

NEUQUEN, 21 de febrero de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "M. M. E. C/ COCA COLA POLAR ARGENTINA S.A. S/D.Y P. X RESP. EXTRACONT. DE PART." (EXP Nº 476113/2013) venidos en apelación del JUZGADO CIVIL, COMERCIAL, Y DE MINERÍA NRO. 2 a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Estefanía MARTIARENA, y de acuerdo al orden de votación sorteado el Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

I. A fs. 408/426 la demandada dedujo recurso de apelación contra la sentencia de fs. 398/405 que hizo lugar a la demanda y la condenó a abonarle a la actora la suma de \$40.000 con más intereses y costas.

Dice, que la A-quo a partir de afirmaciones dogmáticas tuvo por acreditado la totalidad de los dichos de la actora referidos a la adquisición del producto pero la misma no ofreció ningún medio de prueba que evidencie que efectivamente adquirió ese producto. Agrega, que la sola tenencia de la botella no la convierte en consumidora.

Además, alega la inexistencia de los presupuestos de la responsabilidad.

Sostiene, que tampoco surge concretamente que los defectos del producto sean atribuibles a su mandante y que no hay ningún elemento concreto que permita relacionar a la actora con la demandada respecto del producto puntual por el que reclama.

Sostiene, que no se verifica el factor de atribución necesario puesto que Polar Argentina probó su máxima diligencia en el desarrollo de tecnologías seguras y eficientes. Dice, que incluso bajo el criterio más estricto en responsabilidad objetiva el hecho de un tercero por quien Polar no debe responder interrumpe toda vinculación causal.

Luego, se queja por la valoración de la pericia técnica que efectuó la A-quo, en tanto considera que no tuvo en cuenta que el perito sostuvo que al abrir el envase objeto de la pericia, la tapa y el precinto no se rompieron, lo cual consideró anormal. Además, que el experto al contestar las impugnaciones dijo que entendió verosímil la posición y lo expresado por el Ing. Sonzini.

También, porque la A-quo omitió considerar que no sólo el contenido de la botella resultó ser menor sino que el perito observó la diferente coloración y la menor curvatura de la parte superior de la tapa respecto a las extraídas al azar de la línea de producción y que dijo que tiene material más oscuro dando la impresión de que la tapa fue friccionada, en especial en las inferiores ranuras de fricción.

Además, se queja porque considera inaplicable el daño punitivo. Alega, que el instituto tiene carácter restrictivo y es inconstitucional. Dice, que en el caso de autos no están dados ningunos de los presupuestos mínimos para disponer su aplicación.

Sostiene, que Polar Argentina S.A. no provocó ningún daño porque la botella fue

violada, porque no existe daño eventual y la actora no sufrió ningún daño material ni moral.

Manifiesta, que su aplicación es de carácter subjetivo y que la demandada no obró de manera alguna que resulte reprochable. Afirma, que la conducta desplegada por Polar no reviste la característica de dolo y/o negligencia grave. Dice, que no actuó indebidamente para obtener un rédito y mucho menos con grave menosprecio de los derechos de los terceros.

Subsidiariamente, cuestiona el monto por el cual procedió la multa y se refiere a las pautas para su cuantificación, la necesidad de proporcionalidad y el enriquecimiento sin causa de la actora. También cuestiona la procedencia de los intereses.

Por último, se queja de la imposición de costas. Dice, que para el peor de los supuestos en los cuales se entienda que la actora se pudo haber considerado con derecho a reclamar, las costas deberán ser impuestas en el orden causado.

A fs. 435/438 la contraria contestó los agravios. Solicitó su rechazo, con costas.

A fs. 406/407vta. el perito Norberto Mancuso interpuso recurso de apelación contra los honorarios regulados a fs. 405, por bajos.

II. Ingresando al estudio de las cuestiones planteadas, cabe adelantar que la competencia de esta Alzada se encuentra limitada a los temas sometidos a su decisión mediante la apelación (arts. 265 y 271 del C.P.C. y C.), que hayan sido oportunamente propuestos a la decisión del inferior (art. 277), y en ese marco corresponde analizar el recurso de la demandada. En el caso de autos, la recurrente cuestiona la procedencia de la demanda y la condena por daño punitivo.

1. En punto a la impugnación del apelante respecto a la aplicación de la sanción prevista por el art. 52 bis de la LDC entiendo que resulta procedente, lo que conlleva al rechazo de la demanda, por lo que comenzaré el tratamiento del recurso por este agravio.

Cabe partir de considerar que: "No cualquier incumplimiento contractual o legal puede dar curso a la petición de este tipo de pena que condena al incumplidor a reparar más allá del daño producido. Creemos que la amplitud dada por el legislador a los -por así llamarlos- requisitos de procedencia, es extremadamente peligrosa al no brindar al juez un marco o parámetro de referencia al que atenerse a la hora de sopesar la conveniencia y oportunidad de condenar a pagar daños punitivos. En el derecho norteamericano se ha aludido a una conducta caracterizada por la "malicia", entendida ésta como una actuación dolosa. También así se la caracterizaba cuando el demandado actuaba de una manera despreciable con indiferencia voluntaria y consciente de los derechos y seguridad de los demás (Civ. Code, par 3294 subd. -c-). No podemos exigir únicamente el aspecto objetivo del incumplimiento sino que, además, consideramos que es necesaria una particular subjetividad. En este punto

coincidimos con Alejandro Andrada en que la institución de las "penas privadas" propende al establecimiento de un derecho más igualitario y más justo. En ese marco no parece respetar elementales exigencias de justicia, la circunstancia de tratar igualitariamente a aquel que ha causado un daño por una mera negligencia o imprudencia, que a aquel que comete graves transgresiones, de manera consciente y, aún, en ocasiones, obteniendo pingües ganancias con su reprochable accionar”.

“En síntesis, aún para sus defensores, como Pizarro y el citado autor, debe receptarse el daño punitivo "cuando el demandado en forma deliberada o con grosera negligencia causa un perjuicio a otro"; en este criterio decididamente nos enrolamos y brevitatis causae "...resulta contrario a la esencia del daño punitivo, y a más de 200 años de historia, sostener que un abogado está habilitado a pedir y el juez a concederlos ante la simple invocación de que el proveedor no ha cumplido sus obligaciones legales o contractuales. Para poder cobrar daños punitivos hace falta algo más. Un elemento de dolo o culpa grave es necesario para poder condenar a pagar daños punitivos" -López Herrera, Edgardo, "Daños punitivos en el Derecho argentino, Art.52 bis, Ley de Defensa del Consumidor", JA, 2008-II, 1201..." (cfr. Cámara de Apelaciones de Concepción del Uruguay, sala civil y comercial, "De La Cruz, Mariano Ramón c. Renault Argentina S.A. y otra" 04/06/2010 Publicado en: LLLitoral 2010 (diciembre), 1264 Cita online: AR/JUR/53471/2010)".

“Es que si esta “multa civil”, aplicada en beneficio de la víctima, tiene como fin principal el de sancionar a los proveedores de bienes y servicios, que incurran en grave inconducta, supone la existencia de circunstancias excepcionales”.

“Como indica Irigoyen Testa: “...De la literalidad del artículo 52 bis de la LDC no puede inferirse directriz alguna dirigida al juez sobre cuándo debe hacer lugar a una condena por DP. No obstante, una vez que el magistrado se encuentra habilitado para entender sobre el fondo de la cuestión, el mismo debe analizar, resolver y fundar en Derecho si es o no necesario o conveniente, en el juicio que lo ocupa, la imposición de los DP”.

“Se podría afirmar que el magistrado debe interpretar el artículo 52 bis, conforme con el "espíritu de la ley", la "voluntad del legislador" o la "finalidad perseguida por la ley", atendiendo a la función que debe cumplir la figura en estudio, según lo define y justifica la doctrina comparada y nacional de los DP (fuente material del Derecho)”.

“Lo expuesto se fundamenta en la hermenéutica jurídica nacional que se desprende del artículo 16 del Código Civil y de la jurisprudencia pacífica actual de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la cual, recientemente, en "Aban, Francisca América c. ANSES" (11/08/2009), reitera: "Que es jurisprudencia de este Tribunal que en la interpretación de la ley ha de tenerse en cuenta el contexto general y los fines que aquélla persigue (Fallos:

267:215) (LA LEY, 125-293) y que con ese objeto la labor del intérprete debe ajustarse a un examen atento de sus términos que consulte la racionalidad del precepto y la voluntad del legislador, extremos que no deben ser obviados por posibles imperfecciones técnicas de la instrumentación legal, precisamente para evitar la frustración de sus objetivos (Fallos: 308:2246, entre muchos otros); también ha dicho que en esa tarea no puede prescindirse de las consecuencias que se derivan de cada criterio, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar su coherencia con el sistema en que está engarzada la norma (Fallos: 307:1018 y 2200; 324:2107; 331:1262 "Obra Social para la Actividad Docente (OSPLAD)", y sus citas)".

“Asimismo, existen indicios suficientes para entender que, más allá de la ambigüedad conceptual que presentan, el "espíritu de la ley", la "voluntad del legislador" o la "finalidad perseguida por la ley" convergerían (y nunca se apartarían), en general, en la aspiración del logro de la función de los DP desarrollada por la doctrina especializada. Por lo tanto, la deseabilidad del cumplimiento de esta función es lo que motivaría a la norma ("ratio legis") y justificaría su creación. Así, en primer lugar, como presunción cierta de lo indicado, se destaca que el nuevo artículo 52 bis denomina esta multa civil conforme con la designación empleada por la doctrina dominante comparada y nacional: "Daño punitivo". En segundo lugar, como acreditación concluyente de lo expuesto, en los Fundamentos del Proyecto de Ley que incluye el artículo en estudio y del Dictamen de las comisiones de Defensa del Consumidor, de Comercio y de Justicia de la Cámara de Diputados de la Nación que tratan a dicho Proyecto, se explica que: "el artículo propuesto incorpora al estatuto del consumidor la figura del daño punitivo de derecho anglosajón".

“[...] En particular, con respecto a la función que deben cumplir los DP, tanto desde la Doctrina Jurídica Tradicional y el Análisis Económico del Derecho se podría distinguir una función principal y otra accesoria. La función principal es la disuasión (específica y general) de daños conforme con los niveles de precaución deseables socialmente. Coincidentemente con lo expuesto, los Fundamentos del Proyecto de Ley y del Dictamen de las comisiones de la Cámara de Diputados de la Nación (que examinan de forma particular el Proyecto) destacan que: "Con el daño punitivo se trata de desbaratar la perversa ecuación que aconseja dejar que se produzca un perjuicio pues, en sí, resulta más económico repararlo en los casos singulares, que prevenirlo para la generalidad".

“Por otra parte, la función accesoria de los DP sería la sanción del dañador, ya que toda multa civil, por definición, tiene una función sancionatoria por la circunstancia fáctica de ser una condena en dinero extracompensatoria (la multa civil es sancionatoria en oposición a la indemnización por daños y perjuicios que es compensatoria). Así, en los Fundamentos ya mencionados se explica que los DP "consisten en una sanción de multa"... (cfr. Irigoyen Testa, Matías

“Cuándo el juez puede y cuándo debe condenar por Daños Punitivos? Publicado en: RCyS 2009-X , 16)”.

“Por ello es que tanto la doctrina como la legislación comparada, establecen como criterios para su procedencia: a) el grado de reprochabilidad de la conducta del demandado; b) la razonabilidad de la relación entre el importe de los daños punitivos y los daños compensatorios; c) el alcance de las sanciones penales establecidas por las leyes para conductas comparables (cfr. Trigo Represas, Félix – López Mesa, Marcelo, “Tratado de la responsabilidad civil”, Ed. La Ley, 2004, T. I, pág. 560)”.

“Desde esta perspectiva, la aplicación del artículo 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor debe ser de carácter excepcional y, por lo tanto, más allá de la obvia exigencia de que medie el “incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales para el consumidor”, se requiere algo más, lo que tiene ver con la necesidad de que exista un grave reproche sobre la conducta del deudor, aun cuando la norma no lo mencione (cfr. Rúa, María Isabel, “El daño punitivo a la luz de los precedentes judiciales”, JA – 2011-IV, fascículo n° 6, pág. 11/12)”.

“De ello se sigue que su procedencia no puede ser determinada mecánicamente: ante el incumplimiento, la sanción; sino que requiere de un análisis exhaustivo de la conducta del responsable, a efectos de desentrañar si ha mediado un desinterés manifiesto por los derechos de terceros o un abuso de posición dominante, o un lucro indebido”.

“De otro modo, incluyendo la multa por daño punitivo como un rubro indemnizatorio más, siempre correríamos el riesgo de propiciar un enriquecimiento ilícito a favor de la víctima, extremo no querido por el sistema de reparación de daños del derecho civil”, (“DURAN DARIO LEONARDO C/ IRUÑA S.A. Y OTROS S/RESOLUCIÓN DE CONTRATO”, Expte. N° 472438/2012).

La demandada defiende su postura acreditando las medidas de seguridad que posee la planta de producción, alegando que no actuó con culpa grave, ni dolo, ni malicia, ni con desaprensión de los derechos de terceros, ni se ha enriquecido en forma indebida, ni ha obrado con consciente y flagrante indiferencia y que a partir de lo expuesto no se encuentran reunidos en autos los requisitos de procedencia del daño punitivo.

En el caso de autos, conforme lo sostuvo el perito a fs. 129/131: “Se trata de una botella de Coca Cola, envase retornable de vidrio de 1250cc. El código de la tapa es el siguiente: BB3070130954. Además, se observa la leyenda 06 de Julio 13, lo que corresponde a la fecha de consumo preferente. Los datos son legibles. El contenido es un líquido de una viscosidad aparentemente similar, advirtiendo un menor nivel que el evidenciado en las otras 3 botellas retiradas al azar de la línea”, (ver también cd. de fs. 129, archivo 2. Revisión de botella y lectura, 1,15’).

“[...]3) No advierto que no fueren originales la tapa y el envase pero este perito oficial observa diferente coloración y la mayor curvatura de la parte

superior de la tapa respecto a las extraídas al azar de la línea de producción”. (Ver cd., archivo 2. Revisión de botella y lectura, 4’).

“4) “Informo que: (i) No se observa separación anormal; (ii) No se observó ventada de luz; (iii) Se vislumbra hinchazón mayor en la parte superior a las que presentan las tapas de las otras botellas retiradas de la línea de producción; (iv) Tiene material más oscuro dando la impresión de que la tapa fue friccionada, en especial en las inferiores de ranura de fricción; (V) Si, se observan manchas oscuras y sombras que no se presentan en las tapas de otras botellas retiradas de la línea. Hay una diferencia visible”, (ver al respecto cd., archivo 2. Revisión de botella y lectura 1, 12’).

“5) A prima facie se observa menor volumen. Peso inicial bruto: 2269,4 grs. El envase vacío junto a su tapa arrojan un peso de 996,8 grs. El contenido líquido neto es de 1272,6 grs. Se corrobora que la botella tenía menos líquido que el que debería tener” (fs. 129 y 130); (ver también cd., archivo 3.1. Laboratorio, medición de peso).

“7) La demandada refiere que la tapa y el envase en cuestión son susceptibles de ser hackeadas en condiciones normales y manifiesta que existen procedimientos cuyo resultado es abrir el envase, eventualmente introducir un elemento extraño, volverlo a cerrar, resultando que la confrontación entre el estado que queda la botella adulterada y muy inclusivamente la tapa, confrontados todos estos aspectos con otras botellas de control, no se advierte diferencia ni siquiera en el precinto de seguridad. Frente a todos los presentes, el Sr. Passamonte efectuó el procedimiento antes descripto. En consecuencia, retiró la tapa de la botella, introdujo un elemento extraño y la volvió a tapar sin haber roto el precinto de seguridad”. “(...) Se observó detenidamente el procedimiento desarrollado por el Sr. Passamonte, la tapa pudo ser extraída sin romper ni colapsar su precinto de seguridad y al ingresar un cuerpo extraño a la misma se derramó parte del líquido como consecuencia de la efervescencia del gas carbónico (el fenómeno ocurrido se denomina núcleo de desprendimiento de CO₂). Este perito oficial estudió minuciosamente la tapa, la continuidad del precinto evidenciando su integridad y no pudieron advertir las diferencias entre la botella adulterada y las demás botellas extraídas de la línea de producción”. (fs. 129), (ver cd 4.2 post hackeo. Resultado y envuelto de botella, 00:07’).

Luego, los testigos propuestos por esa parte explicaron las medidas de seguridad existentes en el proceso de producción. Así, el Sr. Ganzero dijo: “En el primer proceso de selección se sacan botellas que no fueron sacadas las tapas, botellas con suciedad muy grande externa o interna, botellas mezcladas, por ej. Si están produciendo coca cola, sacan todas las botellas que no son coca cola, es decir, sprite, fanta, etc. Como así también botellas con objetos extraños y líquidos. En el inspector electrónico la selección se hace automáticamente a través de un rechazador. Luego de esto van a una mesa de

clasificación manual” (fs. 294vta.).

Además, dicho testigo se refirió al sistema de inspección ALEXUS que rechaza automáticamente botellas que contengan derivados del amoníaco, cigarrillo, orina, y lo que son detergentes perfumados e hidrocarburos. Las botellas descartadas o rechazadas van a destrucción automáticamente. (cfr. fs. 294/295). Dice, que luego de una limpieza se produce la acumulación de botellas, las mismas entran a un inspector electrónico llamado ASEBI, que cuenta con cámaras de visión para seleccionar y rechazar las botellas no conformes. Detecta botellas con picos rotos, suciedad en las paredes de la botella, líquidos residuales y objetos extraños. Agrega, que las botellas no conformes van a una cinta de rechazo y a una mesa de acumulación donde personal calificado hace una selección de las mismas y que luego cuando las botellas salen de la llenadora, nuevamente son evaluadas tanto electrónica como manualmente (cfr. fs. 295vta./296).

Por su parte, el testigo Nelson Enrique Martinefsky dijo: “La sala de llenado propiamente dicho, cuenta con restricción de ingreso, pudiendo hacerlo las personas capacitadas que trabajan en el sector que son el operario de la llenadora y el operario del inspector electrónico y el de control de calidad que toma las muestras para el control respectivo. La restricción de ingreso es a través de tarjeta magnética que abre la puerta tanto para ingresar como para salir. Explica que esta sala está separada del resto, es una sala especial que tiene una presión positiva que garantiza renovaciones de aire que impide el ingreso de insectos si los hubiera es decir como si fuera una barrera o cortina de aire, que sopla hacia afuera. Es un sitio confinado, cerrado, donde esta el ASEBI la llenadora, la capsuladora, la codificadora y newton Optic, y luego se pasaría a la sala de empaque, con la botella cerrada, donde está la paletizadora y despaletizadora.” (fs. 292 y vta.). En el mismo sentido también declararon los testigos Guillermo Ariel Cutini a fs. 298/301vta. y Raúl Oscar David a fs. 307/311vta.

Asimismo, obra en autos el certificado de calidad ISO 14001:2004, OHSAS 18001:2007 (fs. 234/235 e informe de fs. 236), cuya relevancia indicó el perito a fs. 254 y los testigos Nelson Enrique Martinefsky, Guillermo Ariel Cutini, Hugo Claudio Rosso agregaron que la planta cuenta con la certificación FSSC2200 que es de inocuidad alimentaria (fs. 292vta., fs. 300 y 304vta. respectivamente).

Además, en relación con lo expuesto respecto a que jamás se acreditó el porcentaje de falla de la línea de producción de la bebida y en su caso que no tenía falla (fs. 403vta.), cabe señalar que tampoco se ha podido determinar qué medida de precaución o de control adicional habría faltado observar o – eventualmente- podido añadirse para mejorar la calidad del proceso u optimizar la custodia de las botellas. En definitiva, no se advierte qué medida de control habría sido omitida por la empresa para poder imputarle una conducta

negligente en el hecho (Cfr. TSJ, Sala civil y comercial, en autos T. (o) T., L. M. c. Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. s/ abreviado - otros - recurso de casación, 15/04/2014, La Ley On Line, AR/JUR/6030/2014).

Por lo tanto, no se reúnen los presupuestos requeridos para la procedencia del daño punitivo conforme el precedente citado al comienzo.

A mayor abundamiento, cabe señalar que no quedó acreditado el daño moral reclamado y no se reclamaron otros daños. En cuanto a ello, la Sentenciante expresó, “Este rubro no ha de prosperar, en tanto para que proceda la indemnización por daño moral, debe haber ocurrido una situación de grave afectación y no sólo las molestias y desagrado que puedan producir las alternativas de una relación contractual” (fs. 404). Además, la actora no reclamó daño material.

En punto a la responsabilidad, se sostuvo que “Resulta improcedente el pedido de indemnización por daño moral incoado contra el fabricante de bebidas gaseosas, un supermercado y la aseguradora del fabricante, por el adquirente de una botella en cuyo interior habría encontrado un cuerpo extraño similar a un sapo muerto. Ello así, pues el actor denunció que podría haber tenido consecuencias y daños irreparables si hubiera consumido el producto; sin embargo, no resulta suficiente el disgusto, la incomodidad y la aprensión sufrida como consumidor para generar una responsabilidad que justifique un resarcimiento económico. 2. Sin la existencia de daño cierto no existe responsabilidad civil; aunque ello justifique la posible existencia de otros tipos de responsabilidad (vgr. penal, administrativa, etc), que en la medida en que tiendan a sancionar y no a reparar un daño, pueden existir aún en ausencia de un resarcimiento concreto (CNCiv, Sala F, in re "Dube, Mario Daniel c/ Coca Cola de Argentina SA s/ daños y perjuicios", del 20/05/08)", (CNCom., Sala B, en autos “ZARZA DANIEL C/ SERVICIOS Y PRODUCTOS PARA BEBIDAS REFRESCANTES SRL Y OTROS S/ ORDINARIO, 19/05/15)”.

Además, cabe señalar que de la prueba rendida puede concluirse que se trata de un caso aislado, circunstancia que conduciría a descartar que concurra otro de los elementos que caracterizan a este tipo de sanciones, tal la finalidad de tutelar preventivamente el interés social, como tampoco que la demandada haya pretendido abaratar costos o incrementar su ganancia y como consecuencia de ello se haya producido el hecho por el cual demanda la actora (cfr. fallo del TSJ de Córdoba citado).

A partir de la totalidad de las consideraciones expuestas, el recurso de la demandada resulta procedente.

2. En cuanto a las costas de grado, considerando la forma en que se resuelve, corresponde que sean impuestas a la actora en su condición de vencida (art. 68 del C.P.C. y C.) debiendo readecuarse los honorarios de primera instancia (art. 279) y deviene inoficioso el tratamiento de la apelación arancelaria del perito formulada a fs. 406/407vta.

III. Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación deducido a fs. 408/426 por la demandada, y en consecuencia, modificar la sentencia de fs. 398/405 y rechazar la demanda en todas sus partes e imponer las costas de ambas instancias a la actora vencida (art. 68 del C.P.C. y C.), debiendo readecuarse los honorarios de los letrados y del perito interviniente (art. 279 del C.P.C. y C. y 20 ley de la ley 1594).

Tal mi voto.

La Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

1. La Sra. Magistrada hace lugar a la demanda y condena a Coca Cola Polar Argentina S.A. a pagar a la actora la suma de \$40.000,00 en concepto de daño punitivo.

Fundamenta la responsabilidad de la demandada en los siguientes términos:

“...Cabe destacar que según el perito, en oportunidad de realizarse la pericia la demandada refirió que la tapa y el envase son susceptibles de ser hackeados en condiciones normales y lo demuestra mediante la actividad del Sr. Passamonte. De lo que resulta que si bien se acreditó que la demandada realiza controles de calidad de acuerdo a normas preestablecidas, los testigos dan cuenta de que se encuentran objetos adentro, suciedades, picos rotos, etc. y a la luz de la demostración antes mencionada, queda claro que las botellas pueden ser adulteradas. Lo que no se ha acreditado de modo alguno es que la botella objeto de autos hubiera estado violentada e introducidos los insectos encontrados, así como tampoco surge acreditada la circunstancia alegada de que la botella fuera violentada por un tercero. Ello trae como consecuencia la responsabilidad civil que proviene de la fabricación y comercialización de la bebida respecto del consumidor, en una clara relación de consumo...”

Y agrega más adelante:

“...De lo analizado surge la existencia de una relación de consumo y de la prueba rendida encuentro que la demandada ha incumplido sus obligaciones contractuales descuidando su deber de seguridad. Se ha dicho que “...el contenido de la deuda del proveedor (persona física o jurídica pública o privada que desarrolla profesionalmente actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios destinados al consumo), está integrado por un deber primario de prestación (el suministro de un producto o servicio no defectuoso o en condiciones aptas de ser consumido o utilizado) y por un deber de seguridad (que garantice que la utilización o consumo de producto o servicio no ocasionará daños al consumidor o usuario)...”(Boragina, Juan Carlos en La obligación de seguridad en la ley de defensa del consumidor - Publicado en: RCyS2009-XII, 242 - Cita Online: AR/DOC/4235/2009). Ello con fundamento en el art. 5 de la ley 24.240 que dispone: "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".

En cuanto a la existencia de una relación de consumo refiere:

"...Al respecto la demandada cuestiona dicha relación de consumo porque la actora no alegó ni probó donde compró la Coca Cola, pero no niega que dicha bebida se comercializa y en tal circunstancia el adquirente y tenedor de la botella se torna en consumidor del bien fabricado y comercializado por la demandada, de acuerdo a la interpretación dispuesta por el art.1092 y 1093 del CCyC..."

Considero que estos fundamentos, que se constituyen en el eje central de la decisión, se derivan razonadamente de la normativa aplicable al caso y encuentran correlato en las constancias del expediente, por lo que el pronunciamiento debe ser confirmado.

2. En efecto, la queja relativa a que la cuestión no puede ser comprendida por la legislación de protección al consumidor, basada —fundamentalmente— en la falta de acreditación de la adquisición de la bebida no puede ser receptada. Es que, como lo señalara la CSJN en el caso "Mosca, Hugo v. Provincia de Buenos Aires y otros", la relación de consumo "...abarca no sólo a los contratos, sino a los actos unilaterales como la oferta a sujetos indeterminados, que es precisamente el caso que se presenta en autos. De tal modo, la seguridad debe ser garantizada en el período precontractual y en las situaciones de riesgo creadas por los comportamientos unilaterales, respecto de sujetos no contratantes. Cada norma debe ser interpretada conforme a su época, y en este sentido, cuando ocurre un evento dañoso en un espectáculo masivo, en un aeropuerto, o en un supermercado, será difícil discriminar entre quienes compraron y quienes no lo hicieron, o entre quienes estaban adentro del lugar, en la entrada, o en los pasos previos. Por esta razón es que el deber de indemnidad abarca toda la relación de consumo, incluyendo hechos jurídicos, actos unilaterales, o bilaterales. Que no cabe interpretar que la protección de la seguridad —prevista en el art. 42 de la Constitución Nacional— tenga un propósito meramente declarativo, sino que, por el contrario, es correcta la hermenéutica orientada hacia el goce directo y efectivo por parte de sus titulares".

"Con esta afirmación, el Máximo Tribunal dispuso responsabilizar civilmente a la entidad organizadora del evento —la Asociación del Fútbol Argentino— y al club en cuya instalación efectivamente se disputó el espectáculo deportivo por los daños ocasionados a quien, hallándose en la vía pública y en las inmediaciones del estadio, fue alcanzado por objetos lanzados desde el propio estadio de fútbol. Debe notarse que la Corte Suprema no realizó distinción entre la persona-consumidor —que, por ejemplo, pudo haber abonado la entrada y encontrarse dentro del ámbito de resguardo (en donde cabrían, por ejemplo, las previsiones del artículo 1113 del Código Civil, ley 304)— de cualquier otro sujeto alcanzado por el ámbito de control específico del organizador del espectáculo, tal como resultaba ser el actor de autos. En esta inteligencia, el

tribunal amplió el ámbito de influencia y resguardo de la "relación de consumo" hacia una persona que, sin revestir técnicamente la figura de usuario/consumidor de un espectáculo deportivo, resultaba injusto —y a la vez inconstitucional— que el derecho no lo tutele.

En segundo lugar, en la sentencia "Ferreyra, Víctor y otro v. VICOV S.A.", la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que la fuente de la "relación de consumo" puede ser un contrato o actos unilaterales o bien hechos jurídicos. De esta manera, la normativa vincula al proveedor de bienes y servicios no sólo con el consumidor contratante, sino también con los demás usuarios que, sin haber celebrado un contrato regido por el Código Civil, ley 304, resultan beneficiarios del servicio prestado por el proveedor o, en términos de la denominación constitucional, consumen/usan el bien. En el caso jurisprudencial se trataba de acompañante que circulaba junto al conductor en el vehículo de quien efectivamente celebró el contrato de peaje. Nuevamente el tribunal amplió el ámbito de tutela y sus efectos de la relación de consumo a personas expuestas a tal vinculación jurídica.

En conclusión, los precedentes jurisprudenciales determinaron que el concepto "relación de consumo" es más abarcativo e inclusivo que el de "contrato de consumo" en términos de irradiación de los derechos fundamentales de los usuarios y consumidores. Notemos que el constituyente de 1994 buscó ampliar la tutela del consumidor, sin limitarla a aquéllos efectivamente vinculados contractualmente con el proveedor de bienes y servicios, como pueden ser los sujetos que se encuentren consumiendo/usando el bien/servicio sin haber contratado, o se beneficien de aquéllos exponiéndose a esa relación.

La reforma introducida por la ley 26.361 definió los términos del concepto en estudio al establecer que "Relación de consumo es el vínculo jurídico entre proveedor y el consumidor o usuario" (artículo 3º de la ley 24.240). De esta manera, la relación de consumo reconoce diversas causas fuentes:

- a) El contrato de consumo (art. 1º, párr.1º).
- b) Hechos lícitos (artículo 1º, párrafo 2º).
- c) Declaraciones unilaterales de voluntad (artículos 7º y 8º).

Por su parte, esta reforma legislativa también modificó el artículo 1º de la originaria ley 24.240, el cual dispuso que "La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario, entendiéndose por tal a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social... Se considera asimismo consumidor o usuario 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" (el destacado es agregado).

En este orden de ideas, y desde el ámbito subjetivo de aplicación, quedaron

comprendidos dentro de la tutela de este estatuto aquellos sujetos que encuadran dentro de la nueva noción de "consumidor" o "usuario" prevista en el artículo citado. Esquemáticamente:

- i) Consumidor contratante: aquella persona (física o jurídica) que celebra un contrato de consumo/uso con un proveedor (ya sea un contrato oneroso o gratuito).
- ii) Consumidor indirecto o usuario no contratante: es quien, sin haber celebrado el contrato de consumo/uso, utiliza el bien o se aprovecha del servicio como destinatario final.
- iii) Consumidor pasivo (bystander): es quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo, incluye entonces a quien, sin formar parte directa o indirectamente de la relación de consumo, sufre consecuencias a partir de una relación de consumo ajena...".

"...El Código Civil y Comercial, ley 26.994, incorporó en su articulado el concepto constitucional de "relación de consumo", introduciendo una regulación general del contrato de consumo en el título tercero de su Libro tercero (artículos 1092 a 1122), sin que ello implique la tipificación de un contrato más, sino una fragmentación o modalidad de la generalidad de los contratos que irradia sobre los modelos particulares. Recoge así los lineamientos jurisprudenciales vigentes —con algunas especificaciones— y la normativa especial que tutelaban los derechos del consumidor, adecuando el derecho secundario al paradigma constitucional y convencional vigente a la luz de un verdadero Código constitucional Civil y Comercial (artículos 1º y 2º del nuevo Código).

El nuevo articulado recepta la protección del consumidor, pero no limita su regulación ni deroga la ley 24.240, aunque modifica alguno de sus preceptos buscando una convivencia pacífica e integral entre normas. Además, adopta un concepto restringido o finalista de consumidor (elemento que califica al consumidor, es el "destino final"), continuando con la línea que hasta ahora había establecido la ley 24.240. La ley 26.994 sustituyó el artículo 1º de la ley 24.240 por el siguiente:

"Objeto. Consumidor. Equiparación. La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario. Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social". En igual sentido está redactado el artículo 1092 del Código Civil y Comercial de la Nación, ley 26.994.

El nuevo concepto de relación de consumo y consumidor, en líneas generales, se mantiene igual que en el texto anterior, es decir:

- i) La relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un usuario/consumidor.
- ii) El elemento característico del usuario/consumidor es la adquisición de bienes y servicios como destinatario final, o quien usa el bien o servicio adquirido por otro con el mismo fin.
- iii) Admite a las personas jurídicas como posibles consumidores.
- iv) La onerosidad no es un límite para considerar el carácter de una relación de consumo, subsistiendo la inclusión de los actos gratuitos..." (cfr., Cao, Christian Alberto, Gamarra, Gonzalo, "La relación de consumo en el Código Civil y Comercial de la Nación", Publicado en: RCCyC 2015 (noviembre), 249). Me he permitido transcribir esta extensa cita, en tanto da acabada respuesta y permite desestimar esta queja del recurrente.

3. Las quejas relativas a que no se verifican los presupuestos de la responsabilidad civil para dar fundamento a la condena, tampoco pueden prosperar.

3.1. El art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240, según modificación introducida por la ley 26.361, incorporó a nuestro derecho positivo la figura del daño punitivo. Expresamente contempla que 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.

Es que aquí, la cuestión se aleja del ámbito reparatorio, para centrarse, fundamentalmente, en la función preventiva de la responsabilidad civil (o, como prefieren otros señalar, del derecho de daños). Por ello, la ausencia de condena de un rubro reparatorio, no obsta a la aplicación del daño punitivo. Así, "...el denominado daño punitivo es una pena privada que consiste en una suma de dinero suplementaria o independiente de la indemnización que le pueda corresponder a la víctima para reparar los daños sufridos que tiene por finalidad castigar una grave conducta del demandado, hacer desaparecer los beneficios obtenidos a través de ella y prevenir su reiteración en el futuro" (cfr. Barreiro, Rafael F. "La aplicación de la nueva ley a las relaciones jurídicas anteriores a su vigencia y las relaciones de consumo". El daño punitivo, Publicado en: RCCyC 2016 (junio), 185 RCyS 2016-XI, 199). En efecto "...La función preventiva de los daños punitivos no es desconocida en general por la doctrina autoral o jurisprudencial, sea alcanzada por el medio que pudiere utilizarse. Si se asigna a los daños punitivos una función preventiva, que comparte con la responsabilidad civil como categoría más amplia y continente de aquellos, aguardar a que se provoque un daño resarcible podría frustrar esa finalidad... De tal modo, la introducción de los daños punitivos implica reconocer que la responsabilidad civil, al lado de su función típica

que sin dudas consiste en reparar, también puede y debe cumplir finalidades complementarias a los fines de la prevención y punición de ciertas conductas. Irigoyen Testa señaló que la función de los derechos punitivos habilita a distinguir un aspecto principal y otro accesorio: el principal es la disuasión de los daños conforme con los niveles de precaución deseables socialmente; y, por otra parte, la accesorio es la sanción del dañador ya que toda multa civil, por definición, tiene una finalidad sancionatoria por la circunstancia fáctica de ser una condena en dinero extracompensatoria”.

“Chamatropulos cree que la finalidad primordial es la disuasión, y que el aspecto sancionatorio es sólo un medio o una herramienta que se utiliza para llegar a aquélla. Esta visión presenta la cuestión desde una muy interesante perspectiva confiriendo prevalencia al aspecto preventivo —acorde con la novedosa regulación de la responsabilidad civil- en relación a la punición, que no tendría un propósito exclusivo y único en sí misma sino que sólo sería el vehículo para arribar a una finalidad que se estima socialmente valiosa...” (cfr. Barreiro, ya citado).

3.2. Tampoco entiendo procedente la crítica efectuada en punto a la relación de causalidad.

Nótese que nada rebate el recurrente en punto a la obligación de seguridad a la que alude la magistrada y a la posibilidad de que, el que se supone que es un cierre de seguridad que garantiza la inviolabilidad, sea paradójicamente inseguro: Como señala la magistrada, el testigo Martinefsky, al ser preguntado sobre las medidas de seguridad que trae la botella de fábrica para evitar su violación, responde: “la medida de seguridad es la tapa que al querer abrirla se rompe el precinto”. En igual sentido, el testigo Rosso señala: “cada una de las botellas que salen de fábrica están debidamente capsuladas o tapadas, y las tapas tienen un precinto de seguridad, cuando una persona abre una botella ese precinto se rompe, en condiciones normales, lo que evidencia que la botella fue abierta.”

Sin embargo, es la propia demandada quien reconoce y prueba, mediante la demostración del Sr. Passamonte, que lejos de ser inviolable y seguro, en palabras del perito: “La demandada refiere que la tapa y el envase en cuestión son susceptibles de ser hackeados en condiciones normales y manifiesta que existen procedimientos cuyo resultado es abrir el envase, eventualmente introducir un elemento extraño, volverlo a cerrar, resultando que la confrontación entre el estado en que queda la botella adulterada y muy inclusivamente la tapa, confrontados todos estos aspectos con otras botellas de control, no se advierte diferencia, ni siquiera en el precinto de seguridad. Frente a todos los presentes, el Sr. Passamonte efectuó el procedimiento antes descrito... Este perito oficial estudió minuciosamente la tapa, la continuidad del precinto evidenciando su integridad y no pudieron advertir diferencias entre la botella adulterada y las demás botellas traídas al azar de la línea de

producción” (ver hoja 130 y video adjunto por el perito). Luego al dar explicaciones, agrega: “...la botella que fue manipulada por el Sr. Passamonte en la medida fue solo una de las tres retiradas minutos antes previos de la línea, lo que consistió en retirar la tapa, ingresar un elemento extraño y volver a colocar la tapa, en un estado que no es posible advertir el procedimiento (sin rotura de anillo de seguridad, separación anormal, etc.)...”.

Remarco aquí también, que conforme surge del video adjuntado por el perito, al inspeccionarse la botella “de la actora” se señala que no presenta ningún tipo de anomalía en la tapa, puntos de seguridad del precinto, ni en otro aspecto exterior, lo que no es refutado por los otros intervinientes, al ser preguntados por el perito.

Insisto entonces, en que el argumento utilizado por la magistrada no queda refutado siendo, en este punto, inocuos los esfuerzos argumentativos desarrollados sobre el proceso productivo:

“...Por el contrario, la posibilidad del hipotético sabotaje, o de la conjeturada adulteración de la botella por cualquier tercero, implica el incumplimiento por parte de la imputada a las normas de seguridad que debió cumplir para la elaboración de sus productos (cf. arts. 5 y 6 Ley 24.240)... La pericia técnica realizada en el expediente no pudo demostrar apodícticamente que la botella fue adulterada o manipulada para colocarle un cuerpo extraño en su interior y luego, vuelta a cerrar... Finalmente, no resulta un hecho menor la posibilidad de la apertura de la botella sin romper su precinto de seguridad –mediante un proceso de calentamiento-, el que además podría ser vuelto a colocar, eventualidad reconocida por la propia imputada y sus dependientes (ver declaraciones de fs. 70/76, 1er. cuerpo). Dicha posibilidad implica, sin más, la introducción de un riesgo para la salud de la población por parte de quien elabora un producto de tipo alimenticio como el que motiva este expediente, destinado al consumo masivo de la población...”.

Y se agrega más adelante: “...Corresponde aclarar que para la configuración de las infracciones imputadas no es requisito el acaecimiento efectivo de un daño en la salud del denunciante, puesto que la exigencia legal radica en la no generación de “peligros” o “riesgos” para la salud e integridad física de los consumidores, debiendo los proveedores garantizar la seguridad de los mismos (cf. arts. 5 y 6, LDC). La existencia en el mercado de un producto alimenticio con un cuerpo extraño en su interior, aún sin detenerse en la naturaleza de dicho cuerpo, implica forzosamente la introducción de un riesgo ilegítimo para la salud de los consumidores, puesto que dicho acontecimiento –insisto, independientemente de la producción de un daño en la salud- demuestra un incumplimiento de las obligaciones legales relacionadas con la seguridad de tales productos. Lo mismo ocurre con la utilización de envases que no aseguran su inviolabilidad –circunstancia reconocida por la imputada y sus dependientes-, cuestión que resulta verdaderamente alarmante por tratarse de

productos alimenticios de consumo masivo...”.

“...En particular, y por el tipo de productos de que se trata – bebida gaseosa marca “Coca Cola” de alto consumo en general, es de absoluta operatividad aquí la regla general de interpretación del artículo 902 del Código Civil para juzgar la conducta de la empresa. Es indiscutible que un comerciante profesional, debería obrar de conformidad a la prudencia y adoptando todas las previsiones que su actividad habitual indican, cumpliendo respecto de los bienes que comercializa todos los recaudos exigidos por la normativa especial. A más de lo anterior, y por el parámetro general del “buen hombre de negocios” derivado del principio general de buena fe (art. 1198 y ccs. Cód. Civ.), debería cumplir con todos las exigencias que fueran razonablemente necesarias para garantizar la inocuidad y seguridad de sus productos y el respeto de los derechos de sus clientes. En simultáneo, también tengo en cuenta como factor determinante en la valoración del caso, la legítima confianza que genera en los consumidores la intermediación en el mercado de consumo de sujetos profesionales que conocen (o deberían conocer) los pormenores de la actividad comercial que desarrollan. Ello tendría que asegurar la satisfacción de las necesidades de los consumidores sin menoscabos o riesgos para su patrimonio y, mucho menos, para su salud e integridad física. Habiéndose elaborado y comercializado el producto cuestionado sin adoptar las medidas necesarias para garantizar su seguridad, se introdujo en el mercado un riesgo ilícito a gran escala...” (cfr. Juzgado de Faltas Nro. 2, La Plata, 30/11/2012, “Zapata Paula S/ denuncia C/ Coca Cola-Reginald Lee”, Expte. OC 13700).

4. Ahora bien, retomando ideas anteriores, vinculadas ahora con el planteo de inconstitucionalidad efectuado, debemos decir con Brodsky, que “...La prevención es hoy un objetivo crucial del Derecho Civil. Han pasado ciento cuarenta años desde la entrada en vigor del Código de Vélez Sarsfield, y mucho ha cambiado desde entonces. Por ejemplo, ha cedido la noción liberal según la cual no hay responsabilidad civil sin culpa, frente a una noción más solidaria, centrada en el daño y en el perjudicado, acompañada de factores objetivos de atribución de responsabilidad.

Pues bien, lo mismo debe abandonarse la idea de que el Derecho Civil existe únicamente para compensar un daño individual ya causado, puesto que en la sociedad actual, en su avanzado estadio de globalización y desarrollo tecnológico, es imprescindible prevenir al máximo la causación de futuras lesiones. Y especialmente debe procurarse desalentar aquellas conductas que pueden virtualmente dañar a la sociedad en su conjunto o a una vasta pluralidad de individuos, como es el caso del consumo. En este orden de ideas, señalan Pizarro y Vallespinos que “[l]a función preventiva del derecho de daños ha agigantado su importancia en los últimos tiempos. Esta aptitud, de corte netamente disuasivo, se presenta como un complemento idóneo de las tradicionales vías resarcitorias. Tanto desde el punto de vista de la víctima

cuanto del posible responsable, la prevención del daño es siempre preferible a su reparación. [...] [u]n adecuado régimen de sanciones puede erigirse en un factor de prevención de consecuencias dañosas, ante el temor que generan para potenciales dañadores el incurrir en las conductas previstas por la Ley”.

Con igual criterio se ha indicado que “[t]eniendo en vista ciertos daños particularmente graves [...], que son muchas veces irreversibles, ya no alcanza con tratar de repararlos a posteriori, sino que deben ponerse todos los medios para prevenir que ellos se produzcan. La idea de responsabilidad aparece como el telón de fondo de estos nuevos desafíos que le toca vivir a la sociedad moderna”. En el fallo dictado en la causa “Cañadas Pérez María c/ Bank Boston N.A.”, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil señaló que el daño punitivo se impone ante “una conducta que se aparta gravemente de aquellos niveles de precaución deseables socialmente” y que su función principal es la disuasión de daños conforme con dichos niveles...”.

Es que justamente, el punto central es la finalidad preventiva y disuasoria del daño punitivo, la que “...en definitiva, es la que da cuenta de la verdadera naturaleza de la figura. De acuerdo a la exposición desarrollada, sostenemos que el propósito de la institución bajo estudio es doble: prevenir futuros daños e impartir justicia en relación a perjuicios ya causados. Y como vimos, el Derecho Civil, independientemente de su tradicional corte resarcitorio, no es extraño en absoluto –más bien al contrario, debe perseguir también– a estas funciones...”

Y, desde allí, “... Habiendo establecido la naturaleza civil de los daños punitivos, es evidente que mal puede ser inconstitucional la inobservancia de garantías penales en una materia no criminal. En efecto, “[l]a Corte Suprema de los Estados Unidos, referente de la nuestra en materia constitucional, en reiteradas oportunidades, ha dicho que los punitive damages no son sanciones penales sino civiles, quedando por lo tanto al margen de las garantías propias del proceso penal...”.

“...Finalmente, daremos respuesta al argumento expuesto en la primera de las corrientes mentadas según el cual las penas privadas no tienen cabida en nuestro sistema de responsabilidad civil. No controvertimos que, como regla general, la punición suele manifestarse en el ámbito criminal y no en el civil. Sin embargo, este principio no es absoluto. Por ejemplo, pactando de antemano intereses punitivos, el deudor puede obligarse a responder en caso de mora a una tasa generalmente superior a la compensación por el uso del capital ajeno. A su vez, aunque las astreintes que los jueces pueden imponer a quienes incumplen deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial son definidas como condenaciones conminatorias, es posible observar en aquéllas un costado punitivo. Y en cualquier caso, se trata de sumas atribuidas al damnificado que son independientes del perjuicio sufrido. Estos son casos de instituciones pacíficamente aplicadas en la órbita civil que combinan un aspecto ciertamente

sancionatorio con otro u otros de diferente índole (disuasorio, compulsivo, estimulativo, etc.). Ello conduce a concluir que, aun si aceptáramos (aunque no lo hacemos) que los daños punitivos tienen como función primordial el castigo al infractor, ello por sí no sería óbice para excluir su admisibilidad en el Derecho Privado...”.

Concluyéndose: “...A esta altura del desarrollo científico en la materia, es unánime el consenso en que el consumidor se encuentra en una posición de inferioridad frente al proveedor. La relación de consumo no vincula a sujetos en pie de igualdad con absoluta libertad de negociación y contratación –como en el clásico esquema del codificador–, sino a personas que se hallan en planos desiguales. Por un lado, desde un punto de vista económico o material, el patrimonio del proveedor resulta por lo general mucho mayor que el del consumidor. En consecuencia, aquél suele contar con asesoramiento profesional en áreas contables, jurídicas y técnicas a las que el consumidor difícilmente tiene acceso, por carecer de los recursos necesarios para ello.

Por otra parte, desde una perspectiva subjetiva, el consumidor no puede –sin sufrir un importante menoscabo– dejar de consumir bienes y servicios: debe alimentarse, vestirse, trasladarse, adquirir medicamentos; puede necesitar un teléfono, una computadora o de acceso a Internet para desarrollar su actividad laboral, etc. Los ejemplos son incontables... Es por ello que, antes de abordar en detalle el tratamiento legal de los daños punitivos, nos parece apropiado finalizar esta parte del trabajo señalando un hecho fundamental: debido a las características propias de la relación de consumo, la vigencia de instituciones preventivas y aptas para dismantelar los efectos de las conductas dañosas es indispensable. Desde luego, en todo el ámbito civil aquéllos son propósitos deseables y necesarios; pero en el Derecho del Consumo, dado que los sujetos se hallan genéticamente en una situación muy desemejante y que las conductas lesivas de los proveedores pueden afectar a toda la sociedad o a una gran masa de personas, los daños punitivos resultan verdaderamente imprescindibles...”

(cfr. Brodsky Jonathan M., Daño punitivo: prevención y justicia en el derecho de los consumidores. Lecciones y Ensayos, Nro. 90, 2012, ps. 277-298, <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/90/brodsky.pdf>).

5. Ahora bien, tal como lo hemos indicado en otras oportunidades, para que proceda el daño punitivo es necesario que exista un factor de atribución calificado.

Así, Pizarro habla de “graves inconductas”; Kemelmajer de Carlucci, de “un hecho particularmente grave y reprobable”; en el precedente citado, tal como refiere mi colega, aludimos a un grave reproche sobre la conducta del deudor, siendo necesario un análisis exhaustivo de la conducta del responsable, a efectos de desentrañar, por ejemplo, si ha mediado un desinterés manifiesto por los derechos de terceros. En suma, se trata de un serio reproche subjetivo al autor, ya sea a título de dolo o de culpa grave.

En este caso, tal como se señalara al citar el precedente sancionatorio administrativo del Tribunal de La Plata, es relevante la circunstancia de que nos encontramos ante un producto alimenticio de consumo masivo. Las consideraciones que se vierten en dicho resolutorio y a las que me remito, dan cuenta de la gravedad de la conducta.

Tal como surge del video de la pericia llevada a cabo y del informe del experto, la demandada tenía pleno conocimiento acerca de la posibilidad de que la tapa y el envase del producto sean –en sus propios términos- “hackeada”, sin que queden signos visibles (nótese que, si no lo fueron para los expertos y pese al minucioso análisis bajo una lupa de aumento, menos lo serán para un consumidor del producto).

Pese a no haberse videograbado la maniobra llevada a cabo por Passamonte, fue llevada a cabo frente a todos los presentes, en la sala y sobre la mesa sobre la que se hicieron las inspecciones. El perito, alude en el video (vagamente a fin de preservar la reserva por el “secreto industrial”, tal como se indica para justificar la no grabación), a que lo hizo manualmente y con ayuda de algún elemento, lo que demuestra la posible no sofisticación de la maniobra. Esto determina que el elemento que debe asegurar la inviolabilidad del contenido, sea altamente vulnerable, y que el mecanismo de seguridad (tal como lo refiriéramos más arriba) sea claramente inseguro y, dudosamente, cumpla su finalidad. Y todo esto, era conocido por la demandada, a punto tal que, insisto, expone el perito que es la propia demandada la que refiere “que la tapa y el envase en cuestión son susceptibles de ser hackeadas en condiciones normales”, dando cuenta del conocimiento de los procedimientos.

Esto demuestra –si se me permite el juego de palabras- la inseguridad del dispositivo de seguridad utilizado para asegurar –en los términos de los propios técnicos de la demandada- la no violación o adulteración del contenido. Y esto, el conocimiento de la demandada acerca de la posibilidad cierta de que sea adulterado el contenido del envase, sin que sea efectivo el dispositivo, al poder ser violentado sin signos visibles para quien lo adquiere y la inactividad consecuente –aún frente a este conocimiento cierto- “...implica una conducta absolutamente negligente por parte de la embotelladora, que potencia la posibilidad de producir un daño al no existir un control estricto de lo que lleva dentro el producto que se introduce en el mercado de consumo. De tal forma, se permite o posibilita la existencia –como en el caso que nos ocupa- de elementos extraños que podrían ser eventualmente nocivos para la salud del consumidor... Si bien no puede hablarse de malicia ni fraude, existió una negligencia culpable demostrativa de indiferencia por los intereses ajenos que puede ser calificada de grosera... Ello así, pues al tratarse de botellas contenedoras de un líquido destinado a ser ingerido, debían extremarse los recaudos destinados a evitar defectos potencialmente nocivos para la salud de los consumidores. En este contexto, la ausencia de explicación racional alguna

por parte de la demandada, que se imponía ante la evidencia del producto defectuoso, equivalía en el caso a la adopción de una postura de indiferencia o desinterés por el derecho de los terceros consumidores o usuarios de los productos introducidos en el mercado. Esta indiferencia, sumada a la prueba terminante de que la actividad de la empresa en el proceso de elaboración y embotellamiento de la gaseosa contenía fallas... ameritan calificar la conducta de la demandada como de una "negligencia grosera, desaprensiva y culposa". (cfr. Nallar, Florencia "Procedencia y cuantificación de los daños punitivos", Publicado en: LA LEY 31/05/2012, 6 • LA LEY 2012-C, 432). Y aclaro aquí, que el proceso de embotellamiento encierra la colocación de la tapa y el dispositivo de seguridad escogido.

Es que, "...estando en juego la salud, la obligación de seguridad debe interpretarse de manera más que estricta y a raíz de esa "tolerancia cero" que proponemos, muchos de los incumplimientos deberán caracterizarse como negligencias graves, transformándose en un reproche subjetivo. Esto porque en ciertas actividades, "no hay margen para la falla"; el hecho de que un empresario decida incursionar en una industria determinada lo obliga a asumir esas obligaciones, entre las cuales está "la de no equivocarse"... Es que en determinadas actividades (como lo es sin dudas la provisión de alimentos y bebidas) la función que cumplen las empresas es de una importancia tal que su conducta debe ajustarse a un standard de responsabilidad agravada, distinta de la que le cabría a un simple proveedor de otro rubro. Su diligencia deberá ser apreciada, por lo tanto, sobre la base de la interpretación conjunta de los arts. 512, 902 y 909 del Código Civil y que puede resumirse en la expresión: "a mayor responsabilidad, mayor diligencia".

Por lo demás, hay obligaciones en las cuales el nivel de diligencia que debe exhibirse es mayor que en otras, sea por la entidad del bien jurídico protegido, sea por las personas intervinientes en el acto, etc. A contrario sensu, la apreciación del incumplimiento de dichos deberes se analizará con mayor estrictez.

Hoy en día, garantizar la seguridad en los alimentos y bebidas que se comercializan ocupa un lugar de privilegio entre las preocupaciones sociales. Correlativamente, el umbral de "benevolencia" con que deben ser apreciadas las fallas o incumplimientos se reduce dramáticamente (casi al punto de un nivel de "tolerancia cero" como antes decíamos).

En ciertas cuestiones no puede haber margen de error, pues si el mismo acaece, los daños que se producen pueden ser gravísimos..." (cfr. Chamatropulos, Demetrio Alejandro, "Daños punitivos sí, daños punitivos no...", • LA LEY 2012-C, 63).

5.1. Más allá de las críticas que pudieran efectuarse al sistema, en punto al beneficiario del daño punitivo, o de las preferencias personales acerca de un sistema diferente (por caso, el previsto en el anteproyecto de Código Civil y Comercial. Me remito a las consideraciones efectuadas, entre otros por Picasso

o el ya citado Brodsky), lo cierto es que estando al sistema legal vigente, en el contexto de autos, el daño punitivo es procedente.

Y en cuanto a su valuación, teniendo en consideración la reprochabilidad de la conducta, dado el contexto y la gravedad de los riesgos sociales derivados de tratarse de un producto alimenticio de consumo masivo, el posicionamiento de la demandada en el mercado, entiendo que el importe fijado por la magistrada, se encuentra dentro del amplio margen de discrecionalidad que la legislación atribuye a los magistrados, no presentándose, en modo alguno, como exorbitante, debiendo ser confirmado.

6. Por último, con relación al cuestionamiento de los intereses y la imposición de costas, entiendo que el agravio prosperará sólo con relación al primer punto. En efecto, dada la naturaleza no resarcitoria a la que he aludido, entiendo que la obligación de su pago, surge a partir de su imposición, por lo que recién, en el supuesto de no ser abonada en el plazo establecido para el cumplimiento de la sentencia, devengará intereses, los que en este caso, se calcularán a la tasa activa del Banco de la Provincia de Neuquén.

Con relación a las costas y tal como lo hemos referido en varias oportunidades, el razonamiento no puede ser simplemente aritmético, máxime cuanto se trata de rubros que están sujetos a la apreciación judicial.

Esta circunstancia, unida a la complejidad de la materia y a la divergencia de criterios existentes, determina que las costas de la primera instancia, por estos argumentos y por los expuestos por la magistrada deban ser soportados por la demandada. Las de la Alzada, se impondrán en el orden causado.

En cuanto a la apelación arancelaria deducida por el perito, entiendo que no puede prosperar. Más allá de que el monto al que alude no encuentra correlato en las constancias del expediente, reitero aquí que el reclamo –en punto a su cuantificación- estaba sometido a la consideración judicial. Más allá de ello, rige en el caso la regla de la proporcionalidad que debe mediar con los honorarios regulados a los restantes profesionales.

En definitiva y, conforme a las razones que he expuesto, he de disentir con la solución propuesta por mi colega, proponiendo al Acuerdo se confirme el pronunciamiento de grado, excepción hecha del tópico de los intereses. MI VOTO. Existiendo disidencia en los votos emitidos precedentemente, se integra Sala con el Dr. Marcelo MEDORI, quien manifiesta:

Que en reiterados pronunciamientos me he expedido señalando que en materia de daño punitivo impera un criterio restrictivo, que requiere la imputación subjetiva de haber incurrido en un obrar doloso o con culpa grave (“LEFIN MIRTA BEATRIZ C/ HUMBERTO LUCAIOLI S.A. S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO - SUMARISIMO”, (Expte. Nº 472930/2012 – Sent. 05.06.2014, entre otras) y he adherido al voto del Dr. Fernando Ghisini, en semejante línea interpretativa del art. 52 bis de la LDC, quien ha sostenido que “...al tratarse de una multa civil que tiene naturaleza netamente “sancionatoria” su interpretación debe ser restrictiva,

por lo que su aplicación solo resultará procedente -como ya lo adelantara- cuando concurren al menos dos requisitos: 1) incumplimiento legal o contractual y 2) dolo o culpa grave por parte del proveedor o prestador de los servicios que ocasionaron tales faltas". "Desde esta óptica, la aplicación del artículo 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor es de carácter excepcional, por lo que el simple "incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales para el consumidor", no autoriza su aplicación automática, sino que a la par de ello debe existir un grave reproche (dolo o culpa grave) sobre la conducta del prestador del servicio o proveedor, aún cuando la norma no lo mencione expresamente. De otro modo, al incluir a la multa por daño punitivo como un rubro indemnizatorio más, se correría el riesgo de propiciar un enriquecimiento ilícito a favor de la víctima, extremo no querido por el sistema de reparación de daños del derecho civil" ("SANTOME NORMA EDITH C/ BRENS S.A. Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL PARTICULARES", Expte. Nº 415912/10 - Sent. 24.04.2014, y "HUECKE KARINA ALEJANDRA C/ IMAGENES S.A. S/ SUMARISIMO LEY 2268", Expte. Nº 419105/10 - Sent. 09.04.2013).

Que a tenor de lo expuesto, habré de adherir al voto que como parte de sus argumentos cita el antecedente: "TEIJEIRO (O) TEIGEIRO LUIS MARIANO C/CERVECERÍA Y MALTERÍA QUILMES S.A.I.C.A. Y G – ABREVIADO – OTROS – RECURSO DE CASACIÓN (EXPTE. 1639507/36 - T 14/12)" de la Sala Civil y Comercial del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba que, ante un caso semejante en que fue hallado un cuerpo extraño en la botella que contenía una bebida gaseosa, y con prueba que se equipara a la desarrollada en los presentes, consideró acertada la hermenéutica legal en que el inferior se fundó para revocar la condena de daño punitivo, por ubicarse dentro del marco de las opiniones que admite el art. 52 bis de la LDC, luego de haber concretado el siguiente análisis del marco fáctico y jurídico, para concluir en el mismo sentido:

"a) En primer lugar, destacó que al daño punitivo no le eran aplicables las reglas del resarcimiento del perjuicio derivado del incumplimiento. Ello así, desde que en este supuesto -multa civil- el juzgador debe analizar seriamente las constancias de la causa antes de condenar por daños punitivos, no bastando la mera constatación del incumplimiento contractual (vide fs. 813 vta./814).-

"Precisó que para la imposición de la multa civil a que se refiere el art. 52 bis, L.D.C., "...no bastan como en aquel caso las circunstancias que autorizan a atribuir objetivamente la responsabilidad al proveedor por su calidad de tal, sino que es necesario que concorra un reproche subjetivo de gravedad tal que torne conveniente adoptar esa medida excepcional con el objeto de disuadir al dañador de la actitud que ha generado el ilícito, para evitar que continúe repitiéndose" (sic., fs. 814; el destacado me pertenece);

"b) Enfatizó que si bien conocía la existencia de doctrina que defiende la tesis según la cual bastaba -para la aplicación del instituto analizado- la responsabilidad objetiva del art. 40, L.D.C., reconociendo que la norma del

art. 52 bis únicamente menciona como presupuesto de procedencia de la multa civil el incumplimiento por el proveedor, de sus obligaciones legales o contractuales, también era cierto que la aplicación de esta multa no está prevista como una consecuencia necesaria de cualquier incumplimiento, como facultad del juez, que “podrá” aplicarla a pedido de parte (vide fs. 814/814 vta.).- En tal sentido, refirió que la redacción de la norma dejaba mucho que desear por su amplitud e imprecisión, no obstante lo cual entendiera claro que el legislador ha dejado librado totalmente al arbitrio judicial la apreciación en cada caso concreto de la procedencia o improcedencia de la sanción pecuniaria. Destacó que un prudente ejercicio de esa amplísima atribución no puede perder de vista la naturaleza y características que tiene este instituto en los ordenamientos jurídicos que le han servido de fuente, como así también la construcción que en nuestro país han realizado la doctrina y la jurisprudencia (vide fs. 814 vta.).- Citando jurisprudencia anglosajona y local, puso de resalto que para aplicar la multa en cuestión es preciso que el proveedor evidencie un menosprecio grave hacia los derechos individuales y de incidencia colectiva, una conducta particularmente grave, caracterizada por la presencia de dolo o, como mínimo, de una grosera negligencia por parte del profesional;

“c)Expresó, además, que lo más importante y dirimente era que la multa civil “... tiene un carácter esencialmente punitivo o sancionatorio [...] y, por tanto, esas sanciones no podrían jamás ser aplicadas en base a factores objetivos de atribución de responsabilidad sin violar los principios constitucionales de inocencia, del debido proceso y de la defensa en juicio (art. 18, C.N.) que rigen por igual en sus aspectos esenciales, aunque ciertamente con distinto grado e intensidad [...] sea que se trate de ‘penas` penales, administrativas o civiles” (sic., 815 vta.);

d) En función de esas razones, entendió que para la procedencia de los llamados daños punitivos, es necesario que concurren los siguientes requisitos: 1) el elemento subjetivo, que es más que la culpa o la debida diligencia; se trata de una conducta deliberada, culpa grave o dolo, negligencia grosera, temeraria, actuación cercana a la malicia; y 2) el elemento objetivo, esto es, una conducta que produzca un 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 (vide fs. 815 vta./816);

“e) Luego de fijar estas pautas teóricas, destacó que en el sublite, el solo hecho objetivo y comprobado de que la botella de Pepsi que adquiriera el actor tuviese un vicio que la hacía impropia para su destino y que la demandada no hubiera acreditado culpa ajena como eximente de su responsabilidad, no configuraban suficientes motivos para que se tornara aplicable la multa civil peticionada.-

“Al respecto precisó que la empresa demandada había demostrado que en el proceso de producción y embotellamiento de la bebida gaseosa en cuestión, adoptaba las medidas de precaución para preservar la higiene y calidad del producto que se requieren conforme los parámetros internacionales (vide fs. 816).-

“Luego señaló que el sistema de gestión de calidad, por avanzado y completo que sea, no es infalible, considerando que en el caso de marras no se configuraba lo que la doctrina denomina daño lucrativo, entendiéndolo por tal aquel que se produce por una omisión deliberada de ciertos cuidados o precauciones exigibles, con el propósito de abaratar costos o incrementar la ganancia (vide fs. 816/816 vta).-

“En relación a la falta de cuidado en la elaboración del mentado alimento, destacó que no surgía de la prueba ni había sido invocado por la parte actora, qué medida de precaución o control concreta podía adoptarse para optimizar el resultado (fs. 816);

“f) Explicitó, asimismo, que se trataba de un caso aislado, desde que de la prueba surgía que no era un defecto generalizado, ni reiterado en algún número significativo de casos, circunstancia esta que conducía a descartar otro de los elementos que caracterizan a este tipo de sanciones, cual es la finalidad de tutelar preventivamente el interés social (vide fs. 816 vta.);

“g) Por último, destacó que no existía ningún elemento de juicio que permitiera concluir que el defecto que contiene la botella tenga una real y efectiva potencialidad dañosa para la salud (vide fs. 816vta./817)...”.-

Que conforme los recaudos que se citan a los fines de la procedencia del daño punitivo, coincidiré con el Dr. Jorge D. Pasquarelli en su voto para que se revoque la condena por dicho rubro, con costas a cargo de la perdedora en ambas instancias (art. 68 del CPCyC).

Por ello esta Sala I, POR MAYORIA

RESUELVE:

1. Hacer lugar al recurso de apelación deducido a fs. 408/426 por la demandada y, en consecuencia, modificar la sentencia de fs. 398/405, rechazando la demanda en todas sus partes.
2. Imponer las costas de ambas instancias a la actora vencida (art. 68 del C.P.C. y C.).
3. Readecuar los honorarios de primera instancia (art. 279 del C.P.C. y C.): para el Dr., por su intervención en doble carácter por la demandada, en el 22,4%; para los Dres. ... y ..., patrocinantes de la actora, en un 7% en conjunto; para la Dra., letrada patrocinante de la actora desde fs. 332, en el 4,2% y para el perito ... en el 4% -incluidos los honorarios provisorios regulados el 02/07/15 (fs. 358)-, todos sobre la base del art. 20 de la ley 1594 que se determine en primera instancia (arts. 6, 7, 10, 11, 20, 39 de la ley 1594).

4. Regular los honorarios de los letrados intervinientes en la Alzada en el 30% de la suma que corresponda por la labor en la instancia de grado (art. 15, LA).
5. Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE-Jueza Dr. Jorge D. PASCUARELLI-Juez Dr. Marcelo MEDORI-Juez

Estefanía MARTIARENA-SECRETARIA