\$ 500.000) pensando en cuánto gasta en publicidad una empresa como la demandada; que distinto sería si se estuviera hablando de un cuerpo extraño encontrado, por ejemplo, dentro de una botella de un jugo artesanal elaborada por una pequeña empresa familiar; que si bien la antijuridicidad sería igualmente grave (ninguna empresa puede despachar un producto en tales condiciones), lo cierto es que la magnitud de la multa allí debería ser menor. Sostiene que el daño punitivo le debe doler a la empresa, le debe pegar donde más le duele, en su bolsillo; que una suma inferior a la indicada sería irrisoria para la

demandada; que fijar una suma menor a la indicada en la demanda significaría tornar en letra muerta la figura, sería abdicar de la nueva función ejemplificadora y docente que la ley le ha asignado a los jueces civiles. Invoca requisitos de procedencia y pautas para cuantificar el daño punitivo. Cita jurisprudencia y doctrina. Indica que hay quienes requieren un reproche subjetivo agravado (culpa grave, como mínimo) para los daños punitivos, pero advierte que el art. 52 bis en ningún pasaje exige dicho requisito; que aquí se está hablando de un producto defectuoso proveniente de una persona jurídica y las personas jurídicas, por definición, carecen de subjetividad: técnicamente no pueden incurrir en culpa ni en dolo. Agrega que la responsabilidad de las personas jurídicas siempre es objetiva, ajena a la idea de culpa o dolo; que si fuera necesario el reproche subjetivo, la figura de los daños punitivos sólo podría aplicarse para castigar a proveedores individuales (personas físicas); que el hecho de que esta multa pueda ser aplicada a personas jurídicas (aspecto éste que ningún autor ha puesto en tela de juicio), es la mejor muestra de que ella no se rige por los clásicos postulados inherentes a las sanciones penales, es decir, no rige en esta figura el principio de personalidad de la pena, ni el principio de que no hay pena sin culpa, etcétera; que es más, la experiencia del derecho comparado señala que los daños punitivos más significativos han sido aplicados a empresas, a compañías, a sociedades. Expresa que el hecho mismo de que la demandada haya colocado en el mercado una botella como la que acompaña, demuestran re ipsa que algo funcionó muy mal, que fallaron crasamente los controles de calidad, y/o de limpieza y/o bromatológicos: es decir, los hechos en sí mismos están demostrando la existencia de un reproche grave y significativo, sobre todo si se aplica la regla de oro del art. 902 del CC: mientras más poderosa y líder sea la empresa, mayor es el rigor con que debe ser apreciado su comportamiento; que una empresa multinacional de primera línea no puede pretender minimizar un hecho de estas características. Refiere que la economía de EEUU no se ha visto afectada por los daños punitivos. Afirma que el capitalismo norteamericano, con reglas de juego más serias y severas, con un mayor intervencionismo, es más floreciente; que los jueces norteamericanos no dudan en emitir condenas significativas contra las empresas que ignoran los derechos de los consumidores; que lo mismo sucede en otras economías centrales; que con eso quiere despejar los “temores” o “reservas” que despiertan los daños punitivos. Ofrece como prueba el envase, cuyo apropiado resguardo solicita; prueba científica innominada y documental. Formula reserva de caso federal.-----

Impreso el trámite de ley, a fs. 124/142 comparecen los Dres. Mariana B. Miseta y Gustavo Viramonte (h), en el carácter de apoderados de Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G. y contestan la demanda, solicitando su rechazo con especial imposición de costas al actor. Niegan todos y cada uno de los hechos denunciados por el actor en su demanda, como también el derecho invocado, solicitando que sólo se tengan por ciertos aquellos extremos que sean objeto de expreso y especial reconocimiento en su responde. Niegan que el actor revista la calidad de consumidor de la botella Pepsi aludida en la demanda, cuya autenticidad, ausencia de adulteración e integridad también niegan; que tal supuesta botella tenga un cuerpo extraño transparente, y a todo evento, que por tal supuesto elemento extraño quepa responsabilidad ni sanción de ninguna índole a la demandada; que el actor se encuentre vinculado ni enmarcado en una relación de consumo, cuya configuración también rechazan. Niegan que el supuesto elemento extraño aludido por el actor, sea imputable a la demandada, rechazando que hubiera sido introducido dentro y/o en el marco del proceso de lavado y llenado de la supuesta botella, ni en la planta fabril de la accionada. En particular, niegan que el actor revista la calidad de consumidor y menos con el alcance

invocado; que el actor sea destinatario final de la supuesta botella ni expuesto a su consumo. Remarcan que por más que la ley 24.240 consagre tres categorías de consumidores, ello no exige a quien se identifique como tal, de especificar en cuál de las tres categorías se considera subsumido; que por más que exista una definición legal amplia de los consumidores, tales categorías, no son idénticas, sino que configuran calidades bien distintas y responden a disímiles requisitos; que de esa manera, un sujeto puede ser consumidor directo, o consumidor equiparado o consumidor expuesto, de acuerdo a las tres categorías previstas en la ley de defensa del consumidor, mas resulta material y legalmente imposible que en un mismo sujeto concurren simultáneamente dichas tres categorías, por cuanto cada una de tales clases supone y exige presupuestos distintos; que por lo tanto, por más que la ley de defensa del consumidor -t.o. 26.361- haya ensanchado el concepto legal de consumidor, ello no excusa a quien invoque tal calidad, de demostrar que se encuentra incluido en una de ellas ni de la demostración de los extremos que avalen tal argumentación; que la calidad de consumidor no se presume, en ninguna de sus tres categorías; que las tres calidades legales suponen circunstancias y requisitos distintos, aun cuando en lo que se refiere a los efectos que acarrea reunir la calidad legal de consumidor en cualquiera de sus tres especies, sean semejantes. Niegan y rechazan que el actor, revista calidad de consumidor, en ninguna de las tres categorías legales. Sostienen que devienen incomprensibles e incompatibles las alusiones del propio actor en su demanda, en las que aduce haber adquirido la supuesta botella en la que funda su pretensión, extremo que niegan y rechazan, y seguidamente justifica su pretendida legitimación activa aludiendo a él mismo de manera contraria a la primigenia atribución de la calidad de comprador directo, como sujeto no contratante y sujeto expuesto a una relación de consumo, todo ello de manera concurrente. Expresan que tales incoherencias y deficiencias del planteo del accionante, no solo colocan a esa parte en una evidente situación de indefensión, menoscabando la garantía constitucional que en tal dirección ampara a la demandada, sino que además demuestra la esquiva y curiosa conducta de Colazo, quien calla y omite mencionar cuál es su medio de vida o actividad laboral y/o productiva y ni siquiera ofrece prueba respecto de tales circunstancias, ni las de la ya negada adquisición de la supuesta botella, limitándose liviana y paralelamente a aducir que compró la pretendida botella en un almacén de Saldán, sin identificar ni individualizar. Niegan que Colazo haya adquirido la supuesta botella ni en un almacén de dicha localidad. Se preguntan si son idénticas las tres categorías legales de consumidor y dicen que la respuesta negativa se impone; que o se es consumidor directo, o consumidor equiparado o consumidor expuesto, mas nunca se pueden confundir en un mismo sujeto las tres clases de consumidores simultáneamente respecto del mismo bien o servicio. Señalan que difícilmente alguien que vive en Córdoba, concurre a Saldan -con la distancia y recorrido que ello implica- a comprar una simple gaseosa y omite advertir el supuesto elemento extraño; que resulta evidente la actitud dirigida a ocultar lo que debía transparentar, como son los extremos a la supuesta compra de la botella y la rechazada la calidad de adquirente directo. Dicen que si se interpretara que su calidad de consumidor no necesita demostración, cuando las circunstancias que acreditan la supuesta calidad de consumidor invocada por Colazo son solo demostrables por el propio actor, se incurriría en una irrazonable y lesiva arbitrariedad, contraria a las garantías constitucionales básicas, por cuanto la accionada no solo no conoce al actor, sino que además no tuvo ni tiene vínculo directo con él, por lo que carece de toda posibilidad de producir prueba respecto de ello. Afirman que la finalidad del actor es ocultar e impedir que se conozca las supuestas formas y/o vías a través de la cual se hizo de la supuesta botella en la que funda la demanda, persiguiendo así escudarse en las pretendidas y ya negadas categorías consumeriles, sin demostrar extremo alguno que respalde tal argumentación ni sobre la supuesta compra, las circunstancias de tiempo, lugar y personas

que habrían interferido en ella y lo que es más curioso aun, sin expresar a qué se dedica ni cuál es su medio de vida. Añaden que aun cuando el actor revistiera la calidad de empleado o ninguna calidad tributaria ni inscripción en el Registro Público de Comercio como comerciante, ello en modo alguno es suficiente para generar la presunción de la calidad de consumidor en ninguna de las tres categorías contradictoriamente aducidas, por cuanto, cualquier actividad comercial se desarrolla materialmente, aun de manera contraria a la ley, sin observar los requisitos fiscales, administrativos y/o comerciales exigibles, y/o mediante interpósitas personas; que es pública y notoria la existencia de innumerables comercios ilegales, no inscriptos ni habilitados; que en tal entorno cotidiano, sumado a la absurda e incomprensible ausencia de datos omitidos por el propio actor, hasta podría ser parte de una sociedad de hecho o socio oculto de algún sujeto que no sea consumidor y así haberse hecho de la disponibilidad material de la supuesta botella. Insisten en lo dicho, a lo que remito. Sostienen que del informe expedido por Riesgo on line, correspondiente al actor, que adjuntan si bien se desprende que no tiene actividad ni calidad fiscal ninguna, dado que no registra tampoco antecedentes laborales ni previsionales, deviene evidente que su medio de vida se materializa en forma totalmente ajena a los parámetros legales, o sea en negro, ya que si no resulta inexplicable de qué vive y con qué afronta su propia subsistencia. Dicen que por todo ello niegan que el actor revista legitimación como consumidor en ninguna de las tres calidades aducidas, rechazando que se encuentre enmarcado en relación de consumo de ninguna índole. Niegan la configuración del supuesto hecho grave aducido por el accionante y menos que resulte imputable a la demandada, rechazando a su vez que los extremos aducidos por el actor resulten atribuibles a la accionada. Niegan que las supuestas circunstancias invocadas le hubieran ocasionado a Colazo daño alguno. En particular niegan que el actor haya comprado el cuatro de agosto de dos mil once una botella de gaseosa de la marca Pepsi de vidrio, envase retornable, de tapa azul en un almacén de Saldan; que las impresiones de la botella sean ilegibles; que, recién cuando el actor llegara a su casa, haya advertido que flotaba un cuerpo extraño en el interior de la botella y que esto se hubiera producido cuando fuera a abrirla para tomarla. Expresan que en ese marco, a todo evento y sin que implique reconocimiento de ninguna índole, resaltan que según los dichos del actor, el producto no fue consumido, circunstancia que implica la ausencia total de daño y consecuentemente, la improcedencia manifiesta de la demanda en su totalidad y en particular de los daños punitivos peticionados. Agregan que sin perjuicio del rechazo y desconocimiento ya formulado respecto de la supuesta calidad de cerrada, inalterada y no manipulada de la botella, niegan que el elemento existente en el interior de la botella y que se observa en ella, sea responsabilidad de la demandada y que haya inferido daño moral ni material alguno al actor y que tal elemento extraño sea peligroso y que no hubiera sido advertido por el actor al tiempo de la ya negada adquisición de la botella. Niegan que el actor haya dejado la botella quieta ni en reposo; que el supuesto objeto haya comenzado a subir a la superficie, parte superior del envase; que la primera impresión haya sido que el líquido estaba congelado como si fuera hielo; que el cuerpo extraño recién fuera visible para el actor en su casa y al mover la botella. Niegan por no constar a la demandada, que dicho elemento sea extraño al actor y que se trate de una parte o trozo de algún paquete o envoltorio de cigarrillos; que la tapa de la botella se encuentre cerrada, inalterada y no manipulada; que la arandela de la tapa esté entera, cerrada, inalterada y no manipulada; que los supuestos puntos de anclaje, concepto éste ajeno a demandada, y las supuestas aletas estén en la misma situación en que se habrían encontrado cuando el actor adquirió la botella, adquisición que ya ha sido rechazada. Resaltan que si el propio actor, solo decidió ir a la justicia luego de una amplia difusión de una condena a la demandada, sumado a que el actor ni siquiera aduce haber sufrido angustias, ascos, ni ningún tipo de perturbación, ni sufrimiento espiritual, ni

tampoco ofrece prueba al respecto, deviene claro e indudable que los supuestos hechos aducidos, los que son negados en su totalidad, no le infirieron al actor lesión de ninguna índole. Aducen que la condena en contra de la demandada no está firme. Sostienen que la única finalidad que persigue Colazo es enriquecerse sin causa, abusando y distorsionando de la figura legal de los daños punitivos, cuya aplicación reclama y cuantifica de manera absolutamente desenfocada y cuya procedencia y cuantificación niegan e impugnan. Destacan que el supuesto elemento extraño (parte o envoltorio) observable en la botella, no constituye un elemento contaminante ni riesgoso para la salud; que por lo tanto, aun cuando el supuesto elemento en cuestión tuviera las características denunciadas por el actor, su inocuidad y carácter no riesgoso para la salud es evidente. Niegan, rechazan e impugnan la pretendida legitimación pasiva endilgada a la accionada por Colazo, rechazando a la vez la aplicación de la normativa, doctrina y jurisprudencia invocada en el sentido. Aclaran que la demandada no niega ser productora de las gaseosas marca Pepsi; que sin embargo, niega la responsabilidad que en tal carácter, Colazo pretende atribuirle falazmente respecto de la botella. Niegan que la accionada sea responsable solidaria; que resulte deudora solidaria ni en virtud del art. 40, ni 52 bis de la ley de defensa del consumidor; que el alcance de la solidaridad consagrada en la ley de defensa al consumidor sea el invocado por el actor, ya que en particular, niegan que la demandada sea distribuidor y proveedor, ni que reúna tales calidades, y mucho menos frente al actor. Niegan que la accionada haya incurrido en incumplimiento alguno ni que la botella de autos y el elemento que se observa en ella sea consecuencia del ya negado incumplimiento. Impugnan que quepa solidaridad alguna a la demandada respecto de los rubros reclamados, y en particular, por los daños punitivos cuya aplicación persigue el actor. Niegan que la botella en cuestión, sea consecuencia de una falla ocurrida adentro de la elaboradora; que revista injusticia alguna, permitir el ingreso al proceso del transportista y/o del comerciante, supuesto titular del supuesto almacén a donde dice el actor haber comprado la botella. Dicen que de todas formas, tal como el propio actor lo demarca, su pretensión se funda atribuyendo a la demandada una falla adentro de su planta elaboradora, extremo ya negado. Dicen que la ya negada falla adentro de la elaboradora, ya ha sido científica y completamente desvirtuada, habiéndose acreditado técnicamente en el proceso judicial aludido por el actor (“Teijeiro o Teigeiro Luis Mariano c. Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G. - Abreviado – Otros” – Expediente 1639507/36), mediante la prueba pericial allí diligenciada por un perito ingeniero oficial, consentida por el allí actor y sus letrados, que son los mismos profesionales apoderados de Colazo en este juicio; que es materialmente imposible el acaecimiento de fallas dentro de la planta de la demandada. Realizan transcripciones en función de la pericia que invocan. Niegan que la demandada sea quien introduce al mercado, en el sentido aludido por el actor, los productos por ella elaborados; que en compras como la de la botella adjuntada en autos, se acostumbre a omitir la expedición del ticket y factura. Aducen que es público y notorio el enorme control fiscal que actualmente ejercen todos los organismos fiscales; que la adquisición debe igualmente probarse y puede hacerse a través de otros medios probatorios. Rechazan que la única manera de oponerse a la ya negada calidad de consumidora invocada por el actor, sea que la demandada demuestre que Colazo se dedica a revender gaseosas. Dicen que es falso que la única forma de revender gaseosas sea que el actor fuera titular de comercio que adquiriera gaseosas a la demandada; que podría ser el actor, vendedor ambulante, vendedor de algún puesto informal de comidas rápidas (panchos, choripanes), podría ser revendedor de gaseosas en eventos deportivos, musicales y/o socialmente concurridos; que dado que Colazo es el único que sabe a qué se dedica y cuál es su medio de vida y ha callado las circunstancias atinentes a la supuesta compra de la botella, fundándose para justificar su silente postura, en una liviana, errónea y absolutamente desenfocada concepción de la teórica

de las cargas probatorias dinámicas, impugnan tal postura procesal. Afirman que es falso que la accionada conozca y/o tenga antecedentes de todos los sujetos que revenden los productos por ella elaborados; que la demandada comercializa sus productos, a través de distribuidores, quienes a su vez, revenden por su propia cuenta y orden, los productos a comercios más pequeños, que los venden a los consumidores. Sostienen que si se permitiera presumir la calidad de consumidor a partir de la tenencia material de una botella, no consumida, y lo que es más incoherente aún, la invocación simultánea de la calidad de las tres categorías consúmenes legales, conjugadas en un mismo sujeto al mismo tiempo y respecto de un mismo bien, como postula el actor, se llegaría al absurdo de que la demandada deba contratar a un investigador privado para averiguar datos sobre Colazo, cuando todo ello, puede y debió obviarse si el demandante hubiera expuesto con claridad y suficiencia los extremos que escuetamente invoca y con los que pretende escudarse. Advierten que si semejante liviandad se permitiera, cualquier persona, por ejemplo, auto atribuyéndose la calidad de consumidor y transportado, podría aducir, sin aportar prueba alguna, que viajaba en un colectivo y se lastimó y/o sufrió un lucro cesante y/o daño moral por esperas excesivas y/o demoras y así eximirse de aportar otra prueba, o lo que es peor aún, podría una persona encontrar algún boleto de transporte, e invocar con éste, que viajaba en ese colectivo, y que fue insultado por el chofer y así reclamar lesiones in re ipsa a su espíritu. Dicen que el actor no especifica localización ni ningún otro elemento táctico que acredite la existencia, ya negada, de la compra de la botella, su pago, ni del almacén, ni de su medio de vida, pese a que es él, el único que pudo aportar elementos atinentes a tales supuestos extremos. Niegan que el actor haya estado expuesto a una relación de consumo, y que el hecho de tener la botella en su poder la haya expuesto a la situación de ingerirla. Dicen que la mera exposición a un bien como la botella, en modo alguno convierte a el actor en “consumidor expuesto” en el sentido legislado para ésta clase en la ley de defensa al consumidor, ya que dado que Colazo adujo que no abrió ni consumió la botella, mal puede considerarse configurada la calidad de expuesto, ya que no se concretó la ingesta. Niegan especialmente, que el elemento y supuesto hallazgo invocado por el actor, constituya un hecho grave, imputable y reprochable a la demandada y por ende, rechazan la responsabilidad endilgada. Niegan que existan fallas en los controles internos ni de higiene, ni bromatológicos y/o ni de calidad de la demandada. Afirman que las supuestas y ya negadas falencias denunciadas por el actor, no existen y no son atribuibles a defectos, desperfectos ni vicios de elaboración, embotellamiento, envasado ni de seguridad y calidad alimentaria de la demandada, ya que esta produce, elabora, envasa y embotella todas las gaseosas de manera segura, observando los más altos y sofisticados patrones y controles de calidad y seguridad alimentaria. Niegan que el elemento que se observa en la botella haya sido introducido por otro consumidor que haya bebido la gaseosa y devuelto su envase; que la botella haya sido comprada anteriormente y que los sistemas de limpieza de la empresa no hayan extraído el elemento encontrado en ella. Niegan la hipótesis de sabotaje interno. Afirman y dicen que así lo demostraran, que el hallazgo habido en la botella, en modo alguno es imputable a la demandada. Remarcan la seguridad de la planta elaboradora de la accionada y dicen que la eventual configuración de un sabotaje -lo que descartan- constituiría un hecho absolutamente ajeno, externo y fortuito, por el que no debe responder. Expresan que resulta descabellada la pretensión de trasladar a la demandada la prueba de cómo llegó el elemento que se observa en la botella, por cuanto ello no es posible dentro del marco y estructura correspondientes a la planta de ella; que imputar a la accionada la carga de la prueba de un supuesto y ya negado sabotaje, importaría exigirle una prueba diabólica y absolutamente contraria a los más básicos principios que rigen cualquier sistema sancionatorio, que consagran el principio de inocencia, y la prohibición de autoincriminación. Advierten que lo único que puede

demostrar la demandada es toda su planta que está bajo su ámbito de control; que solo puede defenderse demostrando los procesos observados normal, rigurosa y regularmente en todas las etapas de elaboración de los productos gaseosas Pepsi, los controles existentes y la observancia de los más sofisticados y elevados estándares de calidad de manera responsable y cuidados; que si se hubiera producido un hecho absolutamente ajeno, externo e imprevisible, ello resulta desconocido para ella y por ello lo rechaza. Niegan que un comerciante que venda gaseosas sea consumidor, ya que dichos productos son adquiridos siempre para ser comercializados; que de todas formas, para que un comerciante pueda ser identificado como consumidor, se requiere indefectiblemente que exista consumo (ingesta), lo que -según el actor- no ha acontecido en autos. Niegan que la botella de autos haya sido tapada en las instalaciones de la demandada conteniendo el elemento que se observa en ella; que la accionada haya ingresado la botella al mercado ni elaborado con un elemento extraño; que la botella haya salido de la fábrica de la accionada con el supuesto objeto que se observa en su interior. Afirman que este último extremo es de imposible ocurrencia práctica, y así lo ha determinado un perito judicial. Niegan que la botella en cuestión haya salido de la fábrica con el objeto que ahora se observa en su interior; que la accionada hubiera introducido al mercado la botella con tal elemento; que haya incurrido en incumplimiento de ninguna índole; que haya violado controles de calidad, ni el código alimentario, ni la ley de defensa del consumidor, ni la ley de defensa de la competencia; que haya incurrido en incumplimiento del art. 5 de la ley de defensa del consumidor; que la botella, aún con el elemento que se observa en su interior, presente peligro alguno para la salud ni integridad física del actor ni de consumidores; que el elemento que se observa en la botella sea contaminante de ella y ponga en riesgo la salud. Dicen que a todo evento, y sin que implique reconocimiento de ninguna índole, el hecho de que el elemento extraño sea inocuo, en modo alguno genera incumplimiento, ni mucho menos responsabilidad, ya que el actor no ha padecido daño de ninguna índole; que los incumplimientos, lo que no reconocen respecto de la accionada, en modo alguno generan responsabilidad sin daños ciertos. Niegan que resulte aplicable a la accionada la regla del art. 902 del CC; que la botella estuviese contaminada, ni que sea pasible de generar riesgo alguno en la salud; que pueda generar asco, repugnancia ni vómitos. Dicen que según el propio actor, nada de ello ocurrió, pues solo preservó la botella, y recién luego de la supuesta difusión de un caso similar, decidió articular su pretensión directamente judicial, sin siquiera llamar al servicio de atención al consumidor. Niegan que la accionada haya incurrido en reincidencia de ninguna índole y que sea infractora de ninguna norma. Expresan que es pública y notoria la envergadura económica de la accionada; que sin embargo, niegan que tal extremo, resulte una pauta o parámetro válido para justificar la pretensión de daños punitivos planteada por el actor, a la que se oponen, impugnan y rechazan. Adjuntan impresiones obtenidas de la página web de la demandada, de donde surge tal información y a cuyo contenido se remiten. Niegan que la accionada haya eliminado sugestivamente de su página web, información alguna luego de ser demandada y condenada mediante pronunciamiento no firme aun. En relación a los rubros pretendidos, rechazan y niegan su procedencia, como así también impugnan la exorbitante cuantía demandada. Afirman que el actor no ha padecido daño moral alguno y rechazan la procedencia del instituto de daños punitivos cuya aplicación persigue. Niegan que el pretendido daño moral surja in re ipsa. Dicen que la propia descripción del actor revela que no existe lesión moral alguna. En relación al valor de mercado de la gaseosa denuncian falta de acción, dado que el actor no es consumidor. Expresan que, aun cuando se presumiera tal calidad, y en el remoto caso de que se entendiera que la existencia de un defecto o vicio de la botella fuera atribuible a la demandada, el actor debió haber articulado su pretensión conforme al art. 10 bis de la ley de defensa del consumidor; que no habiendo requerido

ninguna de las tres pretensiones allí previstas, su reclamo indemnizatorio resulta inviable. Sostienen que el planteo del actor se trata de caso de un vicio redhibitorio, alcanzado por las previsiones normativas de los art. 18 y concordantes de la ley 24.240 y disposiciones del código civil (arts. 2164 y concordantes) y no de un supuesto de aplicación del art. 40 de la ley 24.240; que esta última norma se aplica a un supuesto distinto, cual es el de daños causados por productos viciosos, en intereses distintos a los de prestación; que se entiende que allí rija un estándar de responsabilidad objetiva y que la acción sea articulable contra todos los sujetos que menciona la norma, sin distinción alguna según la responsabilidad sea contractual o extracontractual; que tratándose de daños que derivan de vicios internos del producto -lo que niegan en el caso de autos- por falta o inadecuación de calidad, rigen las normas que regulan los vicios redhibitorios, tanto en la ley 24.240 como supletoriamente los del código civil y del código de comercio; que la acción por vicios redhibitorios es articulable solamente contra el vendedor y no contra el fabricante, ni otros terceros; que dentro y fuera de la relación de consumo la solución es la misma. Niegan que el actor tenga crédito indemnizatorio alguno y que estos constituyan obligaciones de valor. Niegan que el supuesto elemento existente en la botella haya ingresado afuera y/o dentro de la fábrica; haya ingresado antes o después del llenado del envase; que este elemento haya estado en la botella cuando esta fue tapada en la planta de la accionada y que saliera en esas condiciones de la elaboradora. Niegan que la accionada sea responsable de que la botella haya llegado al mercado con el elemento encontrado dentro de ella; que haya incurrido en un absoluto y ostensible incumplimiento de las normas de control de calidad. Destacan que la autoridad de aplicación del código alimentario no es el Poder Judicial, sino la propia Administración (poder ejecutivo nacional y provincial) quien a través de los organismos técnicos competentes (ANMAT por ejemplo) ejerce el poder de policía consagrado en el código alimentario; que por lo tanto, resaltan que, en vez de iniciar un proceso judicial con el desgaste que ello genera, por cuanto el actor no ha padecido daño personal, patrimonial ni moral de ninguna índole, debió Colazo en todo caso arbitrar las denuncias administrativas pertinentes para que la autoridad de control (ANMAT) realizara las inspecciones y en su caso aplicara las sanciones correspondientes. Afirman que la utilización de las vías legales planteadas en autos reflejan un ejercicio abusivo y por ende irregular de los derechos consagrados en la ley de defensa del consumidor, buscando el actor obtener una injustificada y desmesurada suma de dinero que solo trasuntaría un arbitrario e inconstitucional enriquecimiento sin causa y una grave afrenta al derecho de defensa, debido proceso y de propiedad de la demandada. Reiteran una serie de negativas. Citan doctrina y niegan que para la aplicación de los daños punitivos que se persiguen en autos, deban aplicarse los criterios de responsabilidad objetiva en la forma y argumentación que propone el actor, quien claramente confunde responsabilidad con el instituto bajo análisis. Impugnan toda la prueba documental instrumental, blogs, filmaciones, impresiones de notas periodistas, adjuntadas a la demanda, negando su autenticidad, contenido y veracidad. Plantean la improcedencia del reclamo. Oponen la defensa de fondo de falta de acción, fundándola en que no convergen en autos, ninguno de los presupuestos ni elementos habilitantes de las pretensiones deducidas en contra de la accionada. Dicen que Colazo achaca injustificada y desmesuradamente a la demandada incumplimientos que no delimita ni aclara, atinentes a la protección de la seguridad y salud de los consumidores, como así también le imputa livianamente la inobservancia de las normas de control de calidad y menosprecio por los consumidores; que tales acusaciones son falsas, abusivas, infundadas e incorrectas. Afirman que el pretendido elemento hallado en la botella, no ha sido introducido por la demandada ni en su ámbito industrial; que la accionada no es quien comercializa frente al público en general, los productos por ella elaborados, los que llegan al público a través de una cadena

de comercialización intermedia, como comercios mayoristas, distribuidores, y finalmente los supermercados, hipermercados y comercios minoristas (kioscos, despensas, etcétera), que son los que por su propia cuenta y riesgo venden los productos; que las supuestas y ya negadas falencias denunciadas por el actor, no son atribuibles a defectos, desperfectos ni vicios de elaboración, embotellamiento, envasado ni de seguridad y calidad alimentaria imputables a la accionada; que esta produce, elabora, envasa y embotella todas las gaseosas de manera segura, observando los más altos y sofisticados patrones y controles de calidad y seguridad alimentaria en resguardo y observancia de todos los patrones legales; que resulta material, física y químicamente imposible que en el proceso de elaboración, envasado y embotellado de las gaseosas se filtre elemento extraño alguno que pueda ingresar a las botellas. Destacan que todos los envases de vidrio que ingresan a la planta que la demandada posee en la ciudad de Córdoba y en todas las del país, son meticulosamente higienizadas mediante equipos lavadores de alta tecnología, utilizando soluciones de limpieza y desinfección a altas temperaturas; que a la salida de la máquina de limpieza, las botellas son sometidas a diferentes controles de inspección como por ejemplo equipos inspectores electrónicos que eliminan los envases no aptos; que posteriormente las botellas mediante cintas transportadoras continúan hacia la máquina llenadora (donde se realiza el proceso de llenado con producto); que luego se efectúa el tapado y finalmente el etiquetado con todos los rótulos exigidos por la legislación vigente; que la etapa de elaboración de las gaseosas se realiza en un equipo denominado mixer, el que consta de varios tanques a través de los cuales se produce la mezcla y elaboración del jarabe, y una vez listo el producto a introducir en las botellas éste es conducido a la llenadora directamente por medio de cañerías. Subrayan que tanto los tanques como las cañerías mencionadas a lo largo de todo el proceso son de acero inoxidable así como también, que en ninguna de las etapas entra el producto en contacto con personal de la empresa dado que el proceso está íntegramente automatizado. Remarcan que la accionada ha certificado todo el proceso de elaboración y envasado bajo los parámetros de seguridad alimentaria e inocuidad de Lloyds Register (normas HACCP que traducido significa análisis de riesgo y puntos críticos de control), lo que asegura que desde la materia prima hasta el producto final, esté asegurado todo el proceso impidiendo que existan situaciones potencialmente riesgosas o dañinas para la salud de los consumidores; que de esa manera, con todos los controles y autocontroles de aseguramiento de la calidad más los sistemas internacionales aplicados en todas las etapas del proceso, se logra que no salgan de la planta productos con elementos extraños a su composición que pudiesen resultar lesivos y afectar la salud e integridad de las personas. Hacen notar que la tecnología aplicada en todas las etapas del proceso de elaboración y envasado se realiza con equipos de reconocimiento internacional y que constituye la tecnología aplicada en la industria. Afirman que la demandada cuenta con toda la tecnología existente en el mercado para ejercer un adecuado y razonable control de calidad de todos los productos por ella elaborados, de forma tal de evitar y prevenir daños a la salud, siendo tal extremo más que relevante para evidenciar que la accionada jamás se condujo con menosprecio ni desinterés respecto de la seguridad y la salud de los consumidores, y lo que es más evidente que jamás relaja ni afloja sus controles permanentemente vigentes y operativos en todo su proceso industrial; que jamás ha incurrido en actitud desaprensiva y mucho menos con afán de lucro a través de relajar controles. Manifiestan que los supuestos eventos denunciados en la demanda, no solo conforman hechos ajenos a la accionada por los que no resulta responsable, sino que además, el supuesto elemento extraño aludido por el actor, no reviste carácter lesivo ni dañino que pueda potencialmente dañar y afectar la salud de los consumidores. Ponen de resalto que si la botella jamás fue abierta y por ende no fue consumida, tal como lo reconoce el propio actor, el supuesto elemento no ha podido causar daño alguno al denunciante ni a ningún otro

tercero y tampoco resulta potencialmente dañino, por lo que solicitan el rechazo de la demanda, con costas. Plantean la improcedencia del rubro valor del mercado de la gaseosa, la ausencia de daño moral. Niegan que los supuestos hechos tengan relación de causalidad adecuada para infringir a Colazo daño moral y muchos menos que ese concepto sea cuantificable en la suma pretendida. Dicen que la reparación del daño moral exige la presencia de una aflicción seria y no tan sólo de inconvenientes o molestias, puesto que no ha sido dispensada por el legislador como un medio para engrosar la indemnización del menoscabo patrimonial. Citan jurisprudencia. Dicen que no cualquier inquietud o perturbación del ánimo originada en pasajeras molestias, puede ser invocada como un agravio resarcible a tenor del art. 1078 del Código Civil. Señalan que la cuantía reclamada por el rubro en cuestión (\$ 400), también resulta desmesurada y no guarda ni siquiera razonabilidad con los supuestos tácticos relatados por el actor. En cuanto a los daños punitivos, dicen que constituyen un novel instituto incorporado a nuestro derecho positivo, a través de la reciente reforma de la ley de defensa del consumidor; que sin embargo, su existencia dogmática no es nueva en el mundo y el mayor aporte doctrinario y jurisprudencial sobre el tema hasta la fecha, ha sido elaborado en Estados Unidos, país pionero en donde los daños punitivos tienen ya una larga trayectoria. Formulan una reseña de los distintos conceptos que sobre los daños punitivos ha elaborado la doctrina de Estados Unidos. Dicen que se puede advertir que los casos abordados por la Justicia de Estados Unidos, revelan supuestos fácticos muy graves, con daños ciertos y reales de igual magnitud; que en consonancia con ello, cabe deducir entonces que tales circunstancias no convergen en el caso de autos; que en los precedentes citados, las cantidades nominales otorgadas, son notablemente inferiores a la que nominalmente persigue el actor, siendo tal ribete una prueba más que palmaria de la irrazonabilidad e injustificada cuantificación del rubro reclamado, más aun teniendo en cuenta que el actor no consumió la gaseosa y solo observó la botella en cuestión. Sostienen que si bien es condición necesaria para la procedencia de los daños punitivos la configuración de incumplimientos legales o contractuales, tal circunstancia no es suficiente para derivar automáticamente en la aplicación del instituto; que si no hay incumplimiento no puede haber daño punitivo, pero puede haber incumplimiento sin daño punitivo, que es lo que sucede en la mayoría de los casos, ya que este instituto es excepcional, que requiere de daños ciertos y subjetivamente reprochables por factores subjetivos agravados. Aducen que si se interpretara y aplicara la norma en cuestión, en sentido laxo, ello implicaría no solo contradecir la naturaleza del instituto, sino también una grave afrenta del debido proceso, y del derecho de propiedad de los ciudadanos, y con ello, una grave afrenta a la Constitución Nacional. Dicen que no habiendo en este proceso ni siquiera daños ciertos, y no habiendo la accionada incurrido en ningún incumplimiento legal ni contractual y mucho menos ninguna conducta temeraria, grave ni dolosa agravada, la pretensión de daños punitivos resulta improcedente e infundada; que la exagerada cuantificación estimada y reclamada por el actor, excede toda razonabilidad, incurriendo en una inaceptable pluspetición, y por ello solicitan que el tribunal recrimine tal conducta, mediante la imposición de costas. Sostienen que los procesos y procedimientos de producción e higiene de la demandada son de alta tecnología y eficiencia, con rigurosos controles, no solo internos, sino también de auditores externos, y que se ajustan sobradamente a estándares internacionales; que jamás puede imputarse a la demandada negligencia grave o indiferencia igualmente grave, cuando funciona y opera superando los estándares medios. Aducen que no se puede perder de vista que los daños punitivos no constituyen una indemnización de daños y perjuicios. Se formulan una serie de interrogantes y postulan las respuestas. Niegan que en el caso de autos se haya configurado descuido ni sabotaje. Dicen que en materia de daños causados por productos defectuosos, suelen

distinguirse tres tipologías básicas de peligrosidad adquirida: los vicios de fabricación, los de concepción (también llamados de diseño, de proyecto o de construcción en la terminología italiana) y los defectos de comercialización (también denominados defectos en las instrucciones o de información). Citan doctrina. Refieren que las dos primeras categorías (defectos de fabricación y de diseño) se asientan en la existencia de vicios intrínsecos del producto; la restante (defectos de comercialización) en deficiencias formales o extrínsecas; que todas esas falencias generan para el proveedor profesional el deber de alertar al consumidor inmediatamente después de detectados, en su caso de retirar el producto del mercado y, obviamente, de indemnizar los perjuicios causados, pero tienen distinta proyección en el plano de los daños punitivos; que los defectos de fabricación aparecen de manera aislada en una o en algunas unidades de una serie, por lo demás perfectamente regular, por falla de alguna máquina o por error humano, en el momento en que el producto es manufacturado; que el producto se desvía del diseño previsto, en virtud de deficiencias inadvertidas, no detectadas, que determinan que deje de funcionar de acuerdo a su destino. Cita doctrina extranjera. Señalan que los defectos de diseño por el contrario, no afectan a un individuo sino a toda la serie y generalmente obedecen a fallas en el proceso de diseño, por la existencia de un proyecto deficiente o de fórmulas inadecuadas que conspiran contra el resultado deseado; que los defectos en el diseño suelen involucrar e implicar fallas en decisiones empresariales anteriores a la fabricación final, ensamblado del producto y etapas de control de calidad; que el carácter defectuoso, y por tanto, peligroso del producto se debe a una decisión del fabricante; que siendo un profesional, se espera de él la conducta de un experto al corriente de todas las innovaciones y cambios propios de su sector de actividad; que a diferencia de los defectos de fabricación, son evitables, difíciles de prever estadísticamente y se manifiestan en todos los productos y no en uno aislado. Agregan que los defectos de instrucción o información suelen presentarse en aquellos productos que pese a estar perfectamente realizados para el uso al que se destinan, por tener ciertas cualidades peligrosas previsibles para terceros, por una acción externa predecible en términos de razonabilidad, por su complejidad o por otras razones que así lo determinen, deben ir acompañados de indicaciones sobre la forma y modo de empleo a fin de prevenir daños al destinatario final del producto que el empresario conocía o debía conocer. Dicen que está fuera de duda que en cualquiera de los tres supuestos, si el consumidor o un tercero sufre daños y perjuicios, deben ser reparados por aplicación de las reglas generales (art. 40, ley 24.240, 1113 Cód. Civil y normativa concordante). Afirman que la situación es radicalmente distinta tratándose de daños punitivos; que estos no pueden ser aplicados en casos de defectos de fabricación, que como se ha dicho, afectan a una unidad aislada dentro de una producción seriada por lo demás adecuada y regular, y que se presentan como un riesgo en bajo grado, pero existente, e inevitable -ya que el riesgo cero no existe en ningún orden de la vida, tampoco en la producción más perfecta que pueda concebirse de bienes y servicios. Señalan que en el caso “Teijeiro” la accionada ha probado mediante prueba pericial técnica y también lo hará en autos, disponer y utilizar la mejor y más moderna tecnología mundial, con elevados estándares de calidad; una metodología de trabajo inobjetable; higiene absoluta; automatizado de sus plantas; severos controles externos e internos, etcétera. Expresan que los riesgos que derivan de defectos de construcción, estadísticamente inevitables en todo proceso de producción seriada de bienes, no se previene por daños punitivos, sino a través de un régimen de reparación de perjuicios, con seguro obligatorio o solvencia del demandado cuando los daños efectivamente se produzcan. Insisten en que tratándose de vicios o defectos de fabricación, los daños punitivos no tienen ni pueden tener aptitud disuasiva alguna y sólo pueden ser invocados, en casos como el de autos, por quienes pretenden utilizar la figura para enriquecerse, distorsionando sus fines y malogrando el objetivo del legislador. Refieren

que la vaguedad e imprecisión del art. 52 bis de la ley 26.361 no constituyen un bill de indemnidad para que los interesados se desentiendan de la fundamentación razonable de los parámetros cualitativos y cuantitativos que tiene en cuenta para llegar a dicha determinación; que tampoco se satisface esa exigencia la genérica y retórica referencia, igualmente vaga a las pautas del art. 49 ley de defensa del consumidor; que se trata de sanciones distintas, con fines distintos, de naturaleza diferentes. Piden se rechace la demanda por daños punitivos e imponga las costas al actor. Dejan introducida la reserva de deducir la inconstitucionalidad del art. 52 bis de la ley de defensa del consumidor, si fuera arbitraria, irrazonable e inconstitucionalmente interpretado y/o aplicado, lesionando las garantías constitucionales. Formulan un resumen de la presentación, a lo que remito. Piden el total rechazo con costas. Ofrecen prueba documental-instrumental, pericial, testimonial, informativa. Formulan reserva de caso federal y del recurso de inconstitucionalidad.-----

A fs. 144/145, toma intervención la señora Fiscal en lo civil de Segunda Nominación.-----

A fs. 403/403vta., comparece el Dr. Arturo José Echenique (h) por la parte actora y dice que conforme lo prevé el art. 203 del CPC, denuncia el hecho que describe, a fin de que integre la litis y sea valorado al sentenciar. Aduce que en el diario más popular de la provincia de Córdoba, La Voz del Interior, (página 2 A) figura la noticia “Clausuran el centro distribuidor de Quilmes en Córdoba” y luego expresa que el motivo por el cuál la Municipalidad de Córdoba clausuró el centro distribuidor de la Cervecería Quilmes fue por “problemas de higiene y seguridad”. Da por reproducidos los términos de la noticia, como parte integrante de su presentación. Invoca la aplicabilidad del dispositivo que cita y de la admisibilidad del hecho invocado por su influencia notoria en la causa. Ofrece prueba.-----

A fs. 418/423vta., contesta la vista ordenada la apoderada de la demandada Dra. Mariana B. Miseta, quien niega que tal noticia ni los hechos allí referidos, constituyan un “hecho nuevo” en el sentido alegado por el actor, ni que la información sea real ni verídica. Niega todos y cada uno de los extremos publicados en el diario La Voz del Interior, con fecha seis de noviembre de dos mil doce. Niega que tal supuesto hecho nuevo sea una circunstancia agravante ni que corrobore que la accionada realiza controles inferiores a los estándares mínimos. Sostiene que el hecho denunciado deviene inadmisibile por extemporáneo, por no reunir los presupuestos necesarios para ser subsumido en el instituto invocado del Art 203 del CPC; que se desprende de las propias manifestaciones vertidas por el actor y de las constancias del periódico que adjunta certificadas, que pese a que tuvo conocimiento de la noticia, el día seis de noviembre de dos mil trece, denunció el supuesto hecho nuevo luego de transcurridos los tres días que establece la norma que invoca; que el interesado no adujo ni prestó declaración jurada alguna, que indique su conocimiento posterior al día de la publicación de la noticia. Afirma que el pretendido hecho nuevo aducido en autos, no es tal, ya que carece de vinculación directa con el proceso, entendido este presupuesto como aquella conexión referida a la cuestión controvertida y ser capaz de contribuir a fortalecer la plataforma fáctica de la pretensión. Ofrece prueba.-----

Proveída la prueba que fuera ofrecida, diligenciadas las obrantes en autos, queda la causa en estado de ser resuelta.-----

Y CONSIDERANDO: I) Que el actor, Miguel Ángel Colazo, inicia demanda contra Cervecería y Maltería Quilmes SAICA y G invocando su calidad de consumidor de una botella de gaseosa de la marca Pepsi, en cuyo interior encontró un cuerpo extraño transparente, por lo que pretende: a) el valor de mercado de la gaseosa defectuosa, al momento de efectuarse el pago de la indemnización y que provisoriamente lo cuantifica en seis pesos con cincuenta centavos (\$ 6.50); b) cuatrocientos pesos (\$ 400) por daño moral y c) quinientos mil pesos (\$ 500.000) por daño punitivo. Por su parte, la apoderada de la firma accionada solicita el rechazo de la demanda, con costas. Opone excepción de falta de acción fundada en relación al valor de mercado de la gaseosa, dado que el actor no es consumidor y posteriormente, en cuanto a que no convergen en autos, ninguno de los presupuestos ni elementos habilitantes de las pretensiones deducidas en contra de la accionada. A su turno, se dio intervención al Ministerio Público Fiscal, limitándose a objetar la aplicación del principio de gratuidad que prevé el régimen consumeril. Así sucintamente queda expuesta la forma en que se trabó la litis.-----

--

II) Que por una cuestión de orden e importando su planteamiento la objeción de la legitimación de la parte actora, corresponde abordar en primer término y desde esa perspectiva la excepción de falta de acción interpuesta por la firma demandada. Al respecto, cabe precisar que en cuanto defensa de índole sustancial, procede en los supuestos de defecto de legitimación sustancial, por ausencia del derecho, vínculo jurídico o título que invoca el actor como fundamento de su pretensión (conf. Zavala de G., Matilde “Doctrina Judicial-Solución de Casos 2- pág. 254). Couture, sostiene que de “acción” en el sentido procesal, se puede hablar cuando menos en tres acepciones distintas, como sinónimo de pretensión, como sinónimo de facultad de provocar la actividad de la jurisdicción y como sinónimo de derecho, y precisamente respecto de ésta, refiere que “*es el sentido que tiene el vocablo cuando se dice “el actor carece de acción”, o se hace valer la “exceptio sine actione agit”, lo que significa que el actor carece de un derecho efectivo que el juicio deba tutelar*” (Vid Couture, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Editorial Depalma, 1981, p. 60). Por su parte, Carlo Carli, citando a Colombo sostiene que “*La falta de legitimación para obrar (legitimatío ad causam) consiste en la ausencia de la cualidad de titular del derecho de pretender una sentencia favorable respecto de lo que es objeto del litigio, cualidad que en la generalidad de los casos coincide con la ritualidad de la relación jurídico-sustancial*” y agrega “*Generalizando, pues, la falta de legitimación para obrar consiste en la ausencia de cualidad, sea porque no existe identidad entre la persona del actor y aquella a quién la acción está concedida o entre la persona del demandado y aquella contra la cual se concede*” (Vid Carli, La demanda civil, Editorial Aretua Lex, 2003, p. 226). A su vez, el T.S.J. ha dicho que “*la defensa de falta de acción -sine actione agit- es una defensa de fondo desde el momento que mediante la misma se controvierte la legitimación sustancial activa o pasiva, sobre la base de argüir que el actor o el demandado no son los titulares de la relación jurídico-sustancial en la que se funda la pretensión. Por lo que el Tribunal debe meritar si el actor o el demandado estaban investidos de la legitimatío ad causam, lo que se*

traduce en juzgar sobre la existencia misma de la identidad entre la persona a quien la ley confiere la acción y quien la ejerce o contra quien la interpone. La verificación de la calidad de titular del derecho subjetivo o del interés legítimo del actor o la calidad de obligado del demandado es determinante para la admisión o no de la defensa” (Iriart, Pedro Juan c/ Banco Social de la Provincia de Córdoba y otra – Plena Jurisdicción - Recurso de Apelación" (Expte. Letra "I" - N° 01, iniciado el ocho de abril de mil novecientos noventa y ocho). Así pues, para que sea viable la excepción de falta de acción, debe existir una falta de identidad entre la persona a quien la ley confiere la acción y quien la ejerce, o contra quien la interpone, es decir, que no concuerde la calidad de titular del derecho subjetivo o del interés legítimo del actor o la calidad de obligado del demandado, siendo esto determinante para la admisión o no de la defensa.-----

En el caso, la excepcionante funda inicialmente la defensa en que el actor no es consumidor; que, aun cuando se presumiera tal calidad, y en el remoto caso de que se entendiera que la existencia de un defecto o vicio de la botella fuera atribuible a la demandada, el actor debió haber articulado su pretensión conforme al art. 10 bis de la ley de defensa del consumidor; que no habiendo requerido ninguna de las tres pretensiones allí previstas, su reclamo indemnizatorio resulta inviable; que el planteo del actor se trata del caso de un vicio redhibitorio, alcanzado por las previsiones normativas de los art. 18 y concordantes de la ley 24.240 y disposiciones del código civil (arts. 2164 y concordantes) y no de un supuesto de aplicación del art. 40 de la ley 24.240; que esta última norma se aplica a un supuesto distinto, cual es el de daños causados por productos viciosos, en intereses distintos a los de prestación; que se entiende que allí rija un estándar de responsabilidad objetiva y que la acción sea articulable contra todos los sujetos que menciona la norma, sin distinción alguna según la responsabilidad sea contractual o extracontractual; que tratándose de daños que derivan de vicios internos del producto -lo que niegan en el caso de autos- por falta o inadecuación de calidad, rigen las normas que regulan los vicios redhibitorios, tanto en la ley 24.240 como supletoriamente los del código civil y del código de comercio; que la acción por vicios redhibitorios es articulable solamente contra el vendedor y no contra el fabricante, ni otros terceros; que dentro y fuera de la relación de consumo la solución es la misma (vid fs. 130vta.), para luego extender el planteo, sosteniendo que la defensa se funda en que no convergen en autos ninguno de los presupuestos ni elementos habilitantes de las pretensiones deducidas en su contra (vid fs. 132).-----

Al respecto, anticipo que, a mi modo de ver, el carácter de consumidor del actor y la existencia de relación de consumo entre las partes, debe tenerse por cierta, a tenor de las constancias de autos y de una interpretación integral de los artículos 1, 2, 12, 13, 17 y concordantes de la ley de defensa del consumidor 24.240 y sus modificatorias. En efecto, si bien la ley no establece la presunción de la calidad de consumidor ni de la relación de consumo (arts. 1 y 3 LDC), tampoco exige una acreditación asertiva y es claro en ese orden, que el art. 1 de la ley 24.240, con la modificación estatuida por la ley 26.361, engloba en el concepto de consumidor o usuario, equiparándolos, a quien adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social; a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo. Desde tal perspectiva, no hay dudas en

cuanto a que el actor tenía en su poder al tiempo de interponer la demanda la botella de gaseosa que se reserva en Secretaría y que se trata de una bebida cuyo destino propio es la ingesta individual, familiar o social. Esto así, conforme las reglas generales del onus probandi y las que al respecto prevé el régimen de consumo, tal como apunta la parte actora, correspondía a la demandada acreditar en su caso -aquí sí asertivamente-, que el actor no califica como consumidor por estar alcanzado por alguna actividad que lo descalifique como destinatario final, lo que no ha ocurrido en autos, donde no existe elemento probatorio alguno que ponga en crisis que el actor tenía en su poder la botella, para consumirla. En la especie, se ha dicho *“Esta disposición debe ser interpretada de manera amplia a favor del consumidor –en orden a que sea abarcativa del mayor número posible- y de manera restrictiva en contra del proveedor.”* (vid Tinti – Calderón, Derecho del Consumidor - Ley 24.240 de Defensa del Consumidor – Comentada, 3ra. Edición, Alveroni Ediciones, 2011, p. 25/26). Resultaría un exceso en supuestos como el de autos, donde se trata de una botella de gaseosa, que se exija al actor la acreditación de la compra del bien, cuando ello regularmente no se exige en determinados supuestos de procesos de daños -verbigracia respecto de gastos de escasa entidad como ocurre con algunos gastos terapéuticos-, cuando en la materia rige el principio favor consummatoris. Se ha dicho también que *“La relación de consumo lleva implícito el concepto de “destinatario final” que podrá invocar toda persona que reciba o consuma el bien o servicio, cerrando de tal manera el ciclo “producción-consumo”. Quien utiliza un bien como destinatario final, aunque no haya participado directamente en la relación de consumo, tiene las garantías propias del derecho de defensa del consumidor y del usuario, pues para la ley es indiferente que haya o no relación contractual, ya que la tutela al consumidor es independiente no sólo de la relación de consumo (noción más amplia que el “contrato de consumo”), sino de la existencia de cualquier vinculación entre el proveedor y consumidor.”* (Vid Farina, Defensa del consumidor y del usuario, 4ta. edición, Editorial Astrea, 2009, p. 43). Correlativamente y en cuanto a la legitimación pasiva, la firma accionada califica como proveedor en los términos del art. 2 de la ley 24.240 y sus modificatorias, conforme su reconocida calidad de productora de la bebida Pepsi, tratándose de una botella de esa marca la que fuera acompañada al accionar y respecto de la cual se funda la demanda. En consecuencia, encontrándose debidamente evidenciada la legitimación tanto activa como pasiva en la litis tramitada en autos, resulta aplicable al caso el régimen jurídico especial emergente de las previsiones del artículo 42 de la Constitución Nacional y de las leyes y reglamentos dictados al respecto, con independencia de cómo se resuelva en definitiva la causa en torno a la procedencia de las pretensiones del accionante. Precisamente, el restante fundamento dado por la accionada a la defensa de falta de acción, esto es, que no convergen en autos ninguno de los presupuestos ni elementos habilitantes de las pretensiones deducidas en contra de la accionada, atento su generalidad y al estar ligado a la procedencia de la reclamación, no amerita un análisis particularizado en esta instancia, sino que resultará del tratamiento concreto de las pretensiones del accionante.-----

III) Que así entonces, corresponde ingresar en el tratamiento de los hechos. En este punto, cabe precisar que la parte demandada efectúa una pormenorizada negativa general y particular, tildando de supuesta tanto a la botella de gaseosa marca Pepsi como al elemento en su interior que invoca el actor en su demanda. Al respecto, luce reservada en Secretaría (vid fs. 53) y tengo a la vista la botella de 1,25 litros de gaseosa Pepsi que acompañara el actor al demandar, que es una botella de vidrio, de envase retornable, tapa de color azul en la que figuran una serie de impresiones en matriz de punto en gran medida ilegibles, pero que con esfuerzo se lee en la parte inferior P509/04/12 y en la

etiqueta de la botella un código de barra que se identifica como 779181331360, conforme se advierte en las fotografías que se encuentran también reservadas en Secretaría y cuyas fotocopias lucen a fs. 10/12 y en cuyo interior se verifica la existencia de un elemento transparente flotando en su superficie. En orden a lo dicho, tengo por acreditada por un medio de prueba directo como es el reconocimiento judicial, la existencia de la botella de gaseosa marca Pepsi que invoca el actor y cuyas características fueron reseñadas precedentemente y que en su interior hay una cosa transparente flotando bajo el nivel de la superficie, circunstancia que en definitiva debe tenerse por reconocida por la accionada, al sostener en su contestación de demanda *“Negamos que la Botella de autos haya sido tapada en las instalaciones de CMQ conteniendo el elemento que se observa en la misma. ... En particular, negamos que la Botella, aún con el elemento que se observa en su interior, presente peligro alguno para la salud ni integridad física del Actor ni de consumidores”* (vid fs. 129vta.). De igual modo, es decir, por reconocimiento judicial, tengo por acreditado también que la referida botella no fue abierta, ni adulterada, pues ningún elemento probatorio producido en autos indica lo contrario a lo que evidencia la botella que tengo a la vista, cuestiones sobre las que, extrañamente, no ha mediado dictamen pericial técnico.-----

IV) Que corresponde en consecuencia, ingresar al tratamiento de la responsabilidad que prima facie cabe atribuir a la firma accionada. En ese orden, en el caso de autos y en correlato con lo dicho al tratar la legitimación de las partes, resulta aplicable el régimen de defensa del consumidor y del usuario, emergente de las previsiones del artículo 42 de la Constitución Nacional y de las leyes y reglamentos dictados al respecto. En ese marco normativo, el art. 5 de la ley 24.240 y sus modificatorias expresamente prevé en forma liminar *“Protección al Consumidor. Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios.”*, lo que implica claramente el establecimiento de una obligación de seguridad (vid Tinti – Calderón, obra citada, p. 47/48) a cargo del proveedor en su noción amplia del art. 2 de la LDC, esto es, incluyendo al productor como ocurre en autos, tendiente a proteger preventivamente la salud y la integridad física de los consumidores y usuarios, no solo respecto del caso particular, sino también de la comunidad en general (vid Farina, obra citada, p. 188 y siguientes). Esto así, habiéndose invocado daños, resulta de aplicación lo dispuesto por los artículos 40, por tratarse de un daño que resulta del vicio o riesgo de la cosa y el y 40bis, en cuanto regula sobre daño directo. La aplicación de tales dispositivos para resolver el conflicto suscitado en autos no resulta enervada, como invoca la parte demandada, por el hecho de no haber ejercido el actor alguna de las opciones que al consumidor o usuario le brinda el art. 10 bis para el supuesto de incumplimiento de la oferta o del contrato, dispositivo que además no es aplicable en autos, donde el actor dirige su pretensión en contra de quien produce el bien y no realiza -al menos de ordinario- ofertas o ventas directas al consumidor final, menos cuando no se ha invocado tal extremo en estos obrados. Tampoco resulta aplicable al caso el régimen de vicios redhibitorios del CC, toda vez que en su caso no se estaría frente a un supuesto de vicio oculto en los términos del art. 2164 de dicho cuerpo normativo; ni el que expresamente prevé la LDC -con alguna adecuación respecto del CC-, solamente en el marco del capítulo IV, esto es respecto de la comercialización de cosas muebles no consumibles, que claramente no se trata del supuesto de autos. Dicho ello, cabe precisar que la responsabilidad que prima facie proceda endilgar a la accionada, por tratarse del productor, fabricante o elaborador, es de naturaleza

extracontractual -toda vez que no ha existido un vínculo contractual directo con el actor- y objetiva (vid Farina, obra citada, p. 462 y siguientes), resultando aplicables las citadas normas de la LDC y los dispositivos del CC vinculados con dicha responsabilidad, esto es, los artículos 902 y siguientes, 1113 y concordantes del citado cuerpo normativo.-----

--

Esto así, en el marco del bloque normativo determinado precedentemente se debe evaluar en concreto la responsabilidad que corresponda atribuir a la accionada. Al respecto, debe tenerse en cuenta que, a más de las objeciones legales ya desestimadas, la apoderada de la demandada sostiene que las supuestas falencias denunciadas por el actor, no existen y no son atribuibles a defectos, desperfectos ni vicios de elaboración, embotellamiento, envasado ni de seguridad y calidad alimentaria de la demandada, ya que esta produce, elabora, envasa y embotella todas las gaseosas de manera segura, observando los más altos y sofisticados patrones y controles de calidad y seguridad alimentaria. Niega que el elemento que se observa en la botella haya sido introducido por otro consumidor que haya bebido la gaseosa y devuelto su envase; que la botella haya sido comprada anteriormente y que los sistemas de limpieza de la empresa no hayan extraído el elemento encontrado en ella y la hipótesis de sabotaje interno. Afirma que el hallazgo habido en la botella, en modo alguno es imputable a la demandada; que la eventual configuración de un sabotaje constituiría un hecho absolutamente ajeno, externo y fortuito, por el que no debe responder. Expresa que resulta descabellada la pretensión de trasladar a la demandada la prueba de cómo llegó el elemento que se observa en la botella, por cuanto ello no es posible dentro del marco y estructura correspondientes a la planta de ella; que imputar a la accionada la carga de la prueba de un supuesto y negado sabotaje, importaría exigirle una prueba diabólica y absolutamente contraria a los más básicos principios que rigen cualquier sistema sancionatorio, que consagran el principio de inocencia y la prohibición de autoincriminación. Advierte que lo único que puede demostrar la demandada es toda su planta que está bajo su ámbito de control; que solo puede defenderse demostrando los procesos observados normal, rigurosa y regularmente en todas las etapas de elaboración de los productos gaseosas Pepsi, los controles existentes y la observancia de los más sofisticados y elevados estándares de calidad de manera responsable y cuidados; que si se hubiera producido un hecho absolutamente ajeno, externo e imprevisible, ello resulta desconocido para ella y por ello lo rechaza. Niega que la botella de autos haya sido tapada en las instalaciones de la demandada conteniendo el elemento que se observa en ella; que la accionada haya ingresado la botella al mercado ni elaborado con un elemento extraño; que la botella haya salido de la fábrica de la accionada con el supuesto objeto que se observa en su interior. Afirma que este último extremo es de imposible ocurrencia práctica. Niega que la botella en cuestión haya salido de la fábrica con el objeto que ahora se observa en su interior; que la accionada hubiera introducido al mercado la botella con tal elemento; que haya incurrido en incumplimiento de ninguna índole; que haya violado controles de calidad, ni el código alimentario, ni la ley de defensa del consumidor, ni la ley de defensa de la competencia; que haya incurrido en incumplimiento del art. 5 de la ley de defensa del consumidor; que la botella, aún con el elemento que se observa en su interior, presente peligro alguno para la salud ni integridad física del actor ni de consumidores; que el elemento que se observa en la botella sea contaminante de ella y ponga en riesgo la salud. Dice que sin que implique reconocimiento de ninguna índole, el hecho de que el elemento extraño sea inocuo, en modo alguno genera incumplimiento, ni mucho menos responsabilidad, ya que el actor no ha padecido daño de ninguna índole. Niega que la botella estuviese contaminada, ni que sea pasible de generar

riesgo alguno en la salud; que pueda generar asco, repugnancia ni vómitos; que la accionada haya incurrido en reincidencia de ninguna índole y que sea infractora de ninguna norma; que las supuestas falencias denunciadas por el actor, no son atribuibles a defectos, desperfectos ni vicios de elaboración, embotellamiento, envasado ni de seguridad y calidad alimentaria imputables a la accionada; que esta produce, elabora, envasa y embotella todas las gaseosas de manera segura, observando los más altos y sofisticados patrones y controles de calidad y seguridad alimentaria en resguardo y observancia de todos los patrones legales; que resulta material, física y químicamente imposible que en el proceso de elaboración, envasado y embotellado de las gaseosas se filtre elemento extraño alguno que pueda ingresar a las botellas. Destaca que todos los envases de vidrio que ingresan a la planta que la demandada posee en la ciudad de Córdoba y en todas las del país, son meticulosamente higienizadas mediante equipos lavadores de alta tecnología, utilizando soluciones de limpieza y desinfección a altas temperaturas; que a la salida de la máquina de limpieza, las botellas son sometidas a diferentes controles de inspección como por ejemplo equipos inspectores electrónicos que eliminan los envases no aptos; que posteriormente las botellas mediante cintas transportadoras continúan hacia la máquina llenadora (donde se realiza el proceso de llenado con producto); que luego se efectúa el tapado y finalmente el etiquetado con todos los rótulos exigidos por la legislación vigente; que la etapa de elaboración de las gaseosas se realiza en un equipo denominado mixer, el que consta de varios tanques a través de los cuales se produce la mezcla y elaboración del jarabe, y una vez listo el producto a introducir en las botellas éste es conducido a la llenadora directamente por medio de cañerías. Subraya que tanto los tanques como las cañerías mencionadas a lo largo de todo el proceso son de acero inoxidable así como también, que en ninguna de las etapas entra el producto en contacto con personal de la empresa dado que el proceso está íntegramente automatizado. Remarca que la accionada ha certificado todo el proceso de elaboración y envasado bajo los parámetros de seguridad alimentaria e inocuidad de Lloyds Register (normas HACCP que traducido significa análisis de riesgo y puntos críticos de control), lo que asegura que desde la materia prima hasta el producto final, esté asegurado todo el proceso impidiendo que existan situaciones potencialmente riesgosas o dañinas para la salud de los consumidores; que de esa manera, con todos los controles y autocontroles de aseguramiento de la calidad más los sistemas internacionales aplicados en todas las etapas del proceso, se logra que no salgan de la planta productos con elementos extraños a su composición que pudiesen resultar lesivos y afectar la salud e integridad de las personas. Hace notar que la tecnología aplicada en todas las etapas del proceso de elaboración y envasado se realiza con equipos de reconocimiento internacional y que constituye la tecnología aplicada en la industria. Afirma que la demandada cuenta con toda la tecnología existente en el mercado para ejercer un adecuado y razonable control de calidad de todos los productos por ella elaborados, de forma tal de evitar y prevenir daños a la salud, siendo tal extremo más que relevante para evidenciar que la accionada jamás se condujo con menosprecio ni desinterés respecto de la seguridad y la salud de los consumidores, y lo que es más evidente que jamás relaja ni afloja sus controles permanentemente vigentes y operativos en todo su proceso industrial; que jamás ha incurrido en actitud desaprensiva y mucho menos con afán de lucro a través de relajar controles. Manifiesta que los supuestos eventos denunciados en la demanda, no solo conforman hechos ajenos a la accionada por los que no resulta responsable, sino que además, el supuesto elemento extraño aludido por el actor, no reviste carácter lesivo ni dañino que pueda potencialmente dañar y afectar la salud de los consumidores. Pone de resalto que si la botella jamás fue abierta y por ende no fue consumida, tal como lo reconoce el propio actor, el supuesto elemento no ha podido causar daño alguno al denunciante ni a ningún otro tercero y tampoco resulta potencialmente dañino, por lo que solicitan el rechazo de la

demanda.-----

Al respecto, de la prueba informativa rendida en autos surge que Lloyd's Register Central and South America Limited, ha certificado el sistema HACCP en la planta de la accionada en Córdoba, según el Codex Alimentarios Annex to CAC/RCP 1-1969 (2009), mediante certificado SQA 702135, emitido el veintinueve de diciembre de dos mil seis, renovado en dos mil nueve y con fecha de caducidad el veintiocho de diciembre de dos mil doce. Conforme lo informado, el sistema HACCP permite identificar peligros específicos y medidas para su control con el fin de garantizar la inocuidad de los alimentos, es un instrumento para evaluar peligros y establecer sistemas de control que se centran en la prevención en el lugar de basarse principalmente en el producto final. Por su parte, las declaraciones testimoniales rendidas en autos por Melina Boschetto, ingeniera química dependiente de la accionada (fs. 314/320vta.); Santiago Mario Forte, también ingeniero químico dependiente de la accionada (fs. 473/475) y Aníbal José Audisio (fs. 939/943), ingeniero químico al igual que los anteriores, también dependiente de la accionada, son contestes en explicitar con marcada minuciosidad, el proceso de producción y embotellado de la gaseosa Pepsi como la acompañada en autos, la moderna tecnología aplicada, altamente automatizada, así como los controles, auditorías internas y externas y certificaciones en materia de normas de calidad con que cuenta la firma demandada, en concordancia con lo afirmado por esta al contestar la demanda. En este punto, vale recordar que respecto de la declaración de la primer testigo, la parte actora efectuó objeciones en función del carácter de dependiente de la deponente respecto de la accionada. Al respecto, debe precisarse que tal circunstancia, que se reitera en las tres declaraciones testimoniales rendidas, no impide la recepción de los testimonios ni habilita a que sean descartados o descalificados lisa y llanamente, sin perjuicio que deban ser evaluados con mayor rigor y en correlación con la restante prueba rendida *“Si bien cabe admitir la declaración de quienes mantienen lazos de dependencia con la parte imputada, sobre todo cuando corroboran otros medios de prueba, su análisis debe realizarse con cuidado y severidad”* (Cám. Nac. Civ., Sala C, 14/2/90, LL 1990-C-258, y otros, citados por Acosta, Visión jurisprudencial de la prueba civil, Rubinzal – Culzoni Editores, 1996, p. 233) En orden a ello, la extensa y pormenorizada pericia técnica practicada en autos por la ingeniera industrial Natalia del Valle Grosse, cuyo dictamen y anexos obran a fs. 528/911 y su complemento por continuidad del acto a fs. 951/1363, con los pormenores que emergen del Auto número novecientos noventa, de fecha dieciocho de diciembre de dos mil trece (fs. 505/520vta.) al que remito, da cuenta primordialmente que *“La Planta está habilitada por la autoridad competente, y presenta un excelente estado de mantenimiento y limpieza. No fue observada ninguna no conformidad a las condiciones exigidas en el artículo 13 del Código Alimentario Argentino, el cual regula las Condiciones Generales de las Fábricas y Comercios de Alimentos. En el Anexo 1 se adjuntan las Habilitaciones pertinentes.”* (Respuesta punto 1 - I); *“El envasado en botellas de vidrio con tapa (plástica) se efectúa en locales destinados especialmente a la operación de embotellado. En el mismo local pueden observarse mesadas equipadas como pequeños laboratorios, los que se utilizan como bases de autocontrol. Permanentemente son retiradas muestras de las líneas de embotellado, donde el personal, entrenado en realizar controles específicos de calidad, verifica la presencia o ausencia de no conformidades. En el caso de detectarse una no conformidad, el lote es inmediatamente intervenido. Cada empleado tiene la atribución de intervenir un lote en caso de detectar en él una no conformidad. Además de los autocontroles, se realizan en forma permanente auditorías del laboratorio central de la Planta. Todos estos controles son detalladamente documentados. Lo antedicho, junto con el*

control de correcto rotulado y sellado de la fecha de vencimiento, permiten afirmar que se cumple con el capítulo V y los artículos 985 y 988 del Código Alimentario Argentino, que rigen la materia.” (Respuesta punto 1 –IV); “La línea de producción auditada (envasado en botellas de vidrio con tapa) se hallaba en ese momento operando a una velocidad estimada en 12000 botellas por hora (equivalente a más de 200 botellas por minuto). Luego de observar con detalle las operaciones de llenado, embotellado y tapado de las botellas, de observar al personal tomando muestras y analizándolas, y de verificar las etapas de control durante el embotellado, me ubiqué a la salida de la línea, donde las botellas están listas para ser encajonadas.” (Respuesta punto 1 – V); “Pude comprobar, que todos los Procedimientos y el Sistema de Documentación (Registros de procedimientos y controles) se rigen por Normas internacionales. Se trata de normas de aseguramiento de la calidad, aplicables a todo tipo de organizaciones.” (Respuesta punto 1 – VI). Luego de detallar el proceso y requerida sobre las medidas que existen en el establecimiento de la demandada, para controlar y verificar la calidad de los productos que envasa y si estas son adecuadas, la idónea respondió que “Se puede considerar que dichas medidas son adecuadas para un estricto control de calidad del producto. Las medidas son correctas cumpliendo con las normativas vigentes (CAA) y además de responder a estándar internacional, el establecimiento se rige según normas internacionales, a través de la Estructura Central Corporativa de la Compañía. La Planta se halla acreditada de HACCP (Análisis de Riesgos y Puntos críticos de Control), (se adjunta certificado en el Anexo N°1). Estas Normas se aplican específicamente a la elaboración de alimentos.” (Respuesta punto 4). En cuanto al punto 5, referido a “Indicar si es posible que, pese a la tecnología y a los controles de calidad aplicados (entre ellos, Inspectores electrónicos), CMQ embotelle productos con elementos extraños a la gaseosa que envasa”, la experta manifestó que “Si bien el término imposible es filosófico, y somos personas humanas que no somos perfectas, por lo cual no podemos construir máquinas perfectas tampoco, se puede afirmar que dada las instalaciones, tecnología y aseguramiento de la calidad aplicados por la demandada es altamente improbable que se envase botellas con elementos extraños a la gaseosa, debido a que en el caso de que la maquinaria fallase, actúa el factor humano en la detección de no conformidades, el cual está atento a cualquier anomalía.” (Respuesta punto 5). Requerida para que identifique el código de la botella a la que se hace referencia en estos autos, respondió que “La codificación verificada es, .I 194 L1 14:04 P5 09/04/12, según información aportada por la demandada.” (Respuesta al punto 8). Asimismo, en cuanto a los puntos 9, 10, 11, 12 y 13, la perito dijo, respectivamente, “La demandada CMQ, cumple en su totalidad con el art 13 del CAA, tal como ya fue mencionado.”; “Todas las instalaciones del Establecimiento presentan condiciones adecuadas de higiene, lo cual está de acuerdo con la certificación de ISO Ambiental.”; “El establecimiento y productos se ajustan a las autorizaciones oficiales. Se adjuntan habilitaciones de producto y establecimiento, en el Anexo N°1.”; “El establecimiento cuenta con director técnico, se adjunta en el Anexo N°3 el registro de que existe un contrato, el cual no fue exhibido por política de confidencialidad de CMQ.”. Al dar respuesta al punto 20, la experta sostuvo que “La Planta se halla acreditada de HACCP (Análisis de Riesgos y Puntos críticos de Control), (se adjunta certificado en el Anexo N°1). Estas Normas se aplican específicamente a la elaboración de alimentos.”. Al dar respuesta a los nuevos puntos de pericia propuestos, al punto 1, en cuanto a si existen informes de auditorías internas y externas, enumerarlos y describirlos, con fecha y contenido, la idónea dijo “Se ha podido corroborar la existencia de la documentación de todas las auditorías. En el Anexo N°4 se adjuntan SAC 702135/0126, SAC 702135/0127, SAC 702135/0128, SAC 702135/0129, y Action Log con detalle de Auditorías Internas. Los registros son los siguientes: •Auditoría Externa HACCP LRQA

Referencia SAC 702135/0126 - Fecha 11/06/10 - Contenido: Revisión general del plan HACCP, soplado y PET, reclamo de consumidores. • Auditoría Externa HACCP LRQA Referencia SAC 702135/0127 - Fecha 09 y 10 /12/10 - Contenido: Revisión general del plan HACCP, tratamiento de agua, línea de vidrio y auditorías al autocontrol. • Auditoría Externa HACCP LRQA Referencia SAC 702135/0128 - Fecha 30/05/11 - Contenido: Revisión general del plan HACCP, almacenamiento y despacho de producto terminado, control de plagas. • Auditoría Externa HACCP LRQA Referencia SAC 702135/0129 - 1 y 2/12/11 - Contenido: Revisión general del plan HACCP, preparación de jarabes, mantenimiento, calibraciones, capacitación. • Auditoría Interna AU-AC-01-10 - Fecha: Del 17/05 al 31/05 2010. Contenido: Sistema HACCP y Calidad en Elaboración, Envasado, Logística, Tratamiento de Agua, Mantenimiento, Control de Calidad / Aseguramiento de la Calidad, HSMA. • Auditoría Interna AU-AC-02-10 - Fecha: Del 22/11 al 30/11 2010. Contenido: Sistema HACCP y Calidad en Elaboración, Envasado, Logística, Tratamiento de Agua, Mantenimiento, Control de Calidad / Aseguramiento de la Calidad, HSMA. • Auditoría Interna AU-AC-01-11 - Fecha: Del 05/05 al 25/05 2011. Contenido: Sistema HACCP y Calidad en Elaboración, Envasado, Logística, Tratamiento de Agua, Mantenimiento, Control de Calidad / Aseguramiento de la Calidad, HSMA. • Auditoría Interna AU-AC-02-11 - Fecha: Del 05/11 al 25/11 2011. Contenido: Sistema HACCP y Calidad en Elaboración, Envasado, Logística, Tratamiento de Agua, Mantenimiento, Control de Calidad / Aseguramiento de la Calidad, HSMA.” Al responder al punto 5 de los nuevos propuestos, en cuanto a que si se han determinado los peligros, riesgos, puntos de control y puntos críticos de control (PCC) y (Sistema HACCP), la experta manifiesta que “Se puede verificar que se ha determinado con la participación del grupo HACCP, todos los puntos críticos de control según Análisis de Riesgo (DT H AC 01) el cual se adjunta en el Anexo N°15. Verificando la identificación de los mismos en todo el Establecimiento. En el Anexo N° 23 en las fotografías se pueden observar algunos de los PCC.”. En orden a ello, verificado el anexo 15, se advierte que existe identificado como posible la existencia de cuerpos extraños, mayormente vidrio, por explosión de botellas (vid fs. 1196 y 1198). Específicamente en cuanto al punto 6, referido a si se realiza una vigilancia de los PCC, dijo “Se ha corroborado en la documentación exhibida, en la que se realiza un control de acuerdo a cada PCC, la cual se encuentra determinada en la carta de control de PCC. A su vez el departamento de calidad efectúa verificación diaria o mensual de los mismos, dependiendo del PCC, lo cual también está correctamente detallado en la carta de control. (Según IT- CA-AA-09-01-04).Y en forma regular se realiza una validación del correspondiente PCC. Se adjunta planilla de control PL-PR-EV-09-01-01-01 en el Anexo N°7.”. Asimismo, al dar respuesta a los puntos 39 y 40, sobre la existencia de quejas/elogios de los clientes y de devolución de productos, refiere a los anexos 21 y 22 (fs. 1274/1278 y 1279/1286), donde se pueden observar quejas vinculadas con pico roto, mal sabor y nivel bajo y devoluciones por problemas de llenado, sabor-aroma-color y un concepto de no comercializable, cuyo alcance no luce informado. De lo reseñado como más relevante para la resolución de la causa, se debe tener por acreditado que la accionada utiliza un sistema de producción automatizado, con normas internacionales de seguridad y calidad industrial, contando con las habilitaciones y certificaciones correspondientes; que se realizan controles y auditorías internas y externas, pero que no obstante ello, se producen fallas en los sistemas. En ese aspecto, surge del dictamen pericial que la experta rehúsa sostener que resulta imposible que una botella salga de la planta elaboradora con un elemento extraño en su interior, estimando altamente improbable que ello ocurra. Al respecto, el hecho, ya verificado, de que la botella acompañada al demandar y que obra reservada en Secretaría, se encuentra sin abrir y con un elemento extraño en su interior, es una prueba inequívoca de ello. Tratándose de responsabilidad objetiva, no es

descabellado, como sostiene la apoderada de la accionada, que estuviera a su cargo acreditar cómo ocurrió tal hecho, desde que conforme el régimen formal y sustancial debía acreditar una causal de exención, demostrando que la causa del daño le ha sido ajena (art. 40 in fine LDC), lo que no ha ocurrido en autos. No resulta suficiente la acreditación de tener un establecimiento habilitado, un sistema de producción automatizado y de medidas de seguridad y calidad de rango internacional, para eximirse de responsabilidad en el caso concreto. Si no logra dar cuenta en el caso concreto de cómo llegó un elemento extraño al interior de una botella cerrada y puesta en el mercado para su consumo y que ello no le es imputable, no cabe sino concluir en que se trata de una falla del sistema de producción, automatizado o humano -ya se trate de error o sabotaje interno, pero todo bajo la órbita de su responsabilidad objetiva (art. 1113 del CC)- y si se tratara de sabotaje externo y por ende ajeno, debió probarlo de manera inequívoca, para lo cual era indispensable peritar la botella, lo que no ha sido propuesto en autos. Siendo así, no hay dudas en cuanto a que se trata de un supuesto de vicio o riesgo de la cosa, debiendo responder, en este caso el productor o fabricante, del daño directo al derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios (arts. 40 y 40 bis LDC).-----

V) Que en cuanto a los daños reclamados, la pretensión del actor comprende: a) el valor de mercado de la gaseosa defectuosa, al momento de efectuarse el pago de la indemnización; provisoriamente lo cuantifica en seis pesos con cincuenta centavos (\$ 6.50); b) cuatrocientos pesos (\$ 400) por daño moral y c) quinientos mil pesos (\$ 500.000) por daño punitivo. En tal contexto, trataré de modo conjunto pero separadamente los dos primeros rubros, por tratarse en definitiva de daños directos, y de manera autónoma el reclamo por daño punitivo, por ser distintos los requerimientos y los fines legales para su procedencia.-----

En ese orden de ideas, en términos generales y conforme lo expuesto supra, la indemnización que se condene a pagar debe contemplar el principio de la reparación integral, por cuanto el resarcimiento prima facie debe colocar a la víctima, dentro de lo posible y razonable, en su estado anterior, conforme los postulados generales establecidos por los artículos 1083 del CC y 54 de la ley 24240 y sus modificatorias (Cfr. C2° CC La Plata, Sala I, Oct-17-1996 in re “Benaglio c/ Meleiro y otros”, en LLBA, 1997-1156). En consecuencia, y a la luz de lo dicho, deben analizarse en forma particularizada los rubros reclamados.-----

Esto así, en cuanto al primer rubro pretendido, esto es el valor de mercado de la gaseosa defectuosa al momento de efectuarse el pago de la indemnización, tal como lo relacioné supra, el art. 5 de la ley 24.240 y sus modificatorias expresamente prevé que “*Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios.*” y resulta que conforme lo actuado en autos, la gaseosa que acompañó el actor con motivo de la demanda instaurada, no resulta apta para su uso en condiciones normales. Ello, toda vez que deviene manifiesto que no habiéndose peritado la botella en sí misma y determinado qué es el elemento extraño que

contiene, no puede sostenerse racionalmente su inocuidad. Es más, resulta evidente que aún se hubiese determinado por vía de peritación que el elemento en cuestión no deviene peligroso para la salud o integridad del actor y su grupo familiar, tal bebida ya no podría ser consumida. En ese contexto, en función de lo dispuesto por los artículos 40 y 40 bis de la LDC, se trata de un perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios, que debe ser resarcido, **correspondiendo condenar a la accionada al pago de la suma de dinero equivalente al valor de mercado de una gaseosa de iguales características a la que se reserva en Secretaría**, lo que se determinará al momento de formularse liquidación (art. 333 del CPC).-----

En cuanto al reclamo por daño moral, sostiene el actor que surge in re ipsa, proveniente de la desagradable sorpresa de encontrar el cuerpo extraño en una botella que contenía líquido destinado a ser ingerido; que se trató de un eventodesagradable, repugnante; que ello no requiere prueba alguna; que además, se ha visto lesionada la confianza en una reconocidísima marca; que si bien es un daño moral de escasa entidad, igualmente debe ser indemnizado por el responsable; que así lo manda el principio de reparación integral; que prudentemente lo cuantifica en cuatrocientos pesos (\$ 400).-----

Con relación a este rubro, vale precisar que siendo el daño moral aquel que se refiere a los íntimos afectos y sentimientos de la persona, resulta razonable la resistencia y restricción de la jurisprudencia a admitir el rubro enraizado en un perjuicio patrimonial. Sabido es, y así lo ha señalado tanto la doctrina como la jurisprudencia, que *“el daño moral se configura cuando media lesión a aquellos bienes no patrimoniales que tienen valor primordial en la vida del ser humano (libertad, honor, dignidad, prestigio, afectos íntimos, etc.) pero no cubre cualquier inquietud o perturbación de ánimo”* (cfr. Cám. Nac. Civ. y Com. Fed., Sala III, 30/10/97, "Revista del Derecho de Daños - Tomo 6 - Daño Moral", Rubinzal-Culzoni, 1999, pág. 272), y en consecuencia, para resultar indemnizables, los padecimientos, molestias o aflicciones deben tener cierta entidad, aunque resulten menores, de modo que configuren un menoscabo espiritual, que al decir de Matilde Zavala de G. *“es una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquél en que se encontraba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial”* (Vid Zavala de G. “Resarcimiento de daños 2ª daños a las personas, Editorial Hamurabi, p. 49). A su vez, como principio general el daño moral debe ser probado, toda vez que la ley no consagra una presunción legal del daño. El principio de individualización del daño requiere que la valoración del daño moral compute atentamente todas las circunstancias del caso, tanto las de naturaleza objetiva como las personales subjetivas de la propia víctima. Todas ellas como indicios extrínsecos que permitan inferir la existencia del perjuicio moral y su magnitud, bajo la óptica de la sensibilidad del hombre medio, pero sin descuidar al hombre real, ya que la apreciación de todo daño debe hacerse en concreto, no en abstracto. Mosset Iturraspe ha dicho *“Estoy convencido que para que un Juez otorgue una indemnización por daño moral, tiene él que estar convencido de que ese daño ha existido. Y para eso la probanza debe ser clara, firme y convincente.”* (Cuantía del Resarcimiento por Daño Moral, p. 39, Daño Moral, p. 26, Alveroni, Cba., 1994) y

advierte “*si bien el derecho no puede ver directamente en la intimidación del sujeto al efecto de indagar su daño moral, las ciencias que estudian al hombre (antropología, psicología y saberes afines) nos dirán de las reacciones normales y naturales que el ser humano padece ante ciertos comportamientos agresivos ejercitados en su contra, apuntando a lo síquico, lo espiritual, los estados de ánimo...*” (Vid Mosset Iturraspe, “Responsabilidad por daños, t. 4, p. 35). Por otra parte, la indemnización por daño moral debe ser fijada con fines reparatorios y no con fines sancionatorios. Es por ello que se sostiene que debe ser establecida sobre la base de un importe en dinero que le permita a la víctima sobrellevar y reponerse al menoscabo espiritual sufrido, sin que se traduzca en un beneficio económico adicional, esto es, no debe ser fuente de ganancias o réditos.-----

Con base en tales postulados, a los que adhiero, he sostenido en casos anteriores que en determinados supuestos, como el de autos, el daño moral cabe ser inferido in re ipsa. Ello, por cuanto luce evidente que las afecciones que invoca el actor caben ser derivadas del propio hecho de encontrarse con una botella de gaseosa con un elemento extraño en su interior, circunstancia que en sí misma resulta desagradable y repugnante, de solo pensar que pudo haber ingerido parte del contenido. De igual forma, resulta derivable de tal evento la lesión a la confianza que en general los consumidores y usuarios tienen respecto de las marcas líderes en los distintos productos y servicios, sin que existan dudas respecto de la que la demandada engasta en tal condición. No hay duda tampoco que, como bien lo apunta el accionante, es un daño moral de escasa entidad, sin que tal circunstancia lo torne no indemnizable. Conforme a ello, reconocida la existencia de daño moral indemnizable, considero que el monto por el cual debe resarcirse al accionante debe ser determinado según las pautas ya expresadas, teniendo en cuenta la dificultad que supone cuantificar un rubro de tan especial naturaleza, pues el dinero no compensará bien el daño, pero siendo esta reparación la única de la que se dispone dentro de las limitaciones humanas, a la luz de lo que nos permite conocer el expediente, los demás parámetros fijados y en especial lo resuelto en casos anteriores, considero que el importe reclamado por el accionante, lejos de resultar desmesurado como sostiene la apoderada de la firma demandada, a mi modo de ver luce más que justificado y razonable, sin necesidad de ahondar al respecto, teniendo presente que en definitiva la fijación del monto se dejó librado al arbitrio del suscripto (vid en este punto Galdós, Otra vez sobre los daños a las personas en la Provincia de Buenos Aires, Revista de Derecho de Daños, 2005-3, Determinación judicial del daño – II, Rubinzal Culzoni Editores, 2006, p. 153/155 y 159/168). Conforme lo dicho, corresponde acoger la pretensión y fijar el monto indemnizatorio en la suma reclamada de **cuatrocientos pesos (\$ 400)**.-----

Corresponde ingresar al tratamiento del último y más controvertido rubro pretendido por el accionante, esto es el daño punitivo. Sostiene el actor, básicamente, que el art. 52 bis significa un profundo cambio de paradigma; que lo que busca la ley es que hechos como el que motiva la demanda no vuelvan a repetirse; que la ratio legis de esta nueva figura de los daños punitivos es que las empresas, luego de la condena judicial, sean más cuidadosas y no actúen desaprensivamente; que el afán de lucro no las lleve a aflojar o a relajar los controles de calidad de los productos que salen de la fábrica y son colocados al mercado minorista; que hay una muy marcada finalidad preventiva; que de no existir el daño punitivo, ese tipo de hechos quedarían totalmente impunes; que no habría

ningún interesado en poner de resalto y en probar la transgresión; que en el caso bajo examen se cumplen todos los requisitos para la aplicación de la sanción demandada; que se está frente a un grave incumplimiento; que la presencia en una botella del objeto flotando en ella sólo puede ser explicada por un craso defecto de los controles de calidad; que más allá de la ubicación del momento exacto en el cual ese objeto ingresó en la botella, lo cierto es que esa botella jamás debió haber salido así al mercado; que el sentido común indica que tienen que haber fallado varios pasos para que algo así haya sucedido; que la demandada ha violado obligaciones legales, incluso de rango constitucional; que se han sido infringidos el deber de velar por la seguridad del consumidor (art. 42 de la Constitución), el art. 5 de la ley de defensa del consumidor, el código alimentario, etcétera; que la demandada ha actuado con marcado menosprecio a la integridad física del consumidor, no solo la de él, sino de la población en general; que se está hablando de un producto destinado a ingresar en el organismo del consumidor; que en los envases de bebidas cuyo destino es ser ingeridas el control debe ser mucho mayor; que la conducta es más reprochable para una empresa tan prestigiosa. Cita el art. 902, Cód. Civil. Añade que el daño punitivo mira no sólo hacia atrás sino también hacia delante: busca castigar al infractor, pero también procura que la condena sirva como mensaje moralizador; que no se está frente a un caso aislado; que hay otros casos judiciales exactamente iguales (misma gaseosa, mismo tipo de envase, misma empresa demandada) y también otros hechos que han tomado estado público en la prensa; que se está hablando de situaciones aptas para poner en grave riesgo la salud de todos los que consumen bebidas de ese tipo; que se está hablando de objetos extraños en botellas que contienen líquido destinado a ser ingerido por la población en general. Se formula una serie de interrogantes y dice que esa reiteración de situaciones que, así sea potencialmente, exponen la salud, demuestra la necesidad de condenas severas y ejemplificadoras; que el daño punitivo puede y debe cumplir una función preventiva. A su turno, la apoderada de la accionada aduce que si no hay incumplimiento no puede haber daño punitivo, pero puede haber incumplimiento sin daño punitivo, que es lo que sucede en la mayoría de los casos, ya que este instituto es excepcional, que requiere de daños ciertos y subjetivamente reprochables por factores subjetivos agravados; que si se interpretara y aplicara la norma en cuestión, en sentido laxo, ello implicaría no solo contradecir la naturaleza del instituto, sino también una grave afrenta del debido proceso, y del derecho de propiedad de los ciudadanos, y con ello, una grave afrenta a la Constitución Nacional; que no habiendo en este proceso ni siquiera daños ciertos, y no habiendo la accionada incurrido en ningún incumplimiento legal ni contractual y mucho menos ninguna conducta temeraria, grave ni dolosa agravada, la pretensión de daños punitivos resulta improcedente e infundada; que los procesos y procedimientos de producción e higiene de la demandada son de alta tecnología y eficiencia, con rigurosos controles, no solo internos, sino también de auditores externos, y que se ajustan sobradamente a estándares internacionales; que jamás puede imputarse a la demandada negligencia grave o indiferencia igualmente grave, cuando funciona y opera superando los estándares medios. Aduce que no se puede perder de vista que los daños punitivos no constituyen una indemnización de daños y perjuicios; que en materia de daños causados por productos defectuosos, suelen distinguirse tres tipologías básicas de peligrosidad adquirida: los vicios de fabricación, los de concepción (también llamados de diseño, de proyecto o de construcción en la terminología italiana) y los defectos de comercialización (también denominados defectos en las instrucciones o de información). Citan doctrina. Refieren que las dos primeras categorías (defectos de fabricación y de diseño) se asientan en la existencia de vicios intrínsecos del producto; la restante (defectos de comercialización) en deficiencias formales o extrínsecas; que todas esas falencias generan para el proveedor profesional el deber de alertar al consumidor inmediatamente después de

detectados, en su caso de retirar el producto del mercado y, obviamente, de indemnizar los perjuicios causados, pero tienen distinta proyección en el plano de los daños punitivos; que los defectos de fabricación aparecen de manera aislada en una o en algunas unidades de una serie, por lo demás perfectamente regular, por falla de alguna máquina o por error humano, en el momento en que el producto es manufacturado; que el producto se desvía del diseño previsto, en virtud de deficiencias inadvertidas, no detectadas, que determinan que deje de funcionar de acuerdo a su destino; que está fuera de duda que en cualquiera de los tres supuestos, si el consumidor o un tercero sufre daños y perjuicios, deben ser reparados por aplicación de las reglas generales (art. 40, ley 24.240, 1113 Cód. Civil y normativa concordante); que la situación es radicalmente distinta tratándose de daños punitivos; que estos no pueden ser aplicados en casos de defectos de fabricación, que como se ha dicho, afectan a una unidad aislada dentro de una producción seriada por lo demás adecuada y regular, y que se presentan como un riesgo en bajo grado, pero existente, e inevitable -ya que el riesgo cero no existe en ningún orden de la vida, tampoco en la producción más perfecta que pueda concebirse de bienes y servicios; que los riesgos que derivan de defectos de construcción, estadísticamente inevitables en todo proceso de producción seriada de bienes, no se previene por daños punitivos, sino a través de un régimen de reparación de perjuicios, con seguro obligatorio o solvencia del demandado cuando los daños efectivamente se produzcan. Insiste en que tratándose de vicios o defectos de fabricación, los daños punitivos no tienen ni pueden tener aptitud disuasiva alguna y sólo pueden ser invocados, en casos como el de autos, por quienes pretenden utilizar la figura para enriquecerse, distorsionando sus fines y malogrando el objetivo del legislador. Refiere que la vaguedad e imprecisión del art. 52 bis de la ley 26.361 no constituyen un bill de indemnidad para que los interesados se desentiendan de la fundamentación razonable de los parámetros cualitativos y cuantitativos que tiene en cuenta para llegar a dicha determinación; que tampoco se satisface esa exigencia la genérica y retórica referencia, igualmente vaga a las pautas del art. 49 ley de defensa del consumidor; que se trata de sanciones distintas, con fines distintos, de naturaleza diferentes.-----

En este punto, no hay dudas del origen foráneo del instituto y su principal desarrollo en el derecho anglosajón, sin que a mi modo de ver resulten trasladables sin más los antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales de aquellos lares, cuando a partir de su recepción en el derecho argentino y específicamente en materia de defensa del consumidor, existe material doctrinario y pronunciamientos judiciales que evidencian las discrepancias surgidas al respecto. Esto así, tal como surge de los dichos de las partes y no obstante la objeción de Stiglitz a las denominaciones de la divisoria de aguas (vid Stiglitz, Gabriel A., Indemnizaciones punitivas. Consumidores y ciudadanía, RCyS 2014-VII, 7), es clara la existencia de dos posturas en la doctrina y la jurisprudencia de nuestro país, una amplia que se atiene a los términos del art. 52 bis de la ley 24.240 y sus modificatorias y una restrictiva, que incorpora exigencias para la aplicación del instituto, de carácter subjetivo requiriendo culpa grave o dolo, y de carácter objetivo, daño individual o de incidencia colectiva, que supere el piso o umbral que le confiera, por su trascendencia social repercusión institucional o por su gravedad, una apoyatura de ejemplaridad. Tales posturas, reconocen, entre otros, dos precedentes jurisprudenciales de relevancia. Así, la Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala II, en fecha: 27/05/2009 en el caso Machinandiarena Hernández, Nicolas c. Telefónica de Argentina, (La Ley, 2009-C, 647), en cuanto a la adopción de la postura amplia y la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 3º Nominación de esta ciudad de Córdoba, respecto de la tesis restrictiva, en el

caso “Teijeiro”, que fue ratificado en cuanto al daño punitivo por el Excmo. Tribunal Superior de Justicia (Sent. N° 63, 15/04/2012), sin fijar posición al respecto sino desestimando una de las causales de casación intentada al sostener *“Así las cosas, independientemente de que el criterio al que adscribiera el Tribunal a-quo sea o no compartido, lo verdaderamente dirimente en orden a signar el fracaso del remedio impugnativo extraordinario es que, a despecho de lo pretendido por su promotor, la sentencia en crisis no exhibe el déficit de motivación que se le imputa”*. Los pronunciamientos del Tribunal de Segunda Instancia y del Alto Cuerpo provincial, han sido materia de diversos trabajos doctrinarios (vid entre otros Nallar, Florencia, Procedencia y cuantificación de los daños punitivos, La Ley 31/05/2012, 6; Colombres, Fernando Matías, Daño punitivo: Criterios para encuadrar la conducta del proveedor en los presupuestos de procedencia, DCCyE 2012 (agosto), 147; Hernández, Carlos A. Frustagli, Sandra A., Decisión judicial sobre daños punitivos, La Ley 30/04/2014, 7, La Ley 2014-C, 49; Perriau, Enrique J., El daño punitivo puesto a prueba, La Ley 29/06/2012, 3, La Ley 2012-D, 207, LLC 2012 (agosto), 703; Álvarez Larrondo, Federico M., La tesis restrictiva en daños punitivos. Necesidad probatoria, La Ley 30/04/2014, 7, La Ley 2014-C, 54; Picasso, Sebastián, Objeto extraño en una gaseosa y los "daños punitivos", La Ley 25/06/2014, 5, La Ley 2014-D, 24). Pues bien, luego de analizar con el mayor detenimiento posible -por el tipo de acción de que se trata y el plazo para su resolución- y de revisar las decisiones que he tomado en casos anteriores en la materia, anticipo que en términos generales mantengo mi adhesión a la tesis amplia. Ocurre que si bien el instituto tiene una arista sancionatoria, como multa civil (al igual que el art. 666 bis, 1004 y otros dispositivos del CC), tiene asimismo un fin claramente preventivo y disuasorio, vinculado con el interés general y evitar la reiteración de hechos en perjuicio de la comunidad *“Los daños punitivos permiten una reparación cuya causa remite, en última instancia a sancionar el incumplimiento per se, y cuya justificación coadyuva a la prevención. Puede decirse, entonces, que la inclusión de esta figura es absolutamente compatible con la finalidad de las normas de consumo, las que despliegan su actividad tanto en el área de la prevención como de la reparación”* (vid Farina, obra citada, p. 566/567; también Pizarro, Daños punitivos, en Derecho de Daños, Segunda Parte, La Rocca, 1993, p. 291 y Lorenzetti, Consumidores, Segunda Edición Actualizada, Rubinzal Culzoni Editores, 2009, p. 557/558). Tantas veces se reprocha que los jueces que no respetan la división de poderes y la voluntad del legislador y ahora, pareciera que es válido que por vía interpretativa se agreguen recaudos que no surgen de la ley, para *“hacer más racional la decisión”*. Vale recordar al efecto, que el artículo 52 bis de la LDC prevé *“Daño Punitivo. 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.”*. Esto así, comparto la opinión de Picasso, no así la conclusión a la que arriba posteriormente -postulando la inconstitucionalidad de la norma-, cuando sostiene *“La exigencia de ese factor de atribución calificado, aunque muchas veces no se refleje de hecho en la praxis jurisprudencial, es conteste con la opinión de la doctrina ampliamente mayoritaria. A primera vista, tal requisito podría parecer evidente, porque el sistema constitucional argentino no concibe la existencia de sanciones de naturaleza penal en ausencia de la posibilidad de efectuar un reproche subjetivo al responsable (art. 18, Constitución Nacional). Sin embargo, esa*

evidencia se desvanece frente a la lectura del texto del art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, que lejos de exigir tal extremo se contenta con el mero incumplimiento de las "obligaciones legales o contractuales" que pesaban sobre el proveedor, y refuerza esa idea disponiendo la solidaridad de todos los proveedores responsables del incumplimiento, "sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan". Es evidente que, en la concepción de los redactores de la norma, esas "acciones de regreso" —que por otra parte son extrañas al mecanismo de las obligaciones solidarias, donde únicamente se admiten acciones de contribución— se ejercerían contra el verdadero culpable (¿cuál otro podría ser el criterio para repetir?). Lo que refuerza la idea de que, de acuerdo al espíritu de la ley, la imposición de los "daños punitivos" —al menos, frente al consumidor reclamante— no requiere de un factor subjetivo de atribución, y de que la eventual culpabilidad del agente únicamente podría ser tomada en consideración en las relaciones internas entre los responsables, una vez pagada la multa. Desde este punto de vista, tanto la sentencia de la Cámara como la del Superior Tribunal que la confirma procedieron —a tono con la doctrina dominante— a reescribir la norma legal, pues so pretexto de interpretarla le añadieron un requisito (la necesidad de que medie culpa grave o dolo del sancionado) que no solo no está previsto por aquella, sino que resulta contrario a su texto expreso.”.

Comparto también la opinión de Mosset Iturraspe cuando respecto de la división de la doctrina en la especie, sostiene “nuestra opinión comparte esta visión objetiva de la imputación atribuible al riesgo del obrar o comportamiento, por las razones ya señaladas, y por estar convencidos de que la atribución de culpabilidad “está en fuga”, para dejar paso a otra imputación que parte de la “realidad de las cosas” sin entrar a investigar en la conciencia del dañador;” (Mosset Iturraspe, El daño punitivo y la interpretación económica del Derecho (Dejar hacer o controlar el mercado), Revista de Derecho de Daños, 2011 2, Daño punitivo, Doctrina – Jurisprudencia, Rubinzal Culzoni Editores, p. 158). Es que, como claramente lo refiere la norma bajo análisis al establecerlo como parámetro para la graduación de la multa civil, la gravedad está referida al hecho y no a la conducta del responsable. Desde esa perspectiva, sin que conforme las constancias de la causa pueda sostenerse la inocuidad del elemento extraño que se encuentra en el interior de la botella acompañada al demandar, toda vez que no se ha peritado y determinado científicamente, no hay duda de que se trata de un hecho grave que la botella de una bebida gaseosa, de consumo masivo y obviamente destinada a la ingesta, de una marca internacionalmente reconocida, debidamente cerrada, contenga en su interior un elemento extraño. En este punto, resulta valioso el comentario de Colombres al fallo de segunda instancia del caso Teijeiro, donde sostiene incluso la existencia de culpa grave, cuando dice “Por último, y dentro del tema que nos ocupa, el fallo en estudio hace mención a que no existió ningún “elemento de juicio que permita concluir que el defecto que tiene la botella tenga una real y efectiva potencialidad dañosa para la salud”. Creemos que esta postura centra su mirada en las consecuencias del hecho y no en la conducta en sí misma. ¿Qué hubiese pasado si en lugar de un gel íntimo se hubiese encontrado pedacitos cristalizados de veneno para ratas?; ¿Sería distinta la solución respecto a la aplicación de los daños punitivos de acuerdo a si el consumidor bebió o no la misma? y para el caso que la hubiese bebido ¿deberíamos esperar a ver si ello le causo un daño en su salud para recién luego aplicar la multa civil?” y luego afirma, adoptando si se quiere la tesis restrictiva “Ahora bien, el mayor error de la sentencia, según nuestro punto de vista, no es jurídico, sino de apreciación fáctica, nos referimos al encuadre y graduación que se le da a la conducta del proveedor, la cual para nosotros —y dada las circunstancias de personas, tiempo y lugar con más la obligación extrema del demandado de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas— debería ser catalogada como de culpa grave.” (Colombres, Fernando Matías, Daño punitivo: Criterios

para encuadrar la conducta del proveedor en los presupuestos de procedencia, DCCyE 2012 (agosto), 147).-----

Adviértase que la apoderada de la parte demandada aduce la inaplicabilidad de daños punitivos en casos de defectos de fabricación, que afectan a una unidad aislada dentro de una producción seriada por lo demás adecuada y regular, y que se presentan como un riesgo en bajo grado, pero existente, e inevitable -ya que el riesgo cero no existe en ningún orden de la vida, tampoco en la producción más perfecta que pueda concebirse de bienes y servicios. La conclusión que cabe derivar de tales dichos de la apoderada de la accionada, es que debe desatenderse el defecto de fabricación, por tratarse de hechos aislados, lo que resulta absolutamente inaceptable e intolerable, cuando el art. 42 de la CN establece que los consumidores y usuarios de bienes y servicio tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos, y agrega que las autoridades proveerán a la protección de esos derechos y la legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos. Es claro que sin los daños punitivos, la prevención y disuasión serían objetivos más difíciles de lograr, y los llamados hechos aislados pasarían desapercibidos, con grave riesgo para la comunidad. En ese marco, es cierta la crítica al destino de los daños punitivos y que habría más proclividad a su otorgamiento si no fueran a favor del accionante, pero es lo que establece la ley, respecto de lo cual su constitucionalidad no ha sido objetada, ni se advierte comprometido el orden público. Es cierto que importes de alta cuantía predisponen al inicio de acciones, pero también es cierto que incentivan a que defectos o vicios de fabricación o de prestación de servicios sean denunciados, puestos en evidencia, alertando a la comunidad. La trascendencia que tuvo el caso Teijeiro y el hecho base de esa acción, se debió fundamentalmente por la condena al pago de una suma importante de dinero en concepto de daños punitivos y también por su revocación, pero es muy probable que sin la posibilidad de aplicación de daños punitivos, esa causa derechamente no se hubiere iniciado. Entiendo los reparos a que todo incumplimiento dé lugar a la aplicación de daños punitivos, pero a mi modo de ver, el amplio margen de graduación que prevé la ley y la gravedad del hecho en cada caso, será lo revisable y no la exigida -sin respaldo normativo- culpa grave o dolo, que pone en crisis la aplicación del instituto bajo análisis, ante la posibilidad cierta de que un consumidor no logre acreditar tales extremos. En ese marco y en supuestos como el de autos, donde se está ante una empresa internacional dedicada profesionalmente a la elaboración de bebidas de consumo masivo, resulta relevante la aplicación del art. 902 del CC.-----

En definitiva, en el caso de autos si bien no cabe estrictamente atribuir a la demandada culpa grave y menos dolo en la elaboración de un producto vicioso, insisto en que resulta de marcada gravedad que una botella de gaseosa de primera marca, cerrada de fábrica conforme lo actuado en estos obrados, contenga un elemento extraño en su interior -cuya inocuidad tampoco ha sido acreditada en la causa, como ya he dicho-, en clara violación a los postulados generales protectorios que establece el régimen de orden público de la ley 24.240, de raigambre constitucional (art. 42 de la CN). Resulta obvio también que el caso de autos con relación al precedente Teijeiro, importa una situación de reincidencia pues se trata de un mismo tipo de vicio y que la falibilidad del sistema de producción ha quedado evidenciada. Es por ello que me pronuncio por la procedencia del rubro. A la hora de su cuantificación, teniendo en cuenta lo dicho y los parámetros que al efecto prevé el art.

49 de la LDC para graduar la multa del artículo 47 de dicho ordenamiento, ya que el art. 52 bis remite al máximo de la sanción de multa que establece el art. 47 inc. b del mismo capítulo, esto es, el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario, que en este caso ha sido escaso, como dan cuenta los rubros indemnizatorios reclamados; la posición en el mercado del infractor, que resulta evidente que es de alta significación; la cuantía del beneficio obtenido, que en el caso resulta indeterminado; el grado de intencionalidad, que en el caso no cabe atribuir expresamente; la gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, que en el caso, como se dijo, resulta de alta magnitud, por el tipo de producto, su destino al consumo masivo y la reincidencia, ya que es claro que este no es el primer supuesto del hecho base de la acción que pesa sobre la accionada. Esto así, habiendo dejado la parte actora también respecto de este rubro, la fijación de su monto al criterio del suscripto y a fin de establecer una cifra que sin resultar excesiva cumpla con la finalidad preventiva y disuasoria, estimo prudente fijar el importe de los daños punitivos en el caso, en la suma de **doscientos ochenta y ocho mil pesos (\$ 288.000)**, equivalente al valor de una botella de gaseosa de la marca y de las mismas características de la acompañada al demandar -que por averiguación personal efectuada en el día de la fecha asciende a la suma de doce pesos (\$ 12)-, por la cantidad de botellas que el inspector óptico del equipo de lavado de la planta de la accionada en esta ciudad controla en dos horas de funcionamiento -por tratarse de un segundo hecho verificado-, esto es, veinticuatro mil botellas (vid fs. 965). La cifra establecida, si bien puede no resultar significativa para la empresa accionada, a mi modo de ver resulta apropiada para sostener el carácter preventivo y disuasivo de la multa, que se debería evidenciar en la búsqueda constante por parte de la accionada de mejorar el sistema automatizado y los controles humanos, para eliminar o reducir al máximo las fallas en la elaboración de productos de consumo masivo que han quedado expuestas, preservando así la salud y seguridad de los consumidores y la sociedad toda, conforme el postulado del art. 42 de la CN, a efectos de no tener que afrontar daños punitivos y la mala publicidad que ello ocasiona.-----

Hago constar que he valorado la totalidad de la prueba ofrecida en autos, bajo las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de haber hecho referencia sólo a la que considero dirimente para la resolución de la causa (art. 327 del CPC). De igual forma dejo constancia que no me he referido al hecho nuevo o hecho sobreviniente denunciado a fs. 403/403vta., pues sin desmedro del reproche sobre la tempestividad del planteo y a su encuadramiento legal, al no tratarse de la planta de elaboración donde se produjo el hecho bajo análisis, conforme a las conclusiones a las que he arribado, carece de relevancia a tales efectos.-----

VI) Que la reparación integral de las consecuencias dañosas derivadas del hecho analizado, imponen la aplicación de intereses conforme la pretensión hecha valer en autos, correspondiendo aplicar la tasa pasiva promedio que publica el BCRA con más el 2 % nominal mensual, a partir de la liquidación que se formule respecto del valor de la botella que se condena a pagar; desde el día cuatro de agosto de dos mil once, en que se advirtió el vicio denunciado respecto del daño moral y a partir de la fecha de este pronunciamiento respecto de los daños punitivos, siendo una multa que se establece en la sentencia -de naturaleza constitutiva- corren a partir de dicho pronunciamiento para el caso de mora (vid Cam. 4ta. C y C Cba., Sent. N°174, de fecha 13/09/12 in re "Pescatori,

Leonardo Gabriel c/ Auto Haus S.A. y otro - Abreviado – Otros” Expediente 1658559/36). Dicha tasa se aplica conforme la doctrina judicial fijada por el Excmo. Tribunal Superior de Justicia en autos “Hernández Juan Carlos c/ Matricería Austral S. A. – Demanda – Recurso de Casación” respecto de los intereses judiciales, doctrina ésta que ha sido ratificada regularmente hasta la fecha, aún por mayoría, teniendo especialmente en cuenta que “*Cabe mantener la tasa de interés establecida por la sentencia que condena al actor a restituir lo pagado por los demandados en virtud de un fallo que quedó sin efecto por una decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación —en el caso, dos por ciento mensual—, ya que dicha tasa cumple la doble función de reparar la privación del uso del dinero y también la de mantener incólume el contenido económico de la relación jurídica originaria deteriorada por el transcurso del tiempo y la depreciación monetaria*”. (T.S.J. Cba., Sala Civil y Com., 14/08/2006 in re “Gavier Tagle, Carlos c. Loustau Bidaut, Roberto y otros”, LLC 2006, 1160 - DJ 17/01/2007, 129).-----

VII) Que en relación a las costas, atento el resultado arribado y teniendo en cuenta que los rubros por daño moral y daño punitivo fueron reclamados sujetos en su cuantía al criterio del juzgador, de conformidad a lo dispuesto por el art. 130 del CPC, se imponen a la demandada. Los honorarios de los profesionales intervinientes se determinan conforme los artículos 26, 31, 36, 39, 49, concordantes y correlativos de la ley 9459.-----

Por ello, normas legales citadas y lo dispuesto por los artículos 326, 327, 329, 330, 331, 333 y concordantes del CPC.-----

RESUELVO: **I-** Rechazar la defensa de falta de acción opuesta por la demandada Cervecería y Maltería Quilmes SAICA y G y en su mérito, hacer lugar a la demanda interpuesta por el actor Miguel Ángel Colazo y condenar a la firma demandada para que en el término de diez días abone al actor la suma de **doscientos ochenta y ocho mil cuatrocientos pesos (\$ 288.400) y el importe de dinero equivalente al valor de mercado de una gaseosa de iguales características a la que se reserva en Secretaría**, con más los intereses fijados en el apartado pertinente, bajo apercibimiento de ejecución forzada.-----

II- Imponer las costas a la demandada Cervecería y Maltería Quilmes SAICA y G, a cuyo fin, regulo en conjunto y proporción de ley el honorario profesional de los Dres. Rodolfo M. G. Z. y Arturo José E. (H) en la suma de **sesenta y cinco mil veinticinco pesos (\$ 65.025)** y en la suma de **mil ciento once pesos con sesenta y cinco centavos (\$ 1.111,65 – 3 jus)** de conformidad al artículo 104 inc. 5 de la ley 9459 y la suma de **seis mil novecientos cuarenta y cuatro pesos con treinta y cuatro centavos (\$ 6.944,34)** en concepto de IVA respecto del Dr. G. Z. y el de la perito oficial ingeniera industrial N. d. V. G. en la suma de **veintidós mil doscientos treinta y tres pesos (\$ 22.233 - 60 jus)**, con más la suma de **cuatro mil seiscientos sesenta y ocho pesos con noventa y tres centavos (\$ 4.668,93)** en concepto de IVA, con más la suma de **cuatro mil ochocientos cuarenta y dos pesos con treinta y cuatro centavos (\$**

4.842,34) correspondiente al dieciocho por ciento (18%) de aporte a la Caja de Previsión de la Ingeniería, Arquitectura, Agrimensura, Agronomía y Profesionales de la Construcción de la Provincia de Córdoba ; no regulando el de los letrados de la parte demandada, en función de lo dispuesto por el art. 26 de la ley 9459.-----

Protocolícese, hágase saber y agréguese en autos la copia que expido.