

C917/12 ESTEBAN NOELIA ESTEFANIA C/ CERVECERIA Y MALTERIA QUILMES S.A.I.C.A.G S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

Escrito: CASACIÓN CIVIL

ASACIÓN

En la ciudad de San Miguel de Tucumán, a 590/2019 Veinticinco (25) de Abril de dos mil diecinueve, reunidos los señores Vocales de la Excm. Corte Suprema de Justicia, de la Sala en lo Civil y Penal, integrada por los señores Vocales doctores Daniel Oscar Posse, Antonio D. Estofán y Daniel Leiva, bajo la Presidencia de su titular doctor Daniel Oscar Posse, para considerar y decidir sobre el recurso de casación interpuesto por la parte demandada en autos: "Esteban Noelia Estefanía vs. Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A.G. s/ Daños y perjuicios".

Establecido el orden de votación de la siguiente manera: doctores Antonio D. Estofán, Daniel Oscar Posse y Daniel Leiva, se procedió a la misma con el siguiente resultado:

El señor Vocal doctor Antonio D. Estofán, dijo:

I.- Viene a conocimiento y resolución de esta Corte Suprema de Justicia el recurso de casación deducido a fs. 819/836 por el apoderado de la demandada en autos, Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G. en contra de la Sentencia N° 388 dictada el 27/07/2017 por la Sala II° de la Excm. Cámara Civil y Comercial Común del Centro Judicial Capital (fs. 804/814).

En su parte pertinente, el pronunciamiento impugnado resolvió: "(...) I. DECLARAR desierto el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada a fs. 764. II. HACER LUGAR, parcialmente, al recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 760 y, en consecuencia, IMPONER a Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G. una multa civil por daño punitivo por la suma de \$500.000 a favor de la accionante, con más los intereses moratorios a tasa activa cartera general (prestamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, desde la fecha de esta sentencia hasta su efectivo pago. III. Revocar el punto VI de la sentencia apelada y, en su reemplazo, atendiendo al principio objetivo de la derrota y al de insignificancia del éxito obtenido, imponer las costas de ambas instancias a Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G. (arts. 713, 105, 107 y 108, CPCC). (...)" (fs. 813 vta./814).

II.1.- Entre los antecedentes relevantes del caso a los efectos de resolver el presente recurso de casación, se observa que, en autos, se presenta el letrado Fernando Matías Colombres, apoderado de la Sra. Noelia Estefanía Esteban (fs. 44/61) promoviendo demanda de daños y perjuicios en contra de Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G con domicilio en Planta Acherál, Ruta 38, km. 764, Provincia de Tucumán, por la suma de \$ 1.505.008 (Pesos un millón quinientos mil quinientos ocho) reservándose la facultad de aumentar o disminuir los montos de acuerdo a la probanzas del juicio y a lo que en más o en menos juzgue la setenciante.

Asegura que su pretensión se enmarca en una "relación de consumo", y funda la acción en los siguientes hechos: que entre los días 15 y 23 de diciembre del año 2009 (no recuerda la fecha exacta) la Sra. Noelia Esteban compró en un kiosco del barrio Smata 3, manzana D, Casa N° 27 de esta ciudad, una gaseosa de vidrio, de 1,25 Litros, de envase retornable, marca 7UP, con código de barra 7791813331384, que tiene grabada la sigla CH, el número 5 y en la parte superior de la tapa T9 301L2 17:11 P3 VENCE 25/07/10, con una leyenda que dice "Elaborado por Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. Planta Acherál: Ruta 38, km. 764, Tucumán". Sostiene que al llegar a su hogar cuando sacó la botella de la bolsa (en la cual la había transportado) para abrirla y posteriormente tomarla advirtió que en el fondo había una pila alcalina, marca Eveready, tipo AAA, color negro, motivo por el cual se comunicó con la empresa antes mencionada a los efectos de obtener alguna explicación, convencida de que iba a recibir disculpas y explicaciones de cómo pudo suceder algo tan grave. No obstante ello, afirma que unos empleados de la empresa se presentaron en su hogar con instrucciones de retirar la botella y cambiarla por otra ofreciéndole como resarcimiento 6 botellitas de 350 cc. de Pepsi, a lo que la Sra. Noelia Esteban se negó a recibir y decidió conservar la botella de 7UP. Agrega que en ese momento estaba embarazada de 2 meses de Benjamín Castillo.

Pone de resalto que la tapa de la botella no ha sido abierta, alterada ni manipulada (porque de lo contrario la arandela no estaría entera, ya que se corta al abrir) y que el "puente" y los "puntos de anclaje" (que están en la tapa en la parte superior) y las "aletas" (uniones entra la arandela y la tapa) están en la misma situación en que se encontraban cuando el producto fue adquirido.

Por lo expuesto considera la responsabilidad de la embotelladora, por fallas en los controles internos de calidad (sea higiene, bromatológicos y/o de calidad) al ser un envase retornable que es reutilizado una y otra vez, violando el Código Alimentario, la Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor y la Ley N° 25.156 de Defensa de la Competencia.

En relación a los rubros reclamados, en concepto de Daño Patrimonial reclama la suma de \$ 8,00 (Pesos Ocho) conforme el valor de mercado de la gaseosa (art. 10 bis, inc. C, Ley N° 24.240). Por Daño Moral reclama la suma de \$ 5.000 (Pesos Cinco Mil) teniendo en consideración que se trató de un evento desagradable, repugnante y

C917/12 ESTEBAN NOELIA ESTEFANIA C/ CERVECERIA Y MALTERIA QUILMES S.A.I.C.A.G S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

Escrito: CASACIÓN CIVIL

peligroso, el miedo que le produjo el haber notado la pila en el fondo de la botella y la posibilidad de haber sufrido de intoxicación tanto la madre como el hijo que llevaba en su vientre. Finalmente, en concepto de Daño Punitivo reclama la suma de \$ 1.500.000 (Pesos Un Millón Quinientos Mil) pues estima que la conducta de la demandada, su desprecio por la seguridad de los miembros de la sociedad, el incumplimiento de las obligaciones legales a su cargo y las monstruosas ganancias obtenidas a través de su ilícito actuar ponen en peligro la salud de los consumidores (art. 902 del C.C y art. 42 de C.N).

Ofrece pruebas, solicita beneficio para litigar sin gastos, indica el derecho en que se ampara y deja planteado el Caso Federal.

II.2.- Corrido traslado de la demanda, se presenta Cervecería y Maltería Quilmes S.A.C.I.A.G. por medio de su letrado apoderado Manuel Andreozzi (h) (fs.117/118) y opone excepción de prescripción de la acción indicando que conforme lo expresado por la actora en su escrito de demanda no consta la fecha exacta en que se produjo el supuesto hecho dañoso, ya que el actor no acredita fehacientemente mediante el ticket de compra que la misma se haya producido en fechas 15 y 23 de diciembre del año 2009. Alega que el producto que habría provocado los supuestos daños invocados por la actora, lo ha adquirido de un tercero, estando su parte excluida de la relación sustancial y por ende, la responsabilidad de su mandante devendría en extracontractual (art. 4039 C.C).

Solicita se cite como tercero al titular del kiosco sito en Barrio Smata, manzana D, casa 27, de esta ciudad, siendo que es solidariamente responsable en la pretensión del actor (art. 40, Ley N° 24.240).

Contestada a fs. 132/134 la excepción de prescripción liberatoria interpuesta por la demandada, expresando el apoderado de la Sra. Esteban que se encuentran ante una relación de consumo donde el plazo de la prescripción es de tres años conforme art. 50 LDC. Agrega, que no se acompañó ticket de compra de la bebida, debido a que en compras de bienes de escaso valor no se acostumbra pedir factura o ticket. Ofrece prueba testimonial. A fs. 135 queda el planteo de prescripción interpuesta por la demandada para resolver en definitiva.

Luego, el apoderado de Cervecería y Maltería Quilmes S.A.C.I.A.G. contesta demanda (fs. 144/147), negando todos y cada uno de los hechos expuestos por la parte actora y fija su posición, asegurando que su parte cumple acabadamente con las obligaciones legales sin dejar de hacer y efectuar todos los controles necesarios y exigidos por la norma. Que Cervecería y Maltería Quilmes no ha embotellado un producto con un elemento extraño y menos que luego del cerramiento se haya despreocupado del mismo. Agrega que se utiliza tecnología internacional de última generación para asegurar la calidad de los productos que introduce al mercado, disponiendo de las inversiones monetarias, de los medios materiales e inmateriales que evitan la ocurrencia de hechos como los debatidos en autos. Que no ha tenido jamás la intención de producir un daño, que no ha elaborado sus productos de tal manera que su conducta pueda dar lugar a una multa civil, que ha actuado de manera diligente y sin intención de dañar o prevalerse de cálculos matemáticos o de probabilidades de reclamos.

Finalmente, sostiene que la actora no ha sufrido daño o menoscabo alguno en su salud física, moral o en su patrimonio ni hubo víctimas a quien indemnizar, por lo que no hay basamento fáctico ni jurídico para aplicar la multa civil pretendida y menos los montos solicitados.

II.3.- A fs. 149/150 se resuelve citar como tercero al dueño del kiosco en donde la Sra. Esteban asegura haber adquirido el envase de bebida gaseosa defectuosa. Es así que se presenta Gustavo Enrique Holmquist (fs. 158/160), por medio de su letrado apoderado Hernán Eduardo Frías Silva (h) niega todos y cada uno de los dichos vertidos en la demanda y contestación que no tengan un expreso reconocimiento de su parte. Da su versión de los hechos: que con su hijo explota uno de los llamados "Almacenes de Barrio" y que a finales de diciembre de 2009, la semana previa a la navidad o año nuevo (recuerda que era época de fiestas) recibió la visita de la Sra. Noelia Esteban, que conoce por ser vecina del barrio, con una botella de 7UP cerrada, que él había vendido horas antes, que contenía una pila en su interior. Ante esa situación, le explicó que él no tenía responsabilidad en el hecho pero si ella quería podía devolver la botella, y él veía de cambiarla, con lo cual la Sra. Noelia manifestó que ella se comunicaría directamente con los de la embotelladora Quilmes.

Asegura que no tuvo ninguna responsabilidad en la introducción de la pila en la botella de gaseosa ni en su puesta en comercialización. Funda su derecho en el art. 52 bis, Ley N° 24.240.

II.4.- A fs. 163 se abre la presente causa a pruebas; habiendo ofrecido la parte actora las siguientes: 1) N° 1 Instrumental -constancias de autos- (obrante fs. 171/179), acta de audiencia en la cual consta que se extraen fotografías de la botella de 7UP cerrada para su posterior certificación, producida (fs. 178); 2) N° 2 Exhibición de Documentos (obrante fs. 180/206), se opone la parte demandada (fs. 182), contesta la oposición la actora (fs. 188/206), se resuelve (fs. 190/191); 3) N° 3 Instrumental en poder de terceros (obrante fs. 207/263) exhorto al Juzgado Civil y Comercial Común de la provincia de Córdoba, producida (fs. 218/261); 4) N° 4 Pericial Ingeniería Industrial -acumulada a la prueba N° 2 del demandado- la demandada se adhiere, propone nuevos puntos e impugna (fs. 341/342), la actora contesta impugnación (fs.347), se resuelve (fs. 349/350), la demandada solicita acumulación de los cuadernos de pruebas periciales A-4 y D2 a fs. 361; 5) N° 5 Confesional (obrante fs. 264/284),

C917/12 ESTEBAN NOELIA ESTEFANIA C/ CERVECERIA Y MALTERIA QUILMES S.A.I.C.A.G S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

Escrito: CASACIÓN CIVIL

no producida; 6) N° 6 Informativa (obrante fs. 285/309) -oficio a la Facultad de Bioquímica, Química y Farmacia de la Universidad Nacional de Tucumán- producida (fs. 292), la demanda impugna informe (fs. 298), contesta la impugnación (fs. 305), la demandada impugna la contestación del informe (fs. 308), mediante proveído de fs. 309 se ordena reservar su tratamiento para definitiva; 7) N° 7 Pericial Química (fs. 310/319) desiste de la prueba (fs. 315).

Por su parte, la demandada ofreció: 1) N° 1 Instrumental -constancias de autos- (obrante fs. 320/323); 2) N° 2 - Pericial Ingeniería Industrial- tramita conjuntamente con la prueba N° 4 del actor -perito Segundo José Soria- producida a fs. 431/454 y 527/609, la actora solicita ampliación de pericia (fs. 624), el perito formula aclaraciones (fs. 635/665); 3) N° 3 -Informativa- Ley N° 22.172 (obrante fs. 670/696) producida a fs. 680/681 y fs. 687/688; 4) N° 4 - Testimonial- (obrante fs. 697/715), producida a fs. 709/715.

Puestos los autos para alegar, la parte actora presenta a fs. 725/727, la demandada Cervecería y Maltería Quilmes a fs. 729/733 y el Sr. Gustavo Enrique Holmquist a fs. 735.

Mediante sentencia de fecha 31/03/2016 (fs. 748/756), la Sra. Jueza en lo Civil y Comercial Común de la III° Nominación, resolvió: "I.- NO HACER LUGAR a la excepción de prescripción opuesta por la demandada, conforme lo considerado. II.- NO HACER LUGAR a la impugnación a la prueba informativa promovida por la demandada, conforme lo considerado. III.- NO HACER LUGAR a la TACHA de los testigos Sergio Román Pérez; Aníbal Zalazar y Norma Angélica Andrade, formuladas por la actora. IV.- HACER LUGAR PARCIALMENTE a la demanda promovida por la señora Noelia Estefanía Esteban (...), contra de Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A y G con domicilio en Planta Acherál, Ruta 38, km. 764, Provincia de Tucumán. En consecuencia CONDENO a Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A y G a pagar a la actora la suma de pesos ocho (\$ 8.-) con más los intereses que resulten de aplicar la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina desde la fecha del hecho (15/12/2009) hasta el efectivo pago. V.- EXIMIR de responsabilidad al señor Gustavo Enrique Holmquist, (...) conforme lo considerado. VI.- IMPONER LAS COSTAS de la siguiente manera: por el daño punitivo rechazado, las impongo por su orden, conforme lo considerado. Las costas por el daño moral rechazado y el daño patrimonial precedente, se imponen de conformidad a lo dispuesto en el art. 108 del C.P.C.C.T. por ser ley expresa, imponiéndose a la demandada por el rubro que prospera y a la actora por el que no prosperó, conforme lo considerado. (...)."

II.5.- Disconforme con lo resuelto por la Jueza de primera instancia, apelan la parte actora (fs. 760) y demandada (fs. 764). Elevados los autos a la Cámara Civil y Comercial Común, interviene la Sala II, en donde el apoderado de la parte actora expresando los agravios pertinentes (fs. 774/781), siendo contestados los mismos por el representante legal de la demandada Cervecería & Maltería Quilmes S.A.I.C.A.G. a fs. 786/793, no haciéndolo el tercero citado, conforme nota actuarial de fs. 797.

En lo que respecta al recurso de apelación interpuesto por la demandada, la misma no expresó agravios (fs. 799), pasando los autos a despacho para sentencia de Cámara.

II.6.- Mediante Sentencia N° 388 del 27 de julio de 2017, la Sala II de la Cámara Civil y Comercial Común resolvió declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada. Asimismo, en relación al recurso de apelación interpuesto por la actora, hizo lugar parcialmente al mismo, y -en consecuencia- impuso a Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G. una multa civil por daño punitivo por la suma de \$500.000 a favor de la accionante, con más los intereses moratorios a tasa activa (BNA), desde la fecha de la sentencia hasta su efectivo pago, e imponiendo las costas de ambas instancias a Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G..

III.- El apoderado de la recurrente Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G. en su escrito casatorio, luego de justificar el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad de la vía tentada y efectuar una reseña de lo acontecido en las diferentes instancias del presente proceso, asegura que "La sentencia recurrida es arbitraria porque contiene una fundamentación y una resolución que incurren en flagrante infracción a normas de derecho aplicable, sustantivas y procesales, otorgando a la cuestión gravedad institucional relevante." para seguidamente expresar que "Se trata de un pronunciamiento arbitrario, carente de motivación suficiente, que termina siendo fruto exclusivo de la voluntad del juzgador, disociada del marco normativo y de la prueba rendida en autos. La sentencia evidencia: a) Una errónea valoración y aplicación al caso concreto del marco normativo aplicable, en particular la figura de los daños punitivos (art.52 bis, ley 24.240). b) Una ponderación equivocada de la plataforma fáctica en derredor de la cual se edifica el razonamiento jurídico. La sentencia prescinde de prueba esencial dirimente (en particular, el dictamen pericial supra referenciado), cuya recta ponderación conducía a resultados totalmente distintos a los que arriba (en particular, la prueba pericial técnica) y termina basándose en conjeturas, prejuicios y perceptibles desenfoques jurídicos, que sólo tienen sustento en la particular subjetividad del juzgador. c) Grave auto contradicción a la hora de aplicar la figura de los daños punitivos d) Carece de toda fundamentación y motivación suficiente tanto en los argumentos que se invocan para determinar la procedencia de los daños punitivos, como para su cuantificación. Con relación a esto último, el fallo es gravemente inmotivado pues fija un monto de condena sin formular ninguna consideración que permita calibrar el porqué del monto de la sanción, o lo que es igual cuáles han

C917/12 ESTEBAN NOELIA ESTEFANIA C/ CERVECERIA Y MALTERIA QUILMES S.A.I.C.A.G S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

Escrito: CASACIÓN CIVIL

sido los aspectos cualitativos y cuantitativos tenidos en cuenta a la hora de graduar la sanción.” (fs. 821/821 vta.).

III.1.- En lo atinente a los agravios que la sentencia le causa, el apoderado de la empresa recurrente plantea como primer agravio, al cual lo desmenuza en diversos puntos, los que –de corresponder– serán expuestos y tratados oportunamente (punto IV.1.):

- 1) La existencia de una arbitraria aplicación de los daños punitivos, no encontrándose reunidos los requisitos para la procedencia del instituto.
- 2) La sentencia recurrida se edifica en hechos no probados y en una tergiversación de las reglas que rigen la carga de la prueba.
- 3) Ausencia de un requisito indispensable para la procedencia de daños punitivos: daño resarcible.
- 4) Ausencia de elemento subjetivo idóneo para tornar procedente la aplicación de daños punitivos.
- 5) El antojadizo estándar de “tolerancia cero” y su incompatibilidad con el factor subjetivo calificado que requieren los daños punitivos.
- 6) El fallo prescinde de prueba esencial y se sustenta en conjeturas y preconcepciones.
- 7) La falacia de los objetivos perseguidos que se declaran en el fallo.

III.2.- Como segundo agravio, el apoderado de Cervecería y Maltería Quilmes se queja del monto que se ha mandado a pagar en concepto de daños punitivos, es decir la cuantía de la pena impuesta a su representado.

Asegura el recurrente que “No hay una sola palabra en el fallo que permita inferir porqué se ha fijado el monto de condena por daños punitivos en pesos quinientos mil (\$500.000) y no otro.”, para seguidamente preguntarse “¿porqué 500.000 y una suma distinta? ¿Porqué \$500.000 y no 200.000 o 600.000?”, para concluir sosteniendo que “el fallo es una incógnita también en este punto”, lo que violenta la garantía de debido proceso, la defensa en juicio y el derecho de propiedad (arts. 14, 17, 19, 22, 28, 33 y conc. de la Constitución Nacional).

Finalmente sostiene que la figura de los daños punitivos ha tenido y tiene en todos los países que los receptan un carácter estricto, muy excepcional, reservado para supuestos de graves inconductas y que se aplica a quienes inequívocamente son merecedores de semejante sanción. Y que “Aun sus partidarios más fervorosos no vacilan en proclamar dicho carácter excepcional y restrictivo. Aplicar daños punitivos a quien ha adoptado todas las medidas que hoy, aquí y ahora, son apropiadas, en base inclusive a estándares internacionales, para evitar situaciones de dañosidad, por el mero hecho de que se produzca una (supuesta) irregularidad en una unidad aislada, dentro de una producción anual de más de 900 millones de botellas, estadísticamente previsible e inevitable, es cuanto menos una tergiversación grotesca de la figura.”, asumiendo lo dicho mayor relieve “cuando no se han producido daños efectivos en la salud del actor que pretende beneficiarse con su aplicación, o perjuicios de otra índole de relevancia.”, remarcando que la pretensión por daño moral fue rechazada en ambas instancias al reputarse inexistente.

En idéntica sintonía crítica considera el casacionista que “Se desnaturalizará una figura como el daño punitivo que bien aplicada, con criterio estricto y restrictivo, puede ser de gran utilidad, haciéndola caer en el descrédito y llevando a muchos de quienes la han defendido antes de su recepción normativa, a repensar muchas de sus predicadas bondades. De allí a la inconstitucionalidad de la norma hay un paso muy pequeño. Es tarea de los jueces poner un manto de sensatez y realismo a la hora de su recepción. El valor del precedente será relevante en tal sentido.”.

Concluye proponiendo un “correcto encuadre jurídico de la pretensión”, solicitando se haga lugar al recurso de casación, se case y anule el pronunciamiento recurrido, rechazando la demanda incoada contra su representada. Hace expresa reserva del Caso Federal.

Corrido el traslado previsto en el art. 751, último párrafo del CPCCT (fs. 839), contesta agravios la parte actora a fs. 840/849, solicitando su rechazo, y en consecuencia la confirmación de la sentencia hoy puesta en crisis.

El recurso es declarado admisible por Sentencia N° 499 del 07/09/2017 (fs. 852) del mencionado tribunal de alzada, por considerar que se encuentran satisfechos los recaudos de admisibilidad impuestos por el art. 751 del CPCCT, elevándose en consecuencia los autos a esta Corte Suprema para su conocimiento y resolución.

IV.- En el marco del re-análisis de admisibilidad del recurso en lo que fuera materia de concesión por parte de la Cámara, se constata que su interposición fue efectivizada dentro de los cinco días de notificada la sentencia que se impugna (art. 751 CPCCT), se dirige en contra de un pronunciamiento definitivo (art. 748 CPCCT), se funda en la infracción de normas de derecho y en el vicio de arbitrariedad de sentencia (art. 750 CPCCT), habiéndose dado cumplimiento con el depósito de ley a fs. 818 (art. 752 CPCCT).

En mérito a lo expuesto, considero que el recurso en examen resulta admisible y, siendo ello así, queda habilitada la competencia de esta Corte Suprema para ingresar al análisis de procedencia de los agravios.

IV.- Entrando a examinar los dos agravios propuestos por la demandada en los que se denuncia la arbitraria aplicación de los daños punitivos y la deficiente e infundada cuantificación del monto a pagar por tal concepto, considero que el recurso debe ser rechazado, en base a los argumentos que se exponen a continuación:

C917/12 ESTEBAN NOELIA ESTEFANIA C/ CERVECERIA Y MALTERIA QUILMES S.A.I.C.A.G S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

Escrito: CASACIÓN CIVIL

IV.1.- Arbitrariedad de sentencia por receptor los daños punitivos sin encontrarse reunidos los requisitos para la procedencia del mismo (particularmente la existencia de un daño individual o colectivo y la presencia del elemento subjetivo: dolo o culpa grave), y edificándose en hechos no probados y en una tergiversación de las reglas que rigen la carga de la prueba.

1) En primer lugar, el apoderado de Cervecería y Maltería Quilmes sostiene la existencia de una arbitraria aplicación de los daños punitivos, no encontrándose reunidos los requisitos para la procedencia del instituto.

Asegura que la sentencia recurrida resuelve aplicar daños punitivos de manera absolutamente arbitraria, edificando su razonamiento “en base a un desenfoque evidente en la interpretación del art. 52 bis de la ley 24.240 y a meras conjeturas, plagadas de subjetivismo, sin tener en cuenta la prueba rendida en autos, en particular el dictamen pericial, al tiempo que incurre en perceptible auto contradicción.”

En similar línea crítica, continua expresando que el voto preopinante del Vocal, Dr. Benjamín Moisés –al cual adhirió las restantes Vocales- sostuvo acertadamente que “(i) Para que proceda daño punitivo es preciso una grave inconducta del agente, que requiere necesariamente de la causación de un daño patrimonial o moral, individual o colectivo. (...) (ii) Los daños punitivos sólo proceden cuando hay dolo o culpa grave en la conducta del agente. No hay daños punitivos en casos de culpa leve, ni menos aún en supuestos de responsabilidad objetiva. (...) Sin embargo, la Excm. Cámara, a la hora de ponderar la realidad fáctica y normativa del caso concreto, ha concluido mandando a pagar daños punitivos pese a no estar configurados NINGUNO de los requisitos que mencionados anteriormente, lo cual torna arbitraria la sentencia y motiva concreto agravio.”

Sobre el punto, concluye sosteniendo el recurrente que para incurrir en ese proceder arbitrario, el Tribunal a quo ha prescindido no sólo de los requisitos de la figura antes enunciados, “sino también de la prueba relevante y dirimente rendida en autos, sustituyéndola en aspectos relevantes por meras conjeturas que terminan gestando una sanción arbitraria, entendida en el sentido con que la Corte Suprema ha conceptuado a dicha figura: una sentencia que es fruto de la voluntad del juzgador, disociada de la realidad fáctica y normativa del proceso.” (fs. 823).

2) La sentencia recurrida se edifica en hechos no probados y en una tergiversación de las reglas que rigen la carga de la prueba.

Destaca en primer lugar que la botella de bebida gaseosa Seven Up de 1.25 litros nunca fue peritada, no encontrándose controvertido que en el interior de la misma había una pila, pero ignorando “(...) si ella estuvo allí porque hubo una deficiencia de seguridad aislada e individual, como lo sostuvo la actora, o si por el contrario, la botella salió bien de planta y pudo haber sido adulterada ulteriormente.”

Asegura el apoderado de Cervecería y Maltería Quilmes que al contestar la demanda su representada negó expresamente que la pila hubiera sido introducida en el ámbito de su incumbencia, por un lado, y que la botella no hubiera sido objeto de adulteraciones después de haber salido de planta. No obstante ello, en el fallo, la Cámara –no obstante las categóricas conclusiones periciales respecto del proceso de envasado- consideró que fue la demandada la que no probó que la gaseosa Seven Up haya sido adulterada, abierta o violada de cualquier modo, ni por la actora, ni por un tercero. Y aun cuando se tratare de un acto de sabotaje, lo cual tampoco ha sido probado, el criterio de «tolerancia cero», fundado en la particular diligencia que debe exigir a proveedores de productos alimenticios o medicinales destinados a consumo humano, hace que tal acto no borre el reproche de la conducta hacia Cervecería y Maltería Quilmes, que por los intereses en juego debe extremar su diligencia para evitar poner en riesgo la vida de los consumidores.

A partir de lo anterior, considera el recurrente que el Tribunal de modo arbitrario establece la responsabilidad de la empresa demandada, “alterando inclusive todas las reglas más elementales que hacen a la distribución de la carga de la prueba (que se aplican también en materia de defensa del consumidor): el actor debe probar los extremos que hacen constitución de su pretensión y el demandado los hechos impeditivos o extintivos.”. Es decir, la carga de la prueba de dicho extremo constitutivo de la pretensión jurídica invocada por la parte actora, pesaba sobre ella, por aplicación de los principios que rigen dicha institución. No obstante ello, asegura el recurrente que la parte actora no produjo ninguna prueba al respecto, resultando ello sugestivo, pues se trataba de una prueba relativamente sencilla, “pues la botella aportada por la propia accionante estuvo durante todo el juicio (y lo sigue estando hoy) reservada en el Tribunal. Habría bastado con una prueba pericial técnica para dilucidar si la botella fue o no adulterada, abierta o manipulada y cuál era el estado en que se encontraba en ese estado cuando fue presentada al Tribunal.”, y ello resultaba de una importancia trascendental, ya que “si la botella hubiese sido adulterada, abierta o manipulada, la pretensión de la actora se haría añicos quedaría hundida en la nada más profunda.” (fs. 823 vta.).

Finalmente, el apoderado de la demandada asegura una vez más que la sentencia deviene arbitraria, al dar el Tribunal por sentado que era la demandada quien debía probar un extremo constitutivo de la pretensión de la actora, resultando ello distorsivo del equilibrio procesal.

3) Ausencia de un requisito indispensable para la procedencia de daños punitivos: daño resarcible.

Sobre el punto, se agravia el apoderado de Cervecería y Maltería Quilmes por la condena arbitraria a pagar daños

C917/12 ESTEBAN NOELIA ESTEFANIA C/ CERVECERIA Y MALTERIA QUILMES S.A.I.C.A.G S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

Escrito: CASACIÓN CIVIL

punitivos, no obstante la carencia en el caso de autos de uno de los requisitos indispensables para la procedencia de la figura: la producción de un daño individual o colectivo, destacando que la propia sentencia de Cámara ha confirmado el rechazo del rubro daño moral por considerarlo inexistente. Estima que “No hubo daño alguno en su persona, ni en sus bienes; no ha habido terceros damnificados directos o indirectos; tampoco ha habido un daño real, cierto (y no puramente eventual o hipotético) que derive de la lesión a intereses individuales o difusos, patrimoniales o extrapatrimoniales.”.

Concluye sosteniendo que “Se termina aplicando daños punitivos, pese a no haber daño real y cierto –no conjetural o hipotético- sino «posibilidad» de daño. Esto no es suficiente para aplicar daños punitivos. No se diga para rebatir el agravio que el daño está dado por el valor de condena de ocho pesos más intereses, correspondiente al precio de una botella de seven up. De ser ello así, el daño sería insignificante e inidóneo para descargar una consecuencia tan ferozmente desproporcionada, por sus efectos actuales y futuros como las que se ha dispuesto sobre mi representada.”, con cita doctrinaria que estima aplicable al caso.

4) Ausencia de elemento subjetivo idóneo para tornar procedente la aplicación de daños punitivos.

De manera destacada se agravia el casacionista de la condena por daños punitivos en su contra sin que esté probada la existencia de culpa grave o dolo de la empresa que representa. Considera que la aplicación del instituto es realizado por la Cámara en base a un estándar que no es propio de un régimen de reprochabilidad subjetiva sino objetiva.

Estima que el razonamiento sentencial resulta contradictorio pues primeramente sostiene que para la procedencia de daños punitivos se requiere la presencia de un elemento subjetivo, debiendo la conducta del proveedor ser “indignante”, “recalcitrante”, “desaprensiva” o “antisocial” y que no cualquier acto ilícito puede generar la aplicación de punitive damages, sino que se requiere una particular subjetividad en la conducta del dañador que va más allá de la mera negligencia, pero posteriormente “a la hora de aplicar daños punitivos a mi representada, arbitrariamente el Tribunal vuelve sobre su razonamiento y de la mano de una singular construcción, que prescinde de relevante prueba rendida en autos (en especial, prueba pericial técnica) y se asienta en la pura voluntad del juzgador edificada en derredor de mera conjeturas, termina aplicando daños punitivos de la mano de un estándar similar al que emergería de una responsabilidad objetiva o de una culpa levisima (donde la más mínima falla daría lugar a esta sanción). (...)”, resultando ello absolutamente arbitrario.

Finalmente, refiere que “Lo dicho asume mayor relieve si se pondera la prueba rendida en autos, particularmente la pericia técnica, que muestra todo lo contrario a lo que en base a prejuicios y conjeturas declama el fallo: que la empresa demandada tiene una planta de embotellamiento de sus productos de altísima calidad, con tecnología de primer nivel, adecuada a estándares internacionales; que embaza millones de botellas por año; y que los niveles de siniestralidad son bajísimos. Niveles de siniestralidad (por riesgos o deficiencias previsibles y estadísticamente inevitables) que a lo sumo pueden comprometer responsabilidad civil objetiva pero nunca daños punitivos en la forma y modo como se los ha aplicado.” (fs. 826 vta.).

5) El antojadizo estándar de “tolerancia cero” y su incompatibilidad con el factor subjetivo calificado que requieren los daños punitivos.

Refiere el recurrente que el fallo puesto hoy en crisis sostiene “un criterio de ‘tolerancia cero’ al parecer inspirado en el pensamiento de Chamatrópulos. Este autor sostiene una tesis que, tal como está formulada y más allá de lo que se declame, lleva a aplicar daños punitivos en base a estándares muy alejados de la culpa grave y el dolo; más aún de una culpa levisima, pues si la tolerancia es cero, el sujeto responde cualquiera haya sido el grado de diligencia puesto para impedir el daño. Esto, aquí y en todas partes, se llama responsabilidad objetiva. Si no es posible enervar una responsabilidad presunta probando el obrar diligente, más aún el obrar diligentísimo, es porque esa presunción es objetiva.”, para luego estimar que “Esto es lo que se dicho y hecho en este fallo. Los daños punitivos se han aplicado en base a conjeturas y a una elaboración interpretativa sin precedentes, alejada de todo parámetro de razonabilidad, que desnaturaliza la figura de los daños punitivos y la erige en un instrumento que inclusive dejaría de ser útil para prevenir daños (...)”.

Luego, asegura que los daños punitivos sólo han sido pensados para conductas “indignantes”, “recalcitrantes”, “desaprensivas” o “anti-sociales” (y no para cualquier tipo de falta), por lo que el estándar de tolerancia cero, cualquiera sea el área en que se preconice, no tiene sustento, es absolutamente ajeno a la esencia y tradición de la figura, y sólo se respalda en la interpretación absolutamente solitaria de un autor. En concreto puntualiza que “La ‘tolerancia cero’ en el mejor de los casos, sólo puede predicarse respecto de la determinación de existencia de faltas. En lo que en el fallo se denomina ‘elemento objetivo’ de los daños punitivos. Estaría, en el mejor de los casos, en el plano de la antijuridicidad. Revelaría, si se quiere, una falta que se la tendría por configurada objetivamente como tal (antijuridicidad objetiva) por mínima que sea. Pero de ella no puede inferirse el elemento subjetivo. Éste transita por el dolo, la culpa grave, el abuso de posición dominante, como el propio tribunal lo ha reconocido. Por tal motivo, aunque la tolerancia sea cero (porque la antijuridicidad se determina con un juicio

C917/12 ESTEBAN NOELIA ESTEFANIA C/ CERVECERIA Y MALTERIA QUILMES S.A.I.C.A.G S/ DAÑOS Y PERJUICIOS**Escrito: CASACIÓN CIVIL**

riguroso que no admite matizaciones) habrá que ponderar siempre el elemento subjetivo que el propio tribunal ha puesto de relieve. Habrá que ponderar, caso por caso, si junto a esa antijuridicidad objetiva afinada por la mentada tolerancia cero que se invoca, está presente el dolo o la culpa grave del agente. De lo contrario, todo termina reducido al elemento objetivo de los daños punitivos que el Tribunal proclama. Todo termina dando lugar a la aplicación de daños punitivos; sin que importe la mayor o menor diligencia del agente; las medias de prevención adoptadas; si se trata de daños derivados de defectos de fabricación o de diseño. Todo es igual. Todo lleva a aplicar daños punitivos." (fs. 827 vta.).

A partir de ello, concluye expresando que "Un razonamiento semejante, , que es el que fluye indudablemente del fallo en crisis, constituye un verdadero despropósito, distorsivo de la esencia de la figura, fruto de un desajuste conceptual evidente, que se potencia cuando se prescinde de la prueba rendida en autos (en particular, la pericia técnica) y se la sustituye por conjeturas que transitan por la subjetividad del juzgador." y que "Los daños punitivos requieren para su aplicación no solamente de la presencia de una conducta antijurídica, incluso ponderada con rigor (con tolerancia cero, para usar la terminología del fallo). Si esta se produce, habrá que ponderar además si hubo dolo directo, indirecto o eventual o culpa grave en la conducta del agente. Si no la hubo, no pueden aplicarse daños punitivos como arbitrariamente lo ha hecho la sentencia recurrida, todo lo cual motiva concreto agravio."

6) El fallo prescinde de prueba esencial y se sustenta en conjeturas y preconceptos.

Asegura el casacionista que el razonamiento sentencial se apoya en preconceptos y conjeturas, tales como afirmar que la conducta de la demandada es "reiterada", "reincidente" y "hasta cierto punto recalcitrante", lo cual luce dissociado de la prueba rendida en autos, en particular el dictamen pericial técnico.

Considera que el Tribunal se vale de las causas "Tejeiro", "Colazo" y de la declaración testimonial de Gustavo Enrique Holmquist (el kiosquero que vendió la botella de Seven Up a la actora) para "descubrir" el elemento subjetivo y "de la mano del falaz argumento de la tolerancia cero, aplica daños punitivos", prescindiendo por completo de la prueba pericial técnica, la cual constituye una prueba categórica, a cargo de un perito oficial, profesional experto, absolutamente soslayada por la Sala sentenciante.

En relación al dictamen pericial técnico, pone de resalto que "(...) ningún cuestionamiento o descalificación se ha formulado a la pericia técnica oficial realizada por el Ing. Industrial Segundo José Soria. No hay motivos serios que permitan apartarse de ella, al menos sin una fundamentación suficiente por parte del Tribunal que en este caso no se ha producido.", para luego concluir que "el fallo se edifica sobre prejuicios, suposiciones y conjeturas sin basamento objetivo alguno, desmentidas por la propia prueba rendida en autos y alejadas de las reglas básicas y elementales que rigen la figura de los daños punitivos. Por eso estamos ante una sentencia arbitraria en el sentido más puro en que la Corte Suprema de Justicia de la Nación: producto de la voluntad del juzgador dissociada del marco normativo aplicable y de la prueba rendida en la causa."

7) La falacia de los objetivos perseguidos que se declaran en el fallo.

Asimismo, el recurrente considera falaz el argumento de la "prevención de daños futuros" utilizado por la Cámara para justificar la procedencia de los daños punitivos, ya que "ninguna prevención puede alcanzarse en base a parámetros como los fijados por V.E., que son extraños a la naturaleza, ámbito de aplicación y finalidad de la figura."

Continuando con tal línea de razonamiento, considera que aún en la hipótesis que fuere cierto que la botella en cuestión estuviese cerrada, inalterada y con el producto extraño en su interior, ello no justificaría la procedencia de los daños punitivos al productor pues "(...) en el mejor de los casos se trataría de una falla de producto y no de diseño o de información. Una falla individual, aislada, estadísticamente previsible e inevitable, aun en los procesos de producción seriada de bienes mayor tecnología y seguridad, que engloba en su seno, inclusive, la hipótesis del descuido de algún operario cuando ella sea posible o peor aún, el sabotaje industrial."

Luego, realiza una diferenciación conceptual entre daños causados por productos defectuosos por vicios de fabricación, por vicios de diseño y por vicios de comercialización (denominados también "defectos en las instrucciones o información"). Sostiene que "está fuera de duda que en cualquiera de los tres supuestos, si el consumidor o un tercero sufre daños y perjuicios, los mismos deben ser reparados por aplicación de las reglas generales (art. 40, ley 24.240, arts. 1757 y 1758 Cód.Civ.Com. y normativa concordante). Se trataría, en tal caso, de un supuesto de responsabilidad civil.", pero que "la situación es radicalmente distinta tratándose de daños punitivos. Los mismos no pueden, en principio, ser aplicados en casos de defectos de fabricación, que como se ha dicho, afectan a alguna unidad aisladamente dentro de una producción seriada por lo demás adecuada y regular, y que se presentan como un riesgo estadísticamente previsible 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—", concluyendo que Cervecería y Maltería Quilmes ha probado mediante prueba pericial técnica concluyente disponer y utilizar la mejor y mas moderna tecnología mundial, con elevados estándares internacionales de calidad; una metodología de trabajo inobjetable: higiene absoluta; automatizado de sus plantas; severos

C917/12 ESTEBAN NOELIA ESTEFANIA C/ CERVECERIA Y MALTERIA QUILMES S.A.I.C.A.G S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

Escrito: CASACIÓN CIVIL

controles externos e internos, etc., adecuando su conducta a los estándares de diligencia esperables a una empresa de su envergadura, y satisfaciendo largamente –y superando- las exigencias no solo internas sino también internacionales.

No obstante el denodado esfuerzo crítico del recurrente, no logra desvirtuar la postura asumida por el Tribunal a quo, el cual a partir de la existencia de un elemento altamente tóxico dentro de una botella inalterada de bebida gaseosa elaborada por la demandada, y tomando en consideración la prueba de autos (particularmente el informe de la Comisión de Bioseguridad de la Facultad de Bioquímica, Química y Farmacia de la Universidad Nacional de Tucumán de fs. 292/vta.) resolvió la procedencia de la multa civil establecida en el art. 52 de la Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor, a efectos del logro de la finalidad ejemplificadora del instituto de los daños punitivos.

Corresponde inicialmente señalar que en autos no se encuentra controvertida la existencia de una relación de consumo entre la actora, Sra. Estefanía Noelia Esteban (consumidora) y la demandada, Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A.G. (proveedor), a partir de la adquisición por parte de la primera de una botella de bebida gaseosa de Seven Up para su consumo personal (destino final).

En consecuencia, resulta de aplicación todo el régimen protectorio de consumo, es decir los artículos 42, 43 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional; la Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor; el Código Civil y Comercial de la Nación, que incorporó expresamente derechos mínimos de los consumidores que no pueden ser vulnerados (artículos 7, y 1092 a 1121 principalmente), otras leyes nacionales y provinciales en la materia, debiendo destacarse que el derecho del consumidor ostenta jerarquía constitucional, en virtud del artículo 42 CN, y es de orden público, tal como expresamente lo consagra la Ley N° 24.240 en su artículo 65.

A partir de lo anterior, el caso de autos debe ser analizado a la luz de este marco normativo que resguarda y tutela los derechos del consumidor.

En esa inteligencia podemos asegurar que la embotelladora tenía para con la actora y todos los consumidores en general un deber de seguridad, expresamente consagrada legalmente en los artículo 5 y 6 de Ley de Defensa del Consumidor, como también constitucionalmente en el artículo 42 de la Constitución Nacional. El artículo 5 establece: "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.". Ese "deber de seguridad" se cumplimenta en el caso de bebidas gaseosas en que el producto ofertado sea elaborado y llegue al consumidor en perfectas condiciones, con plena aptitud para su consumo y con un envasado que cumplimente con "todas" las normas de seguridad, imposibilitando que tanto durante la etapa de elaboración, como en el transporte y comercialización, el producto pueda ser objeto de intervención por parte de terceros, aquello que las propias empresas del rubro denominan boicots interno (de empleados desleales) o externo (de terceros en general, en busca de desprestigiar al producto, o incluso de "aventureros", "cazadores de daños punitivos" o "pretensos ganadores de la lotería de los daños punitivos", denominaciones éstas empleadas por los apoderados de las empresas demandadas o incluso algunos doctrinarios para referirse a los consumidores demandantes).

A diferencia de lo que sucede con muchos productos de consumo humano (alimentos, bebidas, medicamentos, etc.) en donde el continente (envase primario y/o secundario) resultan inviolables, en el caso de las bebidas gaseosas o cervezas envasadas en botellas (sean plásticas o de vidrio) el mismo resulta vulnerable: las tapas (plásticas o metálicas) pueden ser manipuladas sin dejar rastros ("hackeadas"), siendo tal vulnerabilidad aceptada y reconocida por la empresa demandada, no tomando las medidas adecuadas para modificar el sistema de envasado, anulando los riesgos de contaminación del producto alimenticio de consumo masivo.

Asiste razón a la Cámara cuando sostiene que la demandada consintió (efecto derivado de la frustración del recurso de apelación de la sentencia de primera instancia) la existencia de un elemento extraño dentro del envase de Seven Up adquirido por la actora. Concretamente, el fallo tuvo por probado que "en la botella adquirida por la actora en el comercio del señor Holmquist, cerrada, encontró una pila lo que impidió que lograra el objetivo de la compra: su consumo. Que la actora, sin abrir la botella, concurre al kiosco donde la había adquirido, efectuando el reclamo, el kiosquero ofreció devolverle el dinero y efectuar, él mismo, el reclamo y posterior cambio a la embotelladora. La actora se negó a este ofrecimiento, optando por interponer esta acción.", como así también que "(...) la demandada cumple con los estándares internacionales y nacionales exigidos para la producción y puesta en el mercado de las botellas. Que existe un margen del 4%, no obstante los cuidados y recaudos de prevención y solución, de devoluciones por inconvenientes de tapado que implican botellas con pérdidas que se originan en botellas con picos rotos y/o señalados especialmente y/o por otros motivos. Esta afirmación no la considero contradictoria con aquella manifestación respecto a la imposibilidad que se envase botellas con elementos extraños a la gaseosa, ya que, tampoco se manifiesta que ese 4% se corresponda a elementos extraños en las botellas sino a picos rotos, señalados, problemas de packing, etc.. Pero la realidad es que la pila está en la botella, que la actora la adquirió, y no la pudo consumir ocasionándole un daño patrimonial."

C917/12 ESTEBAN NOELIA ESTEFANIA C/ CERVECERIA Y MALTERIA QUILMES S.A.I.C.A.G S/ DAÑOS Y PERJUICIOS**Escrito: CASACIÓN CIVIL**

Es decir, la acreditación de que la demandada Cervecería y Maltería Quilmes cumple con los estándares reconocidos internacionalmente en el proceso de envasado de las bebidas gaseosas que elabora (v.g.: ISO 9001:2000), colisiona con la existencia de un elemento extraño dentro de una botella cerrada y con su tapa inalterada de Seven Up, no habiendo sido esto último desconocido por la demandada. Tal circunstancia se ve agravada al tratarse de una bebida gaseosa completamente transparente (lo que facilitaba considerablemente el control de calidad sobre la seguridad alimentaria), que el elemento “extraño” no resultaba “inocuo”, sino uno altamente tóxico, y que la consumidora final del producto se encontraba embarazada de dos meses.

La situación de autos no resulta un caso “excepcional”, ni “aislado”. El informe de la Dirección de Comercio Interior da cuenta de 18 denuncias por elementos extraños en botellas de bebidas gaseosas durante el período 2017/2018 – cuatro de las cuales pertenecen a la firma demandada– (fs. 866/867), lo reconocido por quien vendió la gaseosa a la actora –citado por la propia empresa demandada–, Sr. Gustavo Enrique Holmquist, que aseguró en autos haber devuelto en otra oportunidad una botella de gaseosa de la misma embotelladora con un elemento extraño en su interior (fs.158 vta.), como así también lo informado por el ingeniero industrial, especializado en seguridad e higiene industrial, Segundo José Soria, que da cuenta que Anexo XXV –fs. 594 y ss.- en el gráfico de torta de las “devoluciones” indica el 4% por inconvenientes de tapado (significa botellas con pérdidas que se originan en botellas con picos rotos y/o señalados especialmente y/o por otros motivos).

Por lo dicho, puede concluirse que se encuentra constatado en autos, tal como fuere afirmado por los sentenciantes en ambas instancias anteriores, que la demandada violó el deber de seguridad (art. 5 LDC y art. 42 CN), poniendo en riesgo cierto la salud e incluso la vida de la actora. Y que dicha anomalía de seguridad alimentaria no resulta un caso aislado, siendo reconocido un alto porcentaje de botellas que son devueltas por diversas razones, luego de su detección por parte de diversos componentes de la cadena de comercialización o de los propios consumidores.

El artículo 52 bis de la Ley N° 24.240 establece que “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.” (artículo incorporado por art. 25 de la Ley N° 26.361 - B.O. 7/4/2008).

Del texto expreso de la ley, y del denominado “espíritu” del legislador no se desprende la exigencia de la constatación indubitable de un factor de atribución calificado en el responsable para imponer el “daño punitivo”. Esta tesis es perceptible desde el mismísimo leading case en la materia (in re “Machiandiana Hernández, Nicolás c/ Telefónica de Argentina”, Cám. 1ª Apel. Civ. Com. Mar del Plata, Sala II, 27/05/2009, LL, 08/06/2009, p. 11.) en donde se aplicó por primera vez los daños punitivos en nuestro país.

Sebastián Picasso describe de manera clara y precisa el panorama doctrinario y jurisprudencial respecto a las dos posturas existentes en relación a la procedencia de los daños punitivos en nuestro país: una postura “amplia” (en la letra y en el espíritu del legislador los daños punitivos proceden con el mero incumplimiento legal o contractual del proveedor) y una “restrictiva” (además de los requisitos establecidos en la norma debe mediar un factor subjetivo calificado de atribución para la procedencia del instituto: “dolo” o “culpa grave”). (Picasso, Sebastián; “Objeto extraño en una gaseosa y los ‘daños punitivos’”, LA LEY 25/06/2014, 25/06/2014, 5 - LA LEY 2014-D, 24).

No caben dudas que tanto la letra del artículo 52 bis de la Ley N° 24.240, como el espíritu del legislador no consideran necesario la presencia del “factor subjetivo”. Esto último se evidencia tomando en consideración, que desde su implementación en el año 2008, diversos proyectos –siguiendo a calificada doctrina- procuraron la introducción del “factor subjetivo”, sin haber tenido recepción favorable en el ámbito legislativo, manteniendo así su redacción primigenia. Tal idea se vio reforzada en el año 2018 con la sanción de la Ley N° 27.442 (Ley de Defensa de la Competencia, publicada en el B.O. del 15/05/2018), en donde en el artículo 64 se incorporó legalmente la figura de los “daños punitivos” con una redacción idéntica a la del artículo 52 bis de la Ley N° 24.240, sin ningún requisito específico (“factor subjetivo”).

Sobre la temática analizada, Chamatropulos sostiene que “De acuerdo con la estricta letra normativa del art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, para la aplicación de la multa civil, se requiere simplemente un incumplimiento legal o contractual por parte del proveedor de bienes o servicios, sin necesidad de indagar si ha actuado con un determinado ánimo subjetivo (dolo o culpa grave, v.gr.).

Es importante destacar que la norma menciona no solamente las obligaciones que surgen del contrato, sino también a aquellas que, aunque no incluidas expresamente al instrumentarse aquel (o estándolo pero de modo parcial o defectuoso), se hallan presentes por el carácter de orden público de dicha ley. Por ejemplo, la obligación de trato digno y equitativo prevista en el art. 8° bis de ella.

Se trata de una única pauta que resulta bastante clara. Es más, «asusta la claridad», pues permite imponer daños

C917/12 ESTEBAN NOELIA ESTEFANIA C/ CERVECERIA Y MALTERIA QUILMES S.A.I.C.A.G S/ DAÑOS Y PERJUICIOS**Escrito: CASACIÓN CIVIL**

punitivos en todo tipo de casos en que el proveedor falte a sus obligaciones. No se fija ningún tipo de «filtro» al respecto.”, y observando que “(...) el margen de apreciación que le queda al juez para evaluar si impone o no daños punitivos es quizás demasiado amplio. Es por ello que, cuando estaba recién sancionada, la norma decía que los magistrados jugarían un rol fundamental para ir definiendo el perfil de la nueva figura.

No obstante lo dicho, en la práctica, esta particular falta de exigencia de reproche subjetivo prevista en el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor (que no se encuentra en la mayoría de los Estados en donde se han regulado los daños punitivos), no suele ser tomada en cuenta cuando se debe decidir la aplicación efectiva de la figura.

Jurisprudencialmente, se ha resuelto que el art. 52 bis, admite una postura restrictiva consistente en requerir un plus consistente en una conducta deliberada que denote negligencia grave o dolo, no pudiendo considerarse arbitrarias las sentencias que así lo exijan. En otros casos se ha exigido actitud groseramente negligente o indiferente, enriquecimiento indebido derivado de un ilícito, etcétera.

Sostener un criterio contrario y de apego literal al texto del art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor resulta inconveniente, pues desnaturaliza los eventuales beneficios que trae aparejada la figura estudiada, haciéndola pasar como una parte ordinaria más dentro de una sentencia condenatoria, perdiendo de vista el norte a seguir y que no es otro que disuadir cierto tipo de conductas. Además, por los montos que estas penas pueden representar rozaría la arbitrariedad aplicarla en casos de mera negligencia, y más aún, en situaciones basadas solamente en la responsabilidad objetiva.

Se requiere, forzosamente, que quien realiza la conducta ilícita actúe con una intención subjetiva especial. Se han usado distintos términos para identificar esa actitud: temeridad, malicia, grave menosprecio o indiferencia hacia el otro, abuso de poder, etcétera.

Pero en definitiva siempre se girará en torno a las nociones de dolo o culpa grave («cuasi-dolo»). Es decir que, para que se impongan daños punitivos, será necesario que se acredite que el agente dañador violó deliberadamente un deber a su cargo (dolo) o que su incumplimiento es tan grosero, que resultaría difícil creer (a menos que exista mucha ingenuidad) que se trataría de un acto no intencional (culpa grave); en otras palabras, de una acción negligente o imprudente en grado extremo. En la gran mayoría de los casos, se tratará de un supuesto de «cuasi-dolo» o «dolo no acreditado», generalmente a causa de circunstancias muy particulares (la dificultad, o imposibilidad muchas veces, de probar la existencia de un estado volitivo interno), cuando no de la astuta (o, mejor dicho, maliciosa) estrategia judicial del demandado.

Sin embargo, debe reconocerse que no es fácil marcar el límite a partir del cual se puede empezar a pensar en la idea de aplicar los daños punitivos. Esto lo refleja Fernando Racimo cuando dice, analizando la jurisprudencia norteamericana, que puede haber acuerdo en exigir algo más que la culpa, pero el problema principal es discernir en qué consiste «ese algo más».

Sin perjuicio de lo dicho y para seguir generando dudas en torno a la figura sucederá que en no pocas oportunidades se requerirá la aplicación de lo que he denominado hace algunos años «criterio de tolerancia cero» para la admisión del daño punitivo que algunos, erróneamente, lo han querido identificar con un factor objetivo de atribución. La explicación de este factor subjetivo de atribución agravado es bastante simple: 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 ciertas obligaciones, entre las cuales está «la de no equivocarse». Esto porque en ciertos rubros, por lo que están en juego, no puede haber margen de error, pues si el mismo acaece, los daños que se producen pueden ser gravísimos (verbigracia en el campo de la salud). Es por eso que, si un proveedor sabe que en su actividad su margen para fallar es casi nulo, cuando el incumplimiento se produzca, no cabe más que hablar de culpa grave de una manera casi automática. Es decir, el propio incumplimiento sería la mejor demostración de una actuación que se apartó notoriamente de las reglas de la diligencia debida. Visto así no es más que una derivación casi natural del art. 1725 del Cód. Civ. y Com.” (Chamatropulos, Demetrio Alejandro; “Los daños punitivos en las normas de protección de la competencia y de los consumidores: análisis comparativo”, Suplemento Especial Com. Ley de Defensa 2018 (octubre), 12/10/2018, 457).

A partir de los conceptos doctrinarios, puede decirse que el Tribunal a quo asumió una postura a la que podría denominarse “amplia”, fundamentando de modo preciso por qué —a partir del cuadro probatorio existente en autos— resulta procedente la aplicación de la multa civil prevista en la norma, desarrollando cada uno de los requisitos legales previstos por el legislador en el artículo 52 bis de la Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor, pero sin dejar de señalar cuál es la conducta reprochable desplegada por la demandada que pone en evidencia un actuar altamente “desaprensivo” para con los consumidores (“factor subjetivo de atribución”) partiendo de la base que el producto “fallado” es de los denominados “alimenticios” y de consumo masivo, y conociendo la empresa elaboradora la posible existencia de fallas en el proceso de embotellamiento (“boicots internos”, empleados infieles, sabotaje, etc.) y la utilización de un sistema de cerramiento (tapa plástica o metálica) fácilmente “hackeable” lo que —a diferencia de otros productos alimenticios de similares características que utilizan sistemas mas complejos— torna

C917/12 ESTEBAN NOELIA ESTEFANIA C/ CERVECERIA Y MALTERIA QUILMES S.A.I.C.A.G S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

Escrito: CASACIÓN CIVIL

cada día mas riesgoso su consumo.

Concretamente, el voto preopinante del Vocal, Dr. Benjamín Moisés considera que “El sólo hecho que en un envase conteniendo un producto destinado al consumo humano se encuentre un elemento extraño, sea o no nocivo para la salud, pone en evidencia la singular potencialidad dañosa del acontecimiento, como consecuencia de la falta de control por parte del fabricante y embotellador. En efecto, así como en distintos casos se pudo encontrar una pila alcalina, un gel íntimo para uso sexual o un envoltorio de cigarrillos, con un mayor o menor riesgo para la salud, integridad psicofísica y hasta para la vida misma de los consumidores, la experiencia indica que, ante la falta de un adecuado control y de la diligencia debida por parte de los proveedores, existe la posibilidad de que se introduzca en el proceso de envasado cualquier tipo de veneno o sustancia nociva para la vida o la salud, como por ejemplo, cianuro, arsénico, ácido muriático, soda cáustica, etcétera, posibilidad que los jueces tenemos el deber de prevenir y evitar por todos los medios que pone a nuestra disposición la ley y el derecho.” (fs. 806)

Asimismo, analiza la conducta desplegada por la parte demandada desde una óptica subjetiva y objetiva, asegurando que la conducta desplegada por Cervecería y Maltería Quilmes, “(...) desde el punto de vista objetivo, justifica la imposición de una multa civil por «daño punitivo» que permita, mediante una adecuada sanción, disuadir e inducir a los proveedores de productos destinados al consumo humano para que pongan la máxima diligencia en la elaboración, envasado y distribución de tales productos, para de este modo prevenir hechos futuros semejantes. Es que como desde hace tiempo lo venimos diciendo: «Existen ciertos actos ilícitos ante los cuales, tanto la responsabilidad civil como la penal, se muestran impotentes para su eficaz sanción: en el primer supuesto, por insuficiencia de la función represiva de la responsabilidad civil, que reconoce como límite su función resarcitoria; en el segundo, por no encuadrar el ilícito civil dentro de los estrechos márgenes de una figura penal, o por falta de adecuación de la pena para la completa restauración del orden civil» (MOISÁ, Benjamín, Los llamados «daños punitivos» en la reforma a la ley 24.240, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, La Ley, Argentina, 2008, 271, AR/DOC/1481/2008; Cuestiones de Derecho del Consumidor, AA. VV. –Coordinador Germán Esteban Müller–, p. 183 y ss., Bibliotex, Tucumán, 2015).” y que “El especial reproche de conducta hacia Cervecería y Maltería Quilmes S.A., que excede la mera negligencia para convertirse en culpa grave –sin perjuicio del criterio de «tolerancia cero» que postulamos en 5.2.1.–, consiste en la desaprensión o desinterés en el proceso de elaboración y embotellamiento de sus productos, lo cual insólitamente ha permitido que, de un modo reiterado y hasta cierto punto recalitrante –teniendo en cuenta los juicios en su contra por tal motivo, sin importar la suerte de los mismos–, se encontrara en distintos productos que envasa y comercializa elementos tan variados y extraños como una pila alcalina, un gel íntimo para relaciones sexuales o un envoltorio de cigarrillos. No obstante las conclusiones periciales, según las cuales –dadas las instalaciones, tecnología y aseguramiento de calidad de la demandada– «es imposible que se envasen botellas con elementos extraños a la gaseosa» (fs. 450/452), lo cierto, real e incontestable es que, como lo indica el a quo, «la pila está en la botella, que la actora adquirió» (fs. 752 vta.). La demandada no probó que la gaseosa Seven Up de 1,25 litro haya sido adulterada, abierta o violada de cualquier modo, ni por la actora damnificada ni por un tercero. Y, aún cuando se tratase de un acto de sabotaje, lo cual tampoco ha sido probado, el criterio de «tolerancia cero», fundado en la particular diligencia que cabe exigir a proveedores de productos alimenticios o medicinales destinados al consumo humano, hace que tal acto de sabotaje no borre el reproche de conducta hacia Cervecería y Maltería Quilmes S.A., que por los intereses en juego debe extremar su diligencia para evitar poner en riesgo la vida y salud de los consumidores: hoy es una pila alcalina o un gel íntimo para relaciones sexuales; mañana puede ser cianuro, el virus del ébola o cualquier otro elemento extraño perjudicial para la vida o salud de las personas” (fs. 806 y 806 vta.)

Toda la argumentación arriba expuesta, resulta suficiente para concluir en la imposición de la sanción por daño punitivo a la firma demandada, sin que pueda imputarse la infracción a normas constitucionales, ni apartamiento de la recta interpretación de la normativa aplicable (sistema protectorio de los consumidores). En concreto, el Tribunal concluye sosteniendo que “si la pila alcalina Eveready AAA llegó al interior de la botella de Seven Up de 1,25 litro, indefectiblemente, se debió a la negligencia grave y culpable –según las particulares circunstancias del caso: producto para el consumo humano– de Cervecería y Maltería Quilmes S.A. Así lo ponen en evidencia las más elementales reglas de la lógica y de la experiencia (art. 33, CPCC). Si no es debido a la culpa grave de la demandada, no existe otra explicación lógica y experimentalmente posible sobre cómo llegó la pila al interior de la botella, explicación que, por lo demás, no ha sido dada ni probada por la demandada. (...)” y que además, en el caso de productos destinados al consumo humano –alimentos, bebidas o medicamentos– se impone el criterio de “tolerancia cero”, a efectos de prevenir y sancionar conductas completamente desaprensivas por parte de proveedores de este tipo de bienes.

Tampoco resulta procedente el agravio del recurrente cuando sostiene que “La sentencia recurrida se edifica en hechos no probados y en una tergiversación de las reglas que rigen la carga de la prueba.”.

El apoderado de la firma demandada parte de la consideración respecto a que la botella de Seven Up conteniendo

C917/12 ESTEBAN NOELIA ESTEFANIA C/ CERVECERIA Y MALTERIA QUILMES S.A.I.C.A.G S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

Escrito: CASACIÓN CIVIL

la pila AAA nunca fue peritada y que, por ende, no se encuentra probado que la misma haya salido así de la planta embotelladora que posee la firma en El Manantial.

En primer lugar, y contrariamente a lo sostenido por el recurrente, en esta instancia no se encuentra controvertido que la botella de vidrio de la bebida gaseosa de Seven Up se encontraba cerrada, sin que exista evidencia alguna de adulteración, y a partir de ello se estableció en primera instancia la responsabilidad de la firma demandada, sentencia que fue consentida por ésta.

Ahora bien, amén de ello, estimo oportuno formular algunas consideraciones particulares en relación a la temática de consumo y la teoría de las cargas dinámicas de la prueba.

El artículo 53 de la Ley de Defensa del Consumidor dispone en su tercer párrafo que “Los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio”; consagrándose así una “inversión de la carga de la prueba” en favor del consumidor (en el caso, la actora) y que por tanto, las consecuencias adversas derivadas de la ausencia o insuficiencia probatoria, deben recaer sobre el proveedor de bienes y servicios (la demandada) al ser ésta quien insinuó que el producto había sido manipulado por terceros, debía aportar pruebas que hubieran corroborado su afirmación (es decir, que la tapa se encontraba violentada).

Era el demandado quien debía aportar pruebas que respalden su postura. Por el contrario, al intervenir en la extracción de tomas fotográficas, se labró acta (fs. 178) en donde se deja constancia de que la botella se encontraba cerrada, no habiendo ni el apoderado de la demandada, ni el consultor técnico de ésta efectuado observación ninguna al respecto. Tampoco ofreció ni produjo una pericial técnico mecánica para intentar demostrar que la tapa de la botella se encontraba “hackeada” (intervenida por terceros), siendo que posee profesionales técnicos que fácilmente pueden detectar este tipo de manipulaciones.

Al interpretar el sentido y el alcance de esta norma, la doctrina especializada ha señalado que el texto del art. 53 de la LDC “pone en cabeza del proveedor el deber de aportar al proceso los elementos de prueba que se encuentren en su poder –o deban estarlo–, pero no determina que recae sobre él la carga de producir la prueba pertinente. En consecuencia, no se trata de un supuesto de inversión de la carga de la prueba, sino, únicamente, de un deber agravado que se establece en cabeza del proveedor de bienes o servicios” (Sáenz, Luis R. J., “Distribución de la carga de la prueba en las relaciones de consumo”, LL 2015-C, 512; RCyS 2015-XII, 47; AR/DOC/1890/2015; asimismo, (Sáenz, Luis R. J. - Silva, Rodrigo, en Picasso, Sebastián - Vázquez Ferreyra, Roberto (Dir.), Ley de Defensa del Consumidor Comentada, T. I, pág. 664 y sgtes.). Sáenz refuerza esta idea expresando que “el consumidor no está exento de actividad probatoria, pues (...) tendrá que ofrecer y producir la prueba que sustente su derecho, conforme a lo dispuesto en los ordenamientos adjetivos”. En sentido concordante, se ha dicho que si bien la norma citada “se ha hecho cargo de las dificultades probatorias que puede enfrentar el consumidor como contratante no profesional, no lo releva de introducir algún medio de comprobación idóneo para justificar la posición que asuma en el pleito” ya que “aquí no se desplazan los principios generales en materia de carga de la prueba, sino que se intenta complementar la aplicación de las reglas tradicionales, colocando la carga de probar, en cabeza de aquel que se encuentra en mejor situación de hacerlo” (Vinti, Ángela M., “La carga dinámica de la prueba en la Ley de Defensa del Consumidor. Las consecuencias de la frustración de la prueba”, LLBA 2016 (febrero), 17, DJ 28/09/2016, 13, AR/DOC/363/2016; cfr. asimismo, CNCivil, sala F, 5/10/2010, in re “Playa Palace S.A. c/ Peñaloza, Leandro Hipólito s/ ordinario - incidente de ejecución de sentencia”, Microjuris, cita online MJJ60868). Del mismo modo, al comentar el tercer párrafo del aludido art. 53 de la Ley 24240, D´Archivo advierte que “es necesario no confundir su efecto, con la inversión lisa y llana del onus probandi” (D´Archivo, María Eugenia, en Tambussi, Carlos E. (Dir.), Ley de Defensa del Consumidor comentada, anotada y concordada, Edit. Hammurabi, pág. 347).

Asimismo, Junyent Bas y Del Cerro sostienen con claridad que “si bien es cierto que el consumidor debe acreditar el daño, el defecto o la deficiencia en la cosa o eventualmente la falta de información para contratar o adquirir un producto, le corresponde al proveedor la obligación de colaborar en el esclarecimiento de la cuestión aportando todos los elementos que tenga en su poder. En consecuencia, de nada sirven las negativas genéricas y/o particulares que muchas veces forman parte de la ‘práctica tribunalicia’, motivadas en el viejo aforismo de que quién alega debe probar. Por el contrario, estando de por medio una relación consumeril, el principio de las ‘cargas dinámicas’ es llevado a su máxima expresión pues, el proveedor tiene una obligación legal: colaborar en el esclarecimiento de la situación litigiosa. En consecuencia, todo silencio, reticencia o actitud omisiva, se constituirá en una pauta que afectará dicha obligación legal con la consecuente presunción de certeza sobre la versión que sustenta la pretensión del consumidor.” (Junyent Bas, Francisco; Del Cerro, Candelaria, “Aspectos procesales en la Ley de Defensa del Consumidor”, L.L., 14/06/2010 –el destacado es propio–).

Asimismo, tampoco puede tener receptividad el agravio de la recurrente sobre la ausencia del daño resarcible como

C917/12 ESTEBAN NOELIA ESTEFANIA C/ CERVECERIA Y MALTERIA QUILMES S.A.I.C.A.G S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

Escrito: CASACIÓN CIVIL

requisito indispensable para la procedencia de los daños punitivos, ni que “lo resuelto por la Cámara ni tiene virtualidad para prevenir inconductas futuras semejantes”.

En primer lugar debe ponerse de manifiesto que en autos se encuentra comprobado –y firme- la producción de un daño económico a la actora. En efecto la sentencia de primera instancia de fecha 31/03/2016 resolvió “(...) IV.- HACER LUGAR PARCIALMENTE a la demanda promovida por la señora Noelia Estefanía Esteban D.N.I. 28.791.676, contra de Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A y G con domicilio en Planta Acherál, Ruta 38, km. 764, Provincia de Tucumán. En consecuencia CONDENO a Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A y G y a pagar a la actora la suma de pesos ocho (\$ 8.-) (...)”.

No obstante ello –que serviría de por sí para sellar la suerte negativa del agravio- resulta oportuno poner de resalto que, tal como ha sido legislada la multa civil en nuestro ordenamiento, nada impide que el consumidor accione solamente para pedir la aplicación de la sanción. En efecto, el artículo 52 bis de la Ley N° 24.240 establece 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. De la lectura de la norma citada no se observa que el legislador haya establecido para la procedencia de la acción la existencia de un daño o que el reclamo por daños punitivos deba deducirse en el contexto de una demanda por daños y perjuicios. Más allá de las consideraciones que se hayan expuesto en torno a la figura y la postura particular asumida al respecto, la doctrina ha señalado que 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 («F. R., M. E.; B., J. I. y su hijo menor B., T. vs. Swiss Medical S.A./Recurso de Inconstitucionalidad», Expte. CJS 37.748/15 – F. R. -Tomo 205:477/492).

Además, tal como lo pone de manifiesto Schvartz “(...) los daños punitivos se tratan de sumas de dinero que el victimario de un ilícito debe desembolsar en favor de la víctima, no para compensar el daño efectivamente sufrido, sino como sanción impuesta por la norma en virtud del despliegue de determinada conducta, es decir, con función ya no compensatoria sino punitiva. Su función es doble, por un lado sancionador y por el otro disuasivo. Punen la conducta indebida del proveedor o fabricante y sirven para disuadirlo de seguir asumiendo actitudes generadoras de daños a terceros. Constituye una multa civil que no tiene relación con el daño de la víctima, sino con la actitud del victimario.” (Schvartz Liliana, «Derecho del Consumidor según la ley 24.240 y el Código Civil y Comercial», Ed. García Alonso, págs. 273/274).

A partir de ello, puede sostenerse que los mismos no son una indemnización por daños sufridos ni tiene por finalidad mantener la resarcimiento de la víctima, objetivo que se consigue con la acción común de daños de carácter netamente resarcitorio o compensatorio; por lo tanto no se encuentran atadas a la medida del daño causado. En esta línea, Miguel A. Piedecabras sostiene, al destacar algunos de los aspectos más importante de esta figura jurídica, que el daño punitivo tiene el carácter de una multa civil, o sea que se independiza del daño efectivamente sufrido, por lo menos en principio y en referencia a su procedencia (Lorenzetti, Ricardo, “Consumidores”, Edit. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, págs. 123/124).

En definitiva, los daños punitivos están destinados a punir, al margen de los principios, normas y garantías del derecho penal, actos de los proveedores que, por sus consecuencias, merezcan sanción; y a la par, a desalentar la realización de actos similares. Es decir, el daño punitivo tiene una función disuasoria que contribuye a la prevención de daños a los usuarios y consumidores. En otras palabras, las indemnizaciones punitivas buscan el castigo de una conducta reprochable y la disuasión de comportamientos similares, tanto para el condenado como para la colectividad, cumpliendo una doble función (preventiva y punitiva). Por ello, debe concluirse –conforme a la naturaleza jurídica de estas penas privadas y su finalidad- no resulta necesario para su aplicación la existencia de un daño resarcible o que deba ser peticionado en un proceso principal de daños y perjuicios u otro diferente. Basta una conducta objetivamente descalificable desde el punto de vista social, esto es, disvaliosa por inercia, indiferencia hacia el prójimo, desidia, abuso de una posición de privilegio. Tal criterio es sostenido en el derecho de los Estados Unidos de Norteamérica, dónde no es necesario que exista perjuicio para que pueda imponerse daños punitivos. Aun sin menoscabo alguno, es posible aplicar los “punitive damages”. La Corte Suprema de aquél país considera que no constituye recaudo de admisibilidad la existencia de otros daños; esto es, daños patrimoniales o morales. Con o sin daño, si se produce una grave inconducta, pueden aplicarse los daños punitivos (AR/DOC/14395/2001). No puede desconocerse, que en nuestro derecho existen opiniones doctrinarias y jurisprudenciales que proponen establecer como requisito de admisibilidad de las condenaciones punitivas, la existencia de un daño resarcible causado por el demandado. No obstante, tal tesis puede jugar en contra de la finalidad preventiva de aquélla. Es que, como dice destacada doctrina, habría que esperar que la conducta gravemente reprochable “se cobre una víctima” para que el agente pueda ser disuadido a través de la multa. A más de ello, no parece estar en el espíritu de la norma obligar al consumidor víctima de una conducta intolerablemente nociva, reprochable e injustificada a

C917/12 ESTEBAN NOELIA ESTEFANIA C/ CERVECERIA Y MALTERIA QUILMES S.A.I.C.A.G S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

Escrito: CASACIÓN CIVIL

iniciar una acción por daño patrimonial o daño moral en contra del proveedor victimario, para recién encontrarse en condiciones de poder reclamar la imposición de daños punitivos, cuya finalidad no es resarcitoria sino sancionatoria, disuasiva y ejemplificadora; al contrario del régimen ordinario de la responsabilidad civil.- Además, puede suceder, que el damnificado no esté interesado en obtener una reparación de los perjuicios que sufrió debido al accionar desaprensivo, insidioso, temerario o de abuso de una posición de privilegio del proveedor del servicio; sino, más bien, persiga sólo el castigo de tal conducta reprochable y la disuasión de comportamientos similares en el futuro, tanto para el condenado como para la colectividad, ya que la repercusión socialmente disvaliosa del ilícito es superior, comparada con el daño individual que le fue causado. En otras palabras, pretenda enseñar al demandado a no hacerlo de nuevo y de disuadir a otros de seguir el ejemplo de aquél. Por otra parte, de acuerdo al texto expreso del artículo 52 de la Ley N° 24.240, la única exigencia para que los daños punitivos resulten aplicables sería 'que el proveedor no cumpla con sus obligaciones legales o contractuales para con el consumidor'. Esto sólo, de acuerdo al texto de la ley, resultaría suficiente, sin requerirse –al parecer- nada más para que la pena pueda ser impuesta. En esa inteligencia se sostuvo, que aun cuando el presupuesto de hecho que determina la aplicación de la indemnización punitiva es de una extrema laxitud, la ley dispone para su procedencia que el proveedor no cumpla con sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, sin exigir ningún otro requisito (cfr. Pizarro, Ramón D.; Stiglitz, Rubén S., «Reformas a la Ley de Defensa del Consumidor», La Ley Online: AR/DOC/1219/2009). A partir de las consideraciones doctrinarias precedentemente reseñadas, y llevando las mismas al caso concreto, puede decirse que en autos resulta innegable la existencia de daño material (el valor de la gaseosa), y no obstante haberse rechazado en las instancias anteriores el daño moral, la “damnificada” (para emplear la terminología de la LDC) es con claridad la actora, Sra. Noelia Estefanía Esteban, resultando ese calificativo no solo por el daño sufrido al haber adquirido una gaseosa que no pudo consumir (cuyo valor resulta mínimo e intrascendente), sino del daño potencial que pudo causarle en su salud y en la del niño por nacer.

Este último constituye uno de los puntos de mayor trascendencia en la presente causa: la finalidad preventiva, disuasiva y ejemplificadora de los daños punitivos.

Contrariamente a lo afirmado por el recurrente (respecto a que lo resuelto por la Cámara no tiene virtualidad para prevenir inconductas futuras semejantes), estimo que encontrándose cumplidos la totalidad de los requisitos legales y constitucionales para la imposición de la multa civil, la figura establecida en el art. 52 bis (“los daños punitivos”) constituye el único camino válido para procurar evitar la repetición de conductas de este tipo, tanto del proveedor demandado como de los diferentes proveedores del rubro. Si bien es cierto que este tipo de empresas presenta certificados de calidad alimentaria certificados internacionalmente, este tipo de certificaciones son de “procesos”, es decir que dan cuenta que siguiendo estos procesos (que son cumplimentados rigurosamente por la firma los días de auditoría previamente establecidos) el riesgo que se produzca una anomalía es mínimo (elemento extraño, falta de gas, menor cantidad de líquido, sabor extraño, etc.). Pero la presencia de un elemento extraño en la bebida –en tanto no se pruebe que fue introducido por el propio actor- hace presumir que el proceso no fue cumplimentado por fallas técnicas o de deficiente control humano (recuérdese que en el proceso de envasado y de control de calidad, participan seres humanos), o bien fue producto de sabotaje interno o intrusión externa a partir de la comprobada falibilidad del cierre de este producto (sea tapa plástica o “chapita”).

El camino de los daños punitivos resulta el único válido para obligar a las empresas de este tipo a invertir en tecnología de seguridad alimentaria en pos del diseño y/o implementación de formas que minimicen o anulen por completo el posible “hackeo” del producto. A modo de ejemplo, puede citarse a las latas de bebidas gaseosas o cervezas, o al energizante “Gatorade” (botella de vidrio y tapa ancha) el que posee un doble sistema de seguridad: por un lado, un film que recubre la tapa, y por otro, el particular ruido que hace la tapa al abrirse –a partir del ingreso de aire- que demuestra al consumidor que el producto es seguro.

Contrariamente, si se opta por una tesis absolutamente restrictiva, anulando por completo la procedencia del daño punitivo para este tipo de casos (reitero: cumplimentados todos los requisitos legales y constitucionales para la procedencia del mismo) el consumidor deberá contentarse con la recepción de otra bebida, esta vez apta para el consumo humano (por parte del comerciante), o bien efectuar la queja por ante la elaboradora y esperar el ofrecimiento de un pack de 6 botellas/latas de la bebida como “fidelización”, a sabiendas que tanto el daño moral y punitivo le serán negados en sede judicial.

Podrá decirse que existe otro camino: el procedimiento administrativo, pero la realidad indica que en la mayoría de los casos los sumarios con imputación del artículo 5 LDC son desestimadas por la autoridad de aplicación por imposibilidad económica de la realización de cualquier tipo de pericia, lo que frustra por completo el control efectivo de los organismos de aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor y por ende se incumple con la manda constitucional del artículo 42 CN.

Tales consideraciones resultan coincidentes con lo expresado en el voto mayoritario cuando sostiene que “Para la aplicación de la multa civil prevista por el art. 52 bis quedo claro que no basta un simple daño, sino que debe

C917/12 ESTEBAN NOELIA ESTEFANIA C/ CERVECERIA Y MALTERIA QUILMES S.A.I.C.A.G S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

Escrito: CASACIÓN CIVIL

tratarse de un daño –o su posibilidad– que por su gravedad, trascendencia social o repercusión institucional exija una sanción ejemplar. En este contexto resulta oportuno otorgar a la víctima un adicional a fin de incentivar la persecución de este tipo de conductas, por lo que no se advierte ni un viso de inconstitucionalidad en ello. Dentro de este sistema no se necesita daño resarcible para aplicar multa civil. Bajo la órbita del art. 52 bis de la ley 24240 nada impide que el consumidor accione para pedir solo la aplicación de la sanción, cuando existió un peligro concreto para su salud o la de terceros, de esta forma este adicional que se le da a la víctima alienta a perseguir este tipo de conductas que no pueden tolerarse en una sociedad de derecho, desalentando el obrar desaprensivo de los empresarios. En igual sentido se ha sostenido que: «no estamos aquí ante una indemnización o reparación por daño alguno sufrido por la víctima, sino ante un instrumento preventivo sancionador, que ha elegido como destinatario a la víctima, con la sola finalidad de fomentar la denuncia de prácticas lesivas del orden económico integral (...) Es que al conocer el consumidor que su reclamo de escaso monto puede recibir además un plus producto de la sanción al obrar violatorio de todo el ordenamiento económico (por cuanto el mismo distorsiona las reglas del mercado, perjudicando a los competidores ajustados a la ley), éste tendrá mayor interés en iniciar el arduo camino de un proceso judicial, y ante el incremento de los reclamos, las empresas que actúan como la aquí demandada descubrirán que el negocio de lesionar los derechos de sus clientes deja de ser rentable para convertirse en deficitario, y en consecuencia, comenzarán a resolver los inconvenientes directamente en su propia sede, descargando de esa manera el costo de gestión de conflictos que hoy trasladan masivamente al Estado a través de sus oficinas de Defensa del Consumidor (...)» (Alvarez Larrondo, Federico M., «Los daños punitivos y su paulatina y exitosa consolidación», La Ley, 29/11/2010).», para concluir sosteniendo que “Una solución contraria, tomaría improbable que un afectado demande en supuestos como el de autos, donde por no existir un daño concreto o los mismos resulten insignificantes, no corresponda indemnización o la misma sea de escaso monto (en la especie el a quo condeno al demandado a pagar la suma de \$ 8 por daño patrimonial); desvirtuando el fin perseguido por la ley, que no es otro que disuadir este tipo de conductas dolosamente indignante, recalcitrante, desaprensiva o antisocial.” y destacando que “Si queremos que la multa sea una herramienta eficaz para disuadir a los proveedores de bienes y servicios de no cometer actos en desprecio de terceros en forma grave, alevosa o reincidente, el sistema no se puede agotar en reparar los daños sufridos, sino que tiene que tener un plus sancionatorio cuyo producido vaya para la víctima. Quienes sostienen que con el destino privado de la multa se enriquece a la víctima rompiendo con el sistema de responsabilidad civil pierden de vista el beneficio que para la sociedad en su conjunto tiene la persecución de este tipo de conductas que sanciona el instituto.” (fs. 811/811 vta.).

A riesgo de resultar reiterativos, debe tenerse presente que la sanción civil impetrada tiende a prevenir, por parte de dicha empresa, hechos similares para el futuro (Zavala de González, Matilde, «Función preventiva de daños», La Ley, 03/10/2011, 1, p. 1.), y ello pues el objetivo principal de cualquier sistema de reacción contra perjuicios injustos es impedir que ocurran.

IV.2.- Arbitraria cuantificación del daño punitivo. Ausencia de motivación del fallo por falta de fundamentación suficiente.

Subsidiariamente el apoderado de la demandada se queja del “monto que se ha mandado a pagar en concepto de daños punitivos” asegurando que “no hay una sola palabra en el fallo que permita inferir porqué se ha fijado el monto de condena por daños punitivos en pesos quinientos mil (\$500.000) y no en otro.” (fs. 833)

Asegura que en el voto mayoritario no hay ponderación cualitativa de los parámetros que se toman en cuenta para graduar la sanción ni menos aún para la cuantificación de la condena. Considera que existen diferencias abismales entre lo que proponía el Vocal, Dr. Moisés (\$100.000) para el actor, y lo que se termina reconociéndole en el fallo al mismo (\$500.000), preguntándose “¿porqué 500.000 y una suma distinta? ¿Porqué \$500.000 y no 200.000 o 600.000?”, para concluir sosteniendo que “el fallo es una incógnita también en este punto”, lo que violenta la garantía de debido proceso, la defensa en juicio y el derecho de propiedad (arts. 14, 17, 19, 22, 28, 33 y conc. de la Constitución Nacional).

El agravio propuesto no puede tener receptividad.

Contrariamente a lo sostenido por el apoderado de Cervecería y Maltería Quilmes, tanto el voto preopinante del Vocal, Dr. Benjamín Moisés, como el de la Vocal, Dra. María Dolores Leone Cervera –que es mayoritario sobre el destino y monto de la sanción civil impuesta- analizan y justifican la quantum punitivo que estiman justo aplicar para la disuasión de la conducta antisocial de la demandada.

Así, puede leerse en primer lugar el voto preopinante que bajo el punto 5.3 (“Graduación de la multa”), luego de profundizar sobre las pautas de mensuración establecidas en el art. 52 bis para la imposición del daño punitivo y efectuar citas doctrinarias que profundizan sobre tales pautas, el Dr. Moisés concluye estimando como “(...) razonable, justo, equitativo y adecuado a la finalidad punitiva, disuasoria y preventiva de la multa fijar la misma en la suma de \$1.100.000.” y destacando que “(...) dicho importe no se ajusta a parámetros aritméticos sino que, dentro de la discrecionalidad que me otorga la ley, lo estimo prudente considerando especialmente: a) la envergadura e

C917/12 ESTEBAN NOELIA ESTEFANIA C/ CERVECERIA Y MALTERIA QUILMES S.A.I.C.A.G S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

Escrito: CASACIÓN CIVIL

importancia de la empresa demandada que, según la pericia técnica correspondiente, tiene capacidad para producir y embotellar 900.000.000 de unidades por año –cuyo precio al consumidor final oscila entre los \$30 y \$40, aproximadamente, según es de público y notorio conocimiento–, con instalaciones modernas de eficiencia avanzada, con equipos de control de alta precisión y marcas reconocidas internacionalmente (fs. 452); b) la potencialidad contaminante de una pila alcalina triple “A” –unos 3.000 litros de agua o cualquier otro líquido–, según informe de la Comisión de Bioseguridad de la Facultad de Bioquímica, Química y Farmacia de la Universidad Nacional de Tucumán (fs. 292/vta.), y el riesgo para la salud de las personas humanas que ello implica; c) el posicionamiento en el mercado de los productos –marcas líderes, como es de público y notorio conocimiento– fabricados y embotellados por Cervecería y Maltería Quilmes S.A.; y d) la finalidad disuasiva y preventiva de la multa.” (fs. 807/807 vta.).

Por su parte, el voto de la Dra. Leone Cervera –que a la postre sería el mayoritario sobre el quantum y el destino de la multa civil– parte de considerar que “Fijar su monto es una tarea delicada, siendo premisas ineludibles a tener en cuenta: a) que no es un resarcimiento; b) que es una sanción; c) que tiene incidencia la gravedad de la falta; d) que no tiene relación directa y lineal con los rubros indemnizatorios; e) que debe cumplir una función preventiva disuadiendo al infractor de reincidir en conductas análogas, f) la posición de mercado de la demandada, g)caudal económico, h) la inconducta del dañador y su actitud posterior al hecho que motivo la pena, entre otras.” y que “El Tercer Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores (Buenos Aires, 23 a 25 de septiembre de 2010) ha sido aprobada por unanimidad la siguiente fórmula: «De lege lata se interpreta que la multa civil no debe ser inferior ni exceder el monto necesario para cumplir con su función de disuasión». De no ser una suma representativa para la demandada se fomentaría el «incumplimiento eficiente», situación que se presenta cuando el infractor tiene incentivos económicos para desviarse de la conducta debida. La norma otorga al juez un margen razonable para evaluar, en cada situación particular, la cuantía por la que corresponde condenar en daños punitivos.” (fs. 811 vta./812).

A partir de tales apreciaciones, sostiene la magistrada que “(...) teniendo en cuenta la marcada gravedad que una botella de cerveza de primera marca, contenga en su interior un elemento con una potencialidad contaminante y por ende dañosa para la salud como es una pila alcalina triple A (ver informe de la Comisión de Bioseguridad de la Facultad de Bioquímica (fs. 292 vta.), los precedentes jurisprudenciales sobre la existencia del mismo tipo de vicio (caso Teijeiro), la conducta asumida por el demandado ante el reclamo, que se trata de una empresa internacional de elaboración de bebidas de consumo masivo, sopesando que en la especie la bebida en cuestión afortunadamente no fue ingerida por la actora, ni su familia, ni existe prueba de que de este accionar se hubieran derivados otras consecuencias perjudiciales para terceros, entiendo prudente fijar el monto de \$500.000 en concepto de daño punitivo, importe que luce suficiente para cumplir el objetivo buscado: disuadir y prevenir hechos lesivos similares a los que en estas actuaciones merecen sanción (En similar sentido: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B 10/03/2016 Barrera, Jorge Ramón c. Coto Centro Integral de Comercialización S.A. s/ ordinario ED 267, 347 AR/JUR/13494/2016)” (fs. 812).

De la simple lectura del texto transcrito, se evidencia con claridad la existencia de una fundamentación suficiente por parte del Tribunal a quo, lo que desvirtúa por completo lo sostenido por el recurrente.

En este sentido el voto mayoritario valoró de manera concreta la gravedad del hecho (capacidad altamente contaminante del elemento extraño dentro de la bebida gaseosa), la conducta reiterada de la demandada (no se trata de un hecho aislado), la conducta asumida por el demandado ante el reclamo (incluso en instancia de casación se evidencia un trato indiferente y descalificador a la actora: “cazadores de daños punitivos”, o como pretensa ganadora de la “lotería judicial”), la posición en el mercado de la demandada (empresa internacional de elaboración de bebidas de consumo masivo), y tomando en consideración a favor de la empresa que la bebida no fue ingerida, y que no existen pruebas sobre que a partir de este accionar se hubieran derivado otras consecuencias para terceros.

En materia de consumo, la norma rectora en la materia (Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor) marca pautas claras al juzgador (sea a la autoridad de aplicación para la imposición de una sanción por infracción a la LDC o al juez para el otorgamiento de daño punitivo del art. 52 bis) entre las que están “el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario, la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de los riesgos, o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho.” (art. 49 LDC), y ello a efectos de cumplimentar con la finalidad retributiva y ejemplificadora (prevención general y especial) prevista en el sistema protectorio del consumidor.

Lo expuesto precedentemente se ve respaldado por la mas prestigiosa doctrina sobre el tema. Así, Ramón Pizarro asegura que “las pautas de valoración para la graduación de la sanción por daño punitivo son muy variadas y, entre otras, enuncia: a) la gravedad de la falta; b) la situación particular del dañador, especialmente en lo atinente a su fortuna personal; c) los beneficios procurados u obtenidos con el ilícito; d) la posición de mercado o de mayor poder

C917/12 ESTEBAN NOELIA ESTEFANIA C/ CERVECERIA Y MALTERIA QUILMES S.A.I.C.A.G S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

Escrito: CASACIÓN CIVIL

del punido; e) el carácter antisocial de la conducta; f) la finalidad disuasiva futura perseguida; g) la actitud ulterior del demandado, una vez descubierta su falta; h) el número y nivel de empleados comprometidos en la conducta de mercado; i) los sentimientos heridos de la víctima, etc.” (Pizarro, Ramón Daniel, Daño moral, p. 530, Hammurabi, Bs.As., 2004), muchas de las pautas descriptas fueron tomadas en consideración y explicitadas al caso concreto para cuantificar el monto por daño punitivo.

Los parámetros tenidos en cuenta para la valoración de la conducta asumida por la demandada y los argumentos brindados por el voto mayoritario para la mensuración del monto a aplicar por daño punitivo lucen correctos, y cumplen como punto de partida con la finalidad disuasiva prevista en la norma.

Si bien es cierto que el monto estimado por el voto mayoritario (\$500.000 para la actora) resulta muy disímil al considerado por el Vocal Moisés (\$100.000 para la actora, y \$1.000.000 a favor de la Asociación Civil “Sociedad de Beneficencia de Tucumán”), tales divergencias son propias del sistema judicial, fundamentalmente cuando se produce la actuación en Salas de tres o más miembros. Tales vicisitudes resultan válidas en diferentes materias (incluso en materia penal donde la quantum punitivo al imputado varía considerablemente entre el voto mayoritario y el disidente) en tanto y cuanto se encuentren dentro de los parámetros fijados por la norma y se encuentren debidamente fundamentados. En el caso de autos, el monto de \$500.000 (pesos quinientos mil) se encuentra muy por debajo de los \$5.000.000 previstos como tope máximo por la normativa (art. 52 bis que alude al art. 47, inc. “b”), habiendo el voto mayoritario justificado con suficiencia el quantum punitivo, utilizando para ello los parámetros establecidos por la norma y los que la doctrina calificada establecen como válidos para el cumplimiento de la finalidad preventiva y sancionatoria prevista por el legislador.

En ese sentido se ha expedido la jurisprudencia al manifestar: “Respecto a la cuantificación de la multa es sabido que una multa de escaso valor para grandes empresas multinacionales no alcanza a generar un cambio en la conducta contumaz y desaprensiva para el consumidor, sino que la única que consigue es que la corporación pague y siga actuando de idéntica manera. Por lo que no parece excesivo el monto fijado por el aquo” (Cámara 6ª C.C. Cba. 08/04/2014, Expte. N° 2196285/36. Reseñas de fallos en Semanario Jurídico N° 1957, del 29/04/2014, T° 109–2014–A).

A más de lo expuesto, debe ponerse de resalto que la cuantificación del daño punitivo –al igual que el daño moral– no tienen un parámetro económico fijo, sino que por la índole subjetiva que involucra estos tipos de reclamos, quedan sujetos a la determinación prudencial por parte del juzgador, quien –en el caso de los daños punitivos– cuenta con las pautas y límites establecidos en los artículos 47, 49 y 52 bis de la Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor para la concesión y mensuración del mismo.

Siguiendo a Junyent Bas y Garzino puede afirmarse que “la temática relativa a la cuantificación tiene como límite máximo el establecido por la propia legislación en el art. 47 de la LDC.

Ahora bien, cada caso concreto arroja una serie de dificultades, pues deben tenerse en cuenta las pautas que surgen del art. 49 de la LDC que si bien refiere a la sanción administrativa resulta útil para considerar también la sanción punitiva.

En esta línea, la norma aludida refiere a los siguientes aspectos: a) el perjuicio resultante de la infracción, b) la posición en el mercado del infractor, c) la cuantía del beneficio obtenido, d) el grado de intencionalidad, e) la gravedad de los riesgos y de los perjuicios sociales y su generalización y f) la reincidencia en la conducta.

En este sentido, Juanes y otros entienden que si bien la determinación de la multa depende del prudente arbitrio judicial, el juzgador debe tener en cuenta a los fines de su determinación la capacidad económica del dañador, la naturaleza y grado de reproche, la extensión del beneficio obtenido, la propagación de los efectos de la infracción, la prolongación en el tiempo del daño y la extensión de los riesgos sociales.

En esta inteligencia, tal como enseña Zavala de González, las pautas aludidas resultan aplicables analógicamente a las multas civiles previstas en el art. 52 bis, por lo que cabe realizar las siguientes precisiones como presupuestos de vigencia del daño punitivo: a) La «cuantía del beneficio obtenido», pues en él se comprende la magnitud del ahorro en costos de prevención; b) La «posición en el mercado del infractor». No es igual el poder preventivo ni la capacidad de pago del titular de una gran fábrica, que el de un modesto emprendimiento familiar, aunque en ambos casos el producto sea análogo y pueda tener idéntica falencia; c) La «gravedad de riesgos o de daños sociales», pues su entidad y propagación suelen acentuarse cuanto más serias son las gestiones de seguridad soslayadas por el infractor.

Por consiguiente, tal como dice la autora citada, aunque la gravedad del mal individual puede ser pauta para graduar la multa, mucho más decisiva es la repercusión comunitaria de la infracción, incluso como riesgo abstracto, sin desarrollo fáctico hacia afecciones precisas.

De allí que las multas civiles proceden aun ante daños escasos e incluso mínimos, si son múltiples o reiterados en el tiempo, o pueden constituir lesiones a intereses difusos, o a pesar de que la víctima no haya sufrido un daño físico o patrimonial concreto, si se creó un peligro para su salud y la de terceros.

C917/12 ESTEBAN NOELIA ESTEFANIA C/ CERVECERIA Y MALTERIA QUILMES S.A.I.C.A.G S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

Escrito: CASACIÓN CIVIL

De todo lo dicho se sigue que el juez debe buscar pautas objetivas a los fines de que la sanción punitiva que se concrete pecuniariamente se encuentre sólidamente fundada, máxime teniendo en cuenta su claro tinte sancionatorio.

En síntesis, será labor del juez determinar en el caso concreto los presupuestos de procedencia de la multa civil, explicando las pautas cualitativas y cuantitativas consideradas para fundamentar la condena.” (Junyent Bas, Francisco y Garzino, María Constanza; “Daño punitivo. Presupuestos de aplicación, cuantificación y destino”, Diario La Ley, T. LXXV~239, 2011-12-19).

Por otra parte, debe dejarse establecido que los daños punitivos no constituyen un rubro indemnizatorio (no se trata de reparar el perjuicio económico sufrido por el consumidor), sino que constituye una sanción al proveedor del bien o servicio, por el abuso de su posición contractual al tener el control total de la prestación del servicio. Y fundamentalmente tiende a evitar que no cumplir con sus obligaciones, por parte del servidor, se constituya en un medio de obtener mayores beneficios, disuadiéndolo de reiterar la conducta que se sanciona.

Y ello pues los daños punitivos son sanciones civiles que se imponen a una conducta reprochable y grave, a fin de punir dicho hecho y prevenir la reiteración predecible de situaciones fácticas similares en el futuro, pudiéndose imponer independientemente del resarcimiento del daño efectivamente sufrido, sea éste patrimonial o extra-patrimonial.

La indemnización que se fije en concepto de daño punitivo tiene como objetivo castigar a quien produce un mal y disuadir tanto al causante del perjuicio como a otros posibles infractores de repetir una misma acción dañina. Se busca evitar que se obtenga un beneficio merced a una conducta ilícita y ante la indiferencia por las lesiones provocadas a un sinnúmero de consumidores. En esa inteligencia se tiende a desalentar ese tipo de conductas mediante sanciones que insten al infractor a no repetir las, por lo que necesariamente se debe identificar una conducta claramente reprochable. El daño punitivo no obedece de manera matemática al acaecimiento de un determinado hecho lesivo. Así lo ha entendido Edgardo López Herrera quien sostiene que “(...) no hay que perder de vista que la naturaleza del daño punitivo es la de una pena civil, esto hace que no pueda ser excesiva. Su finalidad no es indemnizar a la víctima, que conseguirá este propósito mediante el juicio ordinario de daños, sino disuadir futuras inconductas y castigar la que se debate en el caso concreto” (López Herrera, Edgardo, Los daños punitivos, Edit. Abeledo Perrot, pág. 370).

A partir de lo expuesto, cabe concluir que el agravio bajo análisis revela en definitiva, un mero disenso del recurrente, insuficiente per se, para pretender la revisión del argumento sentencial respecto del otorgamiento de \$500.000 por daño punitivo contra la empresa demandada Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A.G. y a favor de la actora, Sra. Noelia Estefanía Esteban, por lo que corresponde que el mismo sea rechazado.

IV.3.- En definitiva, y tal como se puso de manifiesto en párrafos anteriores, pese al esfuerzo argumental del apoderado de Cervecería y Maltería Quilmes no se ha logrado demostrar la existencia de arbitrariedad en el fallo en embate. Las cuestiones de hecho han sido establecidas por el Tribunal a quo, sobre la base de un análisis integrado del cuadro probatorio producido y conforme la recta interpretación de la normativa específica sobre la materia (arts. 1, 2, 3, 5, 6, 40, 52 bis, 60 LDC). La lectura del fallo impugnado releva que no existe un déficit en la motivación de la sentencia que justifique su descalificación como acto jurisdiccional válido (CSJTuc., Sent. N° 875 del 03/09/2008, Sent. N° 852 del 25/10/2004; entre otras). A su vez, el pronunciamiento cuenta con fundamentos suficientes, no constatándose el quebrantamiento de las reglas de la lógica y la sana crítica racional. No se advierte la inobservancia de las normas impuestas por el ordenamiento procesal civil local respecto de la sentencia (arts. 264, 265, 272 y conc. CPCCT) y dentro de las que quedan abarcadas las que imponen la obligación de valorar las pruebas de conformidad con las reglas de la sana crítica racional (art. 40 CPCCT).

Asimismo, cabe afirmar que la sentencia en crisis aparece como una derivación razonada de la valoración en conjunto de la prueba y del derecho pertinente, cuya interpretación y aplicación al caso no ha sido rebatida por el quejoso de modo concreto y eficaz.

Los agravios vertidos por el apelante dejan inatacados los argumentos que dan fundamentación suficiente al fallo, pues expresan su disconformidad con la resolución en crisis, con la valoración de las cuestiones fácticas, y la interpretación de la norma específica al caso concreto, no logrando conmovir las conclusiones a las que arribó el sentenciante de grado, especialmente en lo referido a la existencia de responsabilidad de la elaboradora demandada en la puesta en el mercado de un producto contaminado, tomando por ello procedente la imposición de la multa civil establecida en el art. 52 bis LDC.

Al respecto esta Corte Suprema de Justicia tiene dicho que no basta sostener una determinada solución jurídica, sino que es necesario que el recurrente exponga una crítica razonada de la sentencia que impugna, para lo cual tiene que rebatir todos y cada uno de los fundamentos en que se apoya el decisorio cuestionado (CSJTuc., Sentencias N° 208 del 04/04/2007; N° 1027 del 30/10/2006; N° 140 del 18/03/2003, N° 82 del 27/02/2001; N° 476 del 10/06/2002; entre otras). Como, asimismo, que no es suficiente la mera alegación del vicio de arbitrariedad, sino que

C917/12 ESTEBAN NOELIA ESTEFANIA C/ CERVECERIA Y MALTERIA QUILMES S.A.I.C.A.G S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

Escrito: CASACIÓN CIVIL

es preciso que el mismo exhiba una adecuada y suficiente fundamentación (CSJTuc., Sentencias N° 75 del 01/12/1996; N° 942 del 20/12/1996).

En consecuencia, corresponde el rechazo del recurso de casación deducido a fs. 819/836 por el apoderado de la demandada en autos, Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G. en contra de la Sentencia N° 388 dictada el 27/07/2017 por la Sala II° de la Excma. Cámara Civil y Comercial Común del Centro Judicial Capital (fs. 804/814), de conformidad a los motivos expuestos.

V.- Las costas de la presente instancia extraordinaria local se imponen al recurrente vencido, en virtud del principio objetivo de la derrota (art. 105, 1° parte, del CPCCT).

Los señores doctores Daniel Leiva y Daniel Oscar Posse, dijeron:

Estando conformes con los fundamentos vertidos por el señor Vocal preopinante, doctor Antonio D. Estofán, votan en idéntico sentido.

Y VISTO: El resultado del precedente acuerdo, la Excma. Corte Suprema de Justicia, por intermedio de su Sala en lo Civil y Penal,

R E S U E L V E :

I.- NO HACER LUGAR al recurso de casación deducido a fs. 819/836 por el apoderado de la demandada en autos, Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G. en contra de la Sentencia N° 388 dictada el 27/07/2017 por la Sala II° de la Excma. Cámara Civil y Comercial Común del Centro Judicial Capital (fs. 804/814), según lo considerado.

II.- COSTAS como se consideran.

III.- DIFERIR la regulación de honorarios para su oportunidad.

HÁGASE SABER.

DANIEL OSCAR POSSE

ANTONIO D. ESTOFÁN

DANIEL LEIVA

ANTE MÍ:

CLAUDIA MARÍA FORTÉ

Impreso: 02/05/2019

Base: Sec. Jud. - Civil. Actualizado en fecha: 30/04/2019 01:03:48 p.m.

C917/12 ESTEBAN NOELIA ESTEFANIA C/ CERVECERIA Y MALTERIA QUILMES S.A.I.C.A.G S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

Escrito: CASACIÓN CIVIL

JRM
