



CAMARA APEL CIV. Y COM 5a

Protocolo de Sentencias

Nº Resolución: 7

Año: 2024 Tomo: 1 Folio: 51-78

EXPEDIENTE SAC: 6203082 - VENENCIO LEMOS, DAHYANA GISEL C/ EMBOTELLADORA DEL ATLANTICO S.A. -

ABREVIADO - DAÑOS Y PERJUICIOS - OTRAS FORMAS DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

PROTOCOLO DE SENTENCIAS. NÚMERO: 7 DEL 07/02/2024

SENTENCIA NUMERO: 7. CORDOBA, 07/02/2024.

Los vocales de esta Cámara Quinta de Apelaciones en lo Civil y Comercial se reunieron a los fines de dictar sentencia, en presencia de la secretaria autorizante, conforme lo establecido en el Acuerdo Reglamentario N° 1629, Serie “A” del 6/6/2020 y sus complementarios; en estos autos caratulados: “**VENENCIO LEMOS, DAHYANA GISEL C/ EMBOTELLADORA DEL ATLANTICO S.A. - ABREVIADO - DAÑOS Y PERJUICIOS - OTRAS FORMAS DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL**” (Expte. N° 6203082), venidos en apelación del Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial de 2° Nominación, a cargo juez Juan Carlos Bertazzi quien, mediante Sentencia 28, de fecha 15/3/2023, resolvió: “...1) *Rechazar la demanda interpuesta por la Sra. Dahyana Gisel Venencio Lemos, D.N.I. 39.302.578 en contra de la firma “Embotelladora del Atlántico S.A.”, con costas a cargo de la accionante (...)*”.

El tribunal, en presencia de la actaria, se planteó las siguientes cuestiones a resolver:

- 1) ¿Es procedente el recurso de apelación de la parte actora?
- 2) En su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?

Realizado el sorteo de ley, la emisión de los votos resultó de la siguiente manera: Claudia Zalazar, Joaquín Ferrer y Leonardo González Zamar.

LA VOCAL CLAUDIA ZALAZAR A LA PRIMERA CUESTIÓN DIJO:

1) La expresión de agravios de la parte

La Sra. Dahyana Gisel Venancio Lemos expresa agravios, con el patrocinio del Dr. Carlos María Varas, conforme escrito digital del día 21/6/2023.

La apelante considera que según lo acreditado, la botella contenía un vicio que la hacía impropia para su destino, y que éste vicio se habría originado después de ser envasada, pero asegura que no se acreditó en qué momento pudo generarse el vicio del producto, siendo que entre su salida de la embotelladora, la distribución por ésta, la recepción y comercialización por el negocio minorista, fue manipulada por diversas personas.

Considera que el juez se confunde al omitir resolver la cuestión por aplicación del sistema de responsabilidad previsto en el art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor.

Además, afirma que confunde los requisitos de la responsabilidad objetiva con la subjetiva, al exigir a ambas partes, y especialmente al consumidor, la prueba fehaciente de las conductas que llevaron a generar el vicio para hacer responsable al proveedor.

Agrega que se le está exigiendo demostrar que el vicio se produjo antes de recibir el producto, siendo que la norma del art. 40 de la LDC dispone en cabeza del proveedor la prueba de la culpa de la víctima.

Expresa que el judicante fusiona los sistemas de responsabilidad, dando lugar a una sentencia contraria a las leyes, que viola el derecho de defensa de quien está normativamente protegido, lo que torna a la resolución en arbitraria.

En primer lugar, denuncia una errónea aplicación de la ley, pues entiende que la

causa no se resolvió con la aplicación de las normas que regulan la materia de consumo, que contiene principios y directrices de análisis e interpretación.

Se agravia de ello específicamente respecto a la interpretación de la prueba y del instituto de responsabilidad objetiva, lleva al rechazo de la pretensión y contraría el derecho aplicable en el caso.

Manifiesta que si existe relación de consumo, tal como el juez lo consideró, correspondía la aplicación del art. 40 de la LDC, y no las normas generales del código civil y comercial con fallos de ejemplos de accidentes de tránsito con terceros involucrados.

Considera que ello genera un resultado antagónico a lo indicado por la ley especial, y contradice la jurisprudencia que existe en Córdoba.

Agrega que la aplicación de la LDC y sus principios son obligatorios para el juez, por lo que no debió apartarse de la norma.

Sostiene que el magistrado realizó una errónea interpretación de la responsabilidad objetiva, y que confunde en el caso los requisitos de la responsabilidad subjetiva con la objetiva, exigiendo un accionar a la víctima que la ley no requiere.

No obstante, señala que la ley exige la prueba del daño y el nexo causal con el objeto riesgoso, siendo el proveedor quien debe demostrar la ruptura de tal nexo.

Insiste en que el juzgador tergiversa la carga dinámica de las pruebas para exigir al actor la prueba de cómo el vicio llegó a suceder.

Reitera, que la norma no exige la prueba de conductas para demostrar el daño, sino sólo para que el proveedor se exima de su responsabilidad.

Pone de relieve que no se encuentra controvertido el daño y el vínculo con la cosa riesgosa, toda vez que la demandada admite que existen sedimentos en la botella e indica que respondería al ingreso de oxígeno en la misma. Si bien niega

que haya sido en su planta, no descarta que pudiera haber ocurrido durante la vida del producto desde su salida de la planta hasta que llega al consumidor, por lo cual le achaca igualmente la responsabilidad.

Añade, que además se indica como probable una negligencia del comerciante o un hackeo confundiendo a su entender cómo funciona y quien prueba la eximente del principio de responsabilidad en el factor objetivo de atribución.

Cita jurisprudencia.

Reitera que el juez consideró que se trata de una responsabilidad subjetiva, puesto que exige el incumplimiento de un deber, o sea una acción negativa de un sujeto (art. 1724, CCC), y transcribe sus dichos: *“para que la responsabilidad por daños pueda ser atribuida a EDASA (y a los “eslabones” de la cadena de comercialización que se encuentren aguas abajo), resulta indispensable demostrar que el producto fue vendido al consumidor con el vicio que se le endilga”*.

Asevera que ello resulta contrario al concepto de responsabilidad objetiva donde el factor de atribución no es la conducta sino riesgos generados por la actividad (art. 40, LDC).

También afirma que existe un yerro en la interpretación de la prueba.

Rechaza la configuración de un quiebre en el nexo causal, como postula el magistrado en la instancia anterior.

Afirma que exigirle que demuestre cómo llegó la botella viciada a su poder resulta de imposible cumplimiento, y que era la proveedora debió demostrar la fractura del nexo causal, y que ello no surge acreditado de la prueba aportada.

Cita jurisprudencia.

Señala que la empresa no probó que su parte haya generado el vicio, como tampoco haber cumplido con las medidas de seguridad durante el transporte ni

la comercialización del producto, siendo que tenía información para la trazabilidad del recorrido del producto hasta que llega a manos del consumidor. Insiste en que el error resulta de exigirle pruebas propias de una responsabilidad subjetiva, que no aplica a la causa, lo que constituye –a su criterio- en un vicio *in iudicando*.

Pide en definitiva se revoque la sentencia y se declare responsable a la firma accionada.

En segundo lugar, cuestiona la imposición de costas en cabeza de la actora y además, la inclusión de los daños punitivos en la determinación del rubro “honorarios”, cuando dicho concepto no integró el objeto de la demanda, según afirma.

Insiste en que no existe prueba que demuestre la fractura del nexo causal en el caso y añade, de existir dudas, correspondía aplicar el principio protectorio del consumidor, a su favor (art. 3, LDC).

Denuncia que yerra el juzgador al determinar como base de los honorarios el monto estimado de los daños punitivos.

Efectúa un repaso de dicha figura y sostiene que solo en el caso de que el tribunal sancione a la empresa podría analizarse si corresponde incluir dicho concepto dentro de las costas, siendo debatible tal cuestión.

En definitiva, solicita se regulen los honorarios tomando como base los daños que fueron efectivamente reclamados, materiales y morales.

Mantiene reserva del caso federal.

2) La respuesta de la parte demandada y la opinión del Ministerio Público

La Embotelladora del Atlántico S.A. evacúa el traslado corrido con fecha 25/7/2023, pide se declare la deserción del recurso y, en subsidio su rechazo. Finalmente, la titular del Ministerio Público ante esta alzada emite dictamen con

fecha 10/10/2023, a favor de la admisión del recurso, y considerando que procede la demanda sólo en relación al daño material, no así el moral ni el daño punitivo.

3) La decisión del recurso

a) Cuestiones no controvertidas y la decisión del juez

En el caso de autos no se encuentra controvertido que la actora es consumidora, agrego por mi parte: directa (contratante) o indirecta (fáctica), pues como bien señaló el juez se acreditó la posesión de la botella por ella, como destinataria final, es decir, se torna aplicable toda la protección del plexo consumeril.

La Sra. Venencio Lemos reclama a la demandada el resarcimiento de los daños que dice haber sufrido al comprar una botella de la marca “Coca Cola” de 350 mm. retornable, que antes de abrirla advirtió contenía en su interior *“pequeños puntos negros; es decir formaciones extrañas, hongos u análogo en el interior de la gaseosa que intentaba tomar”*, envase que -oportunamente- se reservó en secretaría del tribunal de grado.

Por su parte, no se encuentra controvertido que la botella en cuestión fue adulterada en su tapa o abierta, conforme lo reconocieron las partes –demanda y contestación- lo que fue corroborado mediante la pericia oficial, y que en su interior contiene hongos, moho y levadura.

Sin embargo, sí existe discrepancia respecto a si es factible asignar responsabilidad a la demandada por ello.

En primera instancia, el juez entendió aplicable la normativa consumeril, que se trataba de un supuesto de responsabilidad objetiva por productos elaborados, encontrándose de por medio la seguridad de la bebida para consumo humano, tratándose de una obligación de resultado, siendo responsable no sólo por lo producido sino también por todos los vicios que la cosa pueda presentar en su

cadena de comercialización.

Sin embargo, destacó que la actora no acreditó dónde ni cuándo adquirió la botella, ni que tuviera el hongo al momento de la adquisición, lo que destruye a su entender el nexo de causalidad adecuado.

Agregó que a pesar de encontrarse acreditado que la botella efectivamente fue adulterada -mediante pericia- el Código Alimentario no requiere que el cerramiento sea inviolable (art. 184) sino sólo que se dificulte su apertura.

Luego, en relación al daño punitivo, sostuvo que no se acreditó la relación de causalidad: que el vicio haya sido producido durante la cadena de comercialización y no luego.

b) La pericia y la responsabilidad de la empresa

Reitero que un repaso de las constancias de autos permite tener por acreditado la violación o vulneración de la tapa de la botella en cuestión.

En relación a la posesión de la botella por la actora, considero contrariamente a lo dispuesto por el juez que efectivamente acreditó haber estado en posesión de la misma a la fecha en que alega fue adquirida.

En concreto, la actora dice haber comprado la botella el 17/1/2015, y probó que fue presentada ante el laboratorio Bromatológico de la Municipalidad de Córdoba el 19/1/2015, con datos identificatorios que coinciden con los de la botella reservada y peritada: lote: CB22307414.

Si bien en dicho informe el denunciante es “Farías Nicolás”, la actora justifica que era su pareja, y lo real y cierto es que al momento de retirar la botella del laboratorio, es ella quien lo hace, tal como consta del escrito emitido por la Municipalidad de Córdoba, con fecha 27/1/2015, en el que se lee (fs. 33): *“En el día de la fecha se hace presente en este laboratorio de Alimentos la Sra. Venencio Lemos Dahyana Gisel, quien acredita identidad....a los efectos de*

retirar la muestra...de una botella de envase...ingresada a este laboratorio con fecha 19/1/2015 por la denuncia realizada su Análisis a nombre del Sr. Farías Nicolás Emanuel”.

En consecuencia, no existe duda que la posesión de la botella la tuvo la actora desde la fecha que denuncia como adquirida, y que mantuvo en el tiempo pues al entablar la demanda fue ella quien la entregó para su reserva en secretaría.

Todo lo anterior, permite tenerla como consumidora fáctica, legitimada para iniciar el presente reclamo. En este sentido, entiendo que estamos ante circunstancias que hacen prueba por su gravedad, número y conexión con el hecho que trata de averiguarse, que son capaces de producir el convencimiento sobre su existencia de acuerdo con las reglas de la sana crítica racional (art. 316 del CPCC).

Por su parte, cabe destacar que en dicho informe (fs. 32), de acuerdo al resultado del análisis físico-químico se señaló que la “...gaseosa marca Coca Cola, en botella de vidrio de 350 ml de capacidad, cerrada con tapa metálica, aparentemente no violada y conteniendo en su interior, líquido de color negro que ocupa casi la totalidad del volumen del envase, en el que se distinguen elementos extraños de forma irregular que precipitan en el fondo del envase”.

Desde otro punto de vista, un dato no menor que surge de la botella y de los dichos de las partes, es que el producto se encontraba a la fecha de su eventual adquisición próximo a vencer; en efecto: la actora alega haber comprado la botella el 17/1/2015 y conforme se lee en el envase –foto de pericia- y lo afirmó el experto oficial, la fecha de vencimiento era el 19/1/2015.

Además, cabe destacar que el ingeniero industrial Santiago Mazzucco, aseveró que el coronado de la botella tiene una separación anormal y que presenta signos de haber sido violada o hackeada, por marcas y rayaduras en tapa (fs. 453 vta. y

454); además, que en el contorno del pico existe una sustancia de color negro. Agregó que, de acuerdo al peso bruto de la botella, que fue comparada con dos más tomadas de la línea de producción, la del caso presenta una desviación del 7,01% menos (fs. 459).

El experto concluyó que las tapas de este tipo de botellas si bien no deberían ser violadas, son susceptibles de serlo, si se cuenta con preparación práctica para tal fin y se utiliza una herramienta especial: destapador y tapa botella, cuya foto, precio y oferta adjunta conforme ofrece Mercado Libre (fs. 471 vuelta y 472), todo ello sin que sea advertible a simple vista.

En relación a esto último, durante la pericia se realizó un simulacro de violación de la tapa por personal especializado de la planta, sin que luego se advierta a la vista el hecho.

El perito también realiza una detallada descripción del proceso que la compañía demandada lleva a cabo para el proceso productivo y los controles de calidad que efectúa. Expresamente refiere que: “...*Las tapas son provistas desde hace años por una empresa del mercado nacional que las produce y comercializa bajo licencia y con estrictas normas de calidad...*”.

Es importante señalar que la prueba pericial producida en la causa por el perito se presenta como un estudio minucioso de las cuestiones que han sido sometidas a su consideración, con respuestas detalladas, acompañadas de fotografías y debidamente fundadas. Ha efectuado la idónea un serio abordaje de los puntos de pericia, por lo que considero que sus conclusiones deben ser seguidas para la solución del caso.

En este contexto, y al margen de no encontrarse controvertido, insisto en que debe tenerse por cierto que la botella que da lugar a los presentes, fue violentada en su tapa, lo que posibilitó la presencia de hongos – moho y levaduras en la

tapa y su interior (constatado en pericia a fs. 446 vuelta y 480).

Ahora bien, tal como surge de la resolución y de los agravios no hay pruebas en autos que permitan tener por cierto quién realizó tal violación. Nada apunta a que haya sido hecha por la actora, ya que ninguna prueba se aporta en tal sentido, para acreditar que disponía de los conocimientos y herramientas que eran necesarias para tal proeza.

De otro costado, debo referir que tengo por acreditado que la demandada, dentro del proceso de producción cumple con severos estándares de control de calidad, que hacen difícil pensar que tal objeto haya sido introducido durante la elaboración del mismo (habilitaciones, certificaciones nacionales e internacionales, premios, etc.).

Si bien hemos dicho con anterioridad, que: *“...aun cuando la demandada acredite tener implementado un muy cuidado proceso de elaboración, con medidas de control y seguridad certificadas según estándares internacionales en materia de calidad alimentaria, de ello no se puede seguir que éste sea infalible con relación a la ocurrencia de un evento de las características del caso que nos ocupa. Por ello, se debe inferir la factibilidad que en el proceso de elaboración se verifique la presencia de un cuerpo extraño en el interior de una botella reutilizada, ya sea por su mal lavado y acondicionamiento, ya sea por su introducción -accidental o no- durante el proceso de elaboración y antes de su tapado...”* (cfr. “Colazo, Miguel Ángel c/ Cervecería y maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G. – Abreviado – otros – Expte. N° 2197460/36”, Sentencia 106 del 2016).

Sin embargo, en el caso de autos considero que la posibilidad de su introducción durante el proceso de producción debe descartarse, ya que habiéndose acreditado que la tapa estaba violentada, lo lógico es presumir que tal es la razón

o causa de los hongos, mohos y levadura en su interior.

Ahora bien: determinado que el objeto no fue introducido por la demandada durante el proceso productivo, ¿es factible asignarle responsabilidad?

La actora arguye que sí, con fundamento en que la empresa demandada está fabricando e ingresando al mercado un producto, conociendo que la tapa no es segura y puede ser abierta. Considera que esta sola situación acredita que la empresa Coca Cola (EDASA), está violando a sabiendas las normas de seguridad que debe tener todo producto que se larga al mercado para su consumo, y que la carga de probar la ruptura del nexo de causalidad le corresponde al proveedor por ser quien se encuentra en mejores condiciones de hacerlo, y agrega que la conducta que despliega la demandada es violatoria de lo dispuesto en el art. 5° de la ley de defensa del consumidor, que establece, que las cosas y servicios deben ser suministrados y 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 usuarios.

La Fiscal de Cámaras se expide en sentido similar, al señalar el conocimiento de la demandada del carácter violable de sus tapas, la hace responsable, ya que no puede argüir la existencia de una “causa ajena” en violación al deber de seguridad en materia alimentaria.

c) Los alcances del deber de seguridad

A fin de decidir la cuestión, reviste singular importancia la obligación de seguridad que ampara a toda persona que se encuentra inmersa en una relación jurídica de naturaleza consumeril/extremo que tampoco se encuentra controvertido-.

En tal sentido, “...los arts. 5 y 6 de la LDC establecen lo que se ha denominado *obligación de seguridad*, en tanto el primer precepto dispone que las cosas y los

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 y usuarios” (...). “En este marco, la obligación de seguridad es aquella que impone al proveedor el deber de preservar en la relación la indemnidad de la persona y bienes de los consumidores y usuarios” (cfr. Francisco Junyent Bas; María Constanza Garzino; Santiago Rodríguez Junyent- “Cuestiones claves del derecho del consumidor”, Advocatus. 2017. Pag. 26.).

En la relación de consumo, la obligación de seguridad reviste las siguientes características, las que se derivan de los arts. 42 de la CN y arts. 5 y 6 de la LDC (cfr. Boragina, Juan Carlos, Meza, Jorge Alfredo, La obligación de seguridad. Su vigencia y trascendencia en el Código Civil y Comercial de la Nación, AR/DOC/137/2016; Barocelli, Sergio S., El deber de seguridad en las relaciones de consumo, La Ley, 12/02/2016; Junyent Bas, Molina Sandoval, Garzino y Heredia Querro, ob. cit., pág. 91):

- a. Tiene jerarquía constitucional.
- b. Rige durante toda la vida de la relación de consumo –previa y posterior a su nacimiento-.
- c. Tiene carácter expreso pues la ley obliga al proveedor a su cumplimiento.
- d. Persigue tutelar al consumidor o usuario como destinatario;teniendo como finalidad es preservar la indemnidad de las personas y la incolumidad de las cosas.
- e. Su interpretación debe hacerse a favor del consumidor o usuario (arts. 3 y 37 LDC).
- f. Es de orden público (art. 65 LDC).
- g. Pueden invocarla todos los sujetos comprendidos en el art. 1 LDC.

d) El deber de seguridad en el caso de alimentos

En materia de alimentos, a tal deber de seguridad se le ha asignado una naturaleza más gravosa y trascendental, considerándose un deber agravado, por la trascendencia de los valores en juego. Es que, cuando lo que se comercializa está destinado al consumo humano, tal como ocurre en el caso de autos, la protección a la vida y a la salud de los consumidores adquiere una relevancia especial, en razón de los bienes en juego.

En consecuencia, la verificación de la responsabilidad de quien tiene que velar por este deber de seguridad impone una consideración severa de las circunstancias relativas a la causa.

Esta obligación de seguridad supone, en un caso como el presente, que el producto sea producido con los máximos estándares de calidad y seguridad y también que llegue a manos del consumidor manteniendo tales estándares.

e) La regla de la solidaridad del art. 40 de la LDC

Por otra parte, no hay dudas que en casos como los que nos ocupa, donde la botella de gaseosa fue violentada en su cerramiento, lo que habría producido la contaminación de su contenido con hongos y levadura, como ha sido acreditado en el dictamen pericial, ha puesto en potencial riesgo a la actora ante la hipótesis de que inadvertidamente hubiera tomado su contenido.

Ello determina la vigencia de una responsabilidad objetiva, por el riesgo o el vicio de la cosa que puede causar daños al consumidor y/o usuario, arts. 5 y 6 de la LDC y art. 42 de la CN.

De esto se desprende que en casos como el que nos ocupa, tiene plena vigencia el art. 40 de la Ley de Defensa del consumidor que establece que: “Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán, el productor, el fabricante, el distribuidor, el proveedor, el

vendedor, y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio”.

Como consecuencia de esta previsión normativa, el consumidor se encuentra habilitado para reclamar contra todos o cualquiera de los indicados como responsables y que integran la cadena de distribución de la cosa: el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. Ello, sin perjuicio de las eventuales acciones de repetición que pudieran corresponder.

Si bien en los presentes no hubo un daño directo a la salud o integridad de la consumidora, como resultado del riesgo de la cosa, considero que la disposición contenida en el art. 40 de la LDC debe ser aplicada, atento haberse acreditado la eventualidad de tal daño, por la contaminación del contenido de la botella.

De este modo, acreditado el riesgo de la cosa, y la existencia de una responsabilidad de tipo objetiva, la demandada solo podría librarse acreditando que la causa del daño le es ajena: la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder.

La jurisprudencia ha entendido que dicho eximente se configura con el actuar de un sujeto extraño a las partes, que se constituye en condición adecuada del perjuicio, y produce la ruptura de la relación de causalidad, lo que determina que en verdad ya no ha de ser la empresa demandada la causante del daño.

Ahora bien, el tercero debe ser una persona distinta de la víctima y de la demandada, que no tiene vínculo jurídico con ninguno de ellos, y cuyo accionar además reviste los caracteres de imprevisibilidad e inevitabilidad que son propios del casus (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, la Sala A, “Duvidovich Gallo, Patricia Adriana c.Valle de Las Leñas S.A. y otro s/Daños y perjuicios”, 19/04/12, Cita Online: AP/JUR/1067/2012).

En otras palabras, el tercero debe ser una persona absolutamente ajena a todo el

proceso de producción o comercialización del producto, ya que de lo contrario quedarían comprendidos en la solidaridad impuesta por el art. 40 de la LDC y no podría la demandada desligarse invocando culpa de un tercero a su respecto.

En el caso de autos, considero que la demandada no ha sido exitosa en probar que tal adulteración tuvo su origen en un tercero ajeno a todo el proceso de producción y comercialización por el que no debe responder.

Adviértase que la prueba diligenciada por EDESA refiere a la diligencia empleada en el proceso de producción de la botella de Coca Cola, pero no demuestra medida alguna de control posterior hasta la llegada del producto a manos del consumidor.

De tal modo, la empresa no se ha logrado probar con éxito, que tal alteración se haya producido por alguien ajeno a este proceso de comercialización.

En función de lo expuesto, y por aplicación de los arts. 5, 6 y 40 de la LDC considero que si existe responsabilidad en la demandada por los daños sufridos por la actora por haber adquirido un envase de gaseosa cuya tapa fue vulnerada y con el contenido alterado.

Adviértase que el propio juez consideró, lo que comparto, que el deber de seguridad debe regir durante todo el proceso productivo y hasta que el producto llegue a manos del consumidor.

Por su parte, comparto las sólidas argumentaciones de la Fiscalía de Cámaras quien, en su dictamen del 10/10/2023, aseveró que: “ *EDASA conoce la vulnerabilidad del sistema de cierre de las gaseosas y, a pesar de todas las medidas adoptadas para la elaboración del producto, igualmente esa debilidad en la seguridad de las tapas de las botellas no ha sido superada, omisión que ha permitido, en este caso y muchos otros, que un tercero contaminara su contenido, tornando al producto potencialmente dañoso para la salud de la*

población.

La acción de un tercero puede lograr el cometido de “hackear” una botella salida de la impecable línea de producción de la empresa porque su cerramiento es susceptible de ser violentado de manera casi imperceptible. Este vicio es conocido por EDASA al punto de ser invocado y probado para eximirse de responsabilidad, circunstancia que, lejos de lograr ese objetivo, pone en evidencia que la “causa” es propia y no ajena en tanto se verifica un incumplimiento al deber de proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores a los que dirige su producto.

Desde esta perspectiva, debe afirmarse que la empresa, profesional y experta en la materia, con áreas especialmente destinadas a la producción, calidad, seguridad, etc., es quien está en mejores condiciones de definir el método adecuado para evitar este tipo de “hacks” que son absolutamente prevenibles”.

Agrego, no estando acreditado que fue la actora quien violentó la tapa de la botella, debe presumirse que la misma lo fue previo a su adquisición, durante el proceso de comercialización, máxime ante la falta de prueba por la demandada, quien tenía la carga de hacerlo para liberarse de su responsabilidad objetiva, que alguien ajeno a tal proceso realizó tal violación, la demandada responde en los términos del art. 40 de la LDC.

Por ello debe admitirse el agravio, sin perjuicio de la acción de regreso que le pudieran corresponder.

f) Los rubros reclamados

Determinada la responsabilidad de la demandada, corresponde ingresar a analizarlos rubros reclamados por la actora.

1. Daño patrimonial

En este rubro reclama se condene a la demandada a pagar el valor de mercado de la botella para adquirir otra similar.

Este rubro debe ser admitido, ya que está acreditado que la actora adquirió o poseía esa botella para su consumo personal y no pudo cumplir la finalidad específica (consumo humano).

Así las cosas, corresponde acoger el rubro y mandar a pagar a la actora una indemnización equivalente al valor solicitado de \$5.5, con más intereses equivalente a la tasa pasiva que publica el BCRA con más el 2% desde la fecha del hecho y hasta el 31/12/2022 y con más el 3% por ciento nominal mensual desde el 1/1/2023 y hasta su efectivo pago, conforme el criterio asumido por el TSJ en: “Seren, Sergio Enrique c/ Derudder Hermanos S.R.L. - ordinario – despido. Expediente SAC: 3281572”, TSJ, Sala Laboral, Sentencia N° 128, de fecha 1/9/2023, y de la misma sala en autos: “Bellotti Graciela del Valle c/ Galeno ART S.A. y otros - ordinario - incapacidad” recurso de casación - 2646734”, Sentencia 157 del 4/10/2023.

2. Daño moral

En relación al rubro daño moral reclamado por la accionante, advertimos que invoca haber sufrido una desagradable sorpresa al descubrir los hongos- moho la botella. Invoca que se trató de un evento desagradable, repugnante, que ha afectado la confianza en una reconocidísima marca, y también justifica su pedido en el destrato que dice haber recibido de la empresa.

Hemos dicho con anterioridad que el “asco” o "repugnancia" por observar la presencia de un objeto extraño de las características a las de autos en el interior de una botella de bebida gaseosa, no alcanza para tener por acreditado, sin más, esta clase de daño, si no ha consumido el producto.

No se comparte que se pueda inferir ello por la sola presencia de un elemento

extraño en el interior de la botella, o en el caso la presencia de los hongos, que no fue abierta ni consumido su contenido si ese hecho no posee, objetivamente y de manera indubitable circunstancias y características particulares para representar, en el hombre medio, una inevitable, intolerable y profunda sensación de desagrado, disgusto, aversión u otro similar.

La sola presencia de hongos, moho y levadura, pero visibles a tenor de las fotografías acompañadas en la pericia no es un hecho de estas características o que pueda causar ordinariamente esa clase e intensidad de malestar.

Sin embargo, también invoca la accionante en su oportunidad que se lesionó su confianza en la marca que la demandada comercializa y ello, como ya lo hemos sostenido en el precedente “Colazo” precitado, es un interés jurídicamente tutelable y una transgresión que podía inferirse de las circunstancias del caso, sin necesidad de mayor prueba.

Hemos dicho que es la confianza en la imagen y la marca del proveedor, entendidas como el sistema de signos identificadores de una institución o empresa, el factor que más influye en la preferencia y toma de decisión del consumidor por las múltiples asociaciones y percepciones valorativas y benéficas que de ellas realiza, influido por la estrategia de comercialización y publicidad que aquél implementa (calidad, salubridad, seguridad, excelencia, bienestar, estatus, etc.), a tal punto que éstas constituyen unos de los activos intangibles más valorados en la empresa moderna.

Si bien los Códigos Civil y Comercial anteriores a la actual legislación unificada no contemplaban una protección expresa a la lesión de la confianza, el nuevo código unificado la recoge como un principio regulador de los contratos al establecerlo en el artículo 1067 CCC.

Allí expresamente se dispone que la interpretación debe proteger la confianza y

lealtad que las partes se deben recíprocamente, siendo inadmisibles la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto.

Como se señaló en el precedente “Colazo”, trayendo a colación la opinión del Fiscal de Cámaras: “... *el fundamento de la protección del valor "confianza" se justifica en el desequilibrio estructural del consumidor, quien frente al proveedor es un profano, pues adquiere el producto o servicio en base a la "apariencia creada" por aquél, máxime cuando se trata de marcas con presencia y liderazgo internacional del mercado. Es que, en general "...los consumidores se ven en la necesidad de confiar en la información, calidad de producto, características, etc. que brindan los proveedores, sin posibilidad cierta de constatarla; es decir, no tienen alternativas reales para "cuestionar", "desmentir" o "contradecir" sino tan sólo optar por no adquirir el bien o servicio...".- Agregó y se comparte que "...el consumidor actúa movido por la necesidad, consume irreflexivamente y realiza un acto que encuentra basamento en la confianza, dada su docta ignorancia al adquirir bienes o contratar servicios: ignora calidades, formas de producción, composición de materiales; modos de usos, precios y formas de pago, vidas útiles, nada sabe respecto de la aptitud del producto o servicio que contrata, al punto de su relación con la necesidad que persigue satisfacer. Generalmente, cuenta con poco tiempo para comparar, discutir, consultar. Y todo ello, con el apremio de la necesidad e influido muchas veces por las sugerencias de la publicidad y la propaganda.."* (ver cita al autor, nota 24, Tambussi, Carlos E., "La publicidad prohibida en el nuevo Código" La Ley 28/7/2015)...”.

Es público y de notorio conocimiento que la accionada es una marca de larga trayectoria: “...Desde hace 133 años Coca-Cola está presente en el mundo y

desde hace 76 años opera en Argentina. Desde entonces trabaja con la misma pasión y el compromiso en su misión de refrescar al mundo, inspirar momentos de optimismo y felicidad, crear valor y hacer una diferencia positiva en la vida de las personas, las comunidades y el entorno en el que se desarrolla.” (<https://www.cocacoladeargentina.com.ar/nuestra-compania/sobre-coca-cola>).

De todo ello es innegable considerar la generación de la confianza del consumidor en los productos de esa marca que, indubitadamente, fue violada por el hecho de las características que nos ocupa y estas circunstancias, sin necesidad de otras pruebas corroborantes.

No hay dudas que para la consumidora se trataba de un hecho sorpresivo e imprevisible y por ello, claramente contrario a las expectativas creadas por los valores que representaban la imagen y marca que lleva el producto. Era tan impensado, que su envase no tiene advertencia o leyenda alguna que sugiera su posible ocurrencia. Tampoco se prueba que la publicidad lo haga.

Este tribunal con anterioridad ha señalado que el daño moral puede ser conceptualizado como la *“modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial”* (cfr. Pizarro, R., "Daño Moral. Prevención /Reparación / Punicción", Ed. Hammurabi, Bs. As., 1996, pág. 47).- No se agota con el simple dolor sino que abarca toda proyección en la subjetividad de la persona que pueda reputarse perjudicial o negativa.-

Por todo ello, a la luz de los hechos de la causa y tratándose de una ofensa a un interés legítimo, aun cuando derivara de la lesión a la esfera extrapatrimonial de la persona, es indemnizable y el actor tiene derecho a ser resarcido si la

accionada no alegó ni puso en evidencia alguna situación objetiva y particular por la cual aquel no debía ser estimado.

Ahora bien, procede realizar algunas consideraciones respecto a la cuantificación del daño moral.

En las relaciones de consumo la mera afección a cualquier derecho o interés digno de tutela jurídica, aun cuando leve, no está exenta de reparación. No se trata en el caso de una trivialidad o las necesarias molestias mínimas que generan la convivencia humana, conforme a su propia naturaleza, sino de la lesión a un interés legítimo del consumidor y de parte de un proveedor.

Sin embargo, al ingresar en el capítulo relativo a la cuantificación del daño sufrido, no hay dudas que se trata de una tarea dificultosa para los jueces. En especial en cuestiones como las que nos ocupa.

Corresponde merituar en este caso la entidad de la afectación producida y la falta de cualquier consecuencia lesiva. Considero, que, a tenor de la prueba rendida, la dificultad de la actora para conseguir respuesta de la empresa, el tiempo transcurrido y la lesión a su confianza y seguridad, resulta razonable cuantificara el daño moral en la suma solicitada de pesos cinco mil (\$5.000) con más intereses desde la fecha de la demanda (23/11/2016) en que fue cuantificado el rubro y hasta el 31/12/2022 a la tasa pasiva que publica el BCRA con más el 2% nominal mensual, y aquella tasa con más el 3% nominal mensual desde el 1/1/2023, conforme el criterio ya citado del TSJ, y hasta su efectivo pago.

3. El daño punitivo

3.a. Su noción y requisitos de procedencia

El daño punitivo no es un instituto de interpretación restrictiva, ello no surge de la ley ni de ninguna otra norma que así lo establezca, en consecuencia,

verificados sus presupuestos resulta procedente.

Por el contrario, el consumidor tiene derecho a solicitar la aplicación de la sanción del daño punitivo al proveedor, y en función del fin disuasorio del instituto, ello favorece a toda la sociedad y no sólo a quien lo solicitó y consiguió la aplicación de la multa.

El daño punitivo es una herramienta que el legislador previó expresamente en función de la manda constitucional del art. 42 de la CN que impone que: “La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos”; además, esa misma norma dispone que: “Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos...” obligación de fuente legal para todos los Poderes del Estado, incluido el Judicial.

En relación a los requisitos, ni la ley ni la doctrina exigen que el incumplimiento del proveedor resulte de una “práctica”, ni de un ilícito lucrativo (así se decidió por unanimidad en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Comisión N° 4: Derecho del consumidor: daño punitivo, Santa Fe, septiembre de 2019, punto 7 de las Conclusiones), ni mucho menos que requiera “reincidencia”, pudiendo ello resultar relevante exclusivamente a los fines de su cuantificación.

Adviértase que la ley refiere a “cualquier incumplimiento”, lo que si bien resulta demasiado amplio y abarcativo, la propia doctrina y jurisprudencia se ocupó de limitarlo exigiéndose un factor de atribución subjetivo en la conducta del proveedor (tal como se analizará a continuación).

Por su parte, hemos señalado con anterioridad que el daño punitivo es una sanción pecuniaria que la LDC prevé en el art. 52 bis que reza: “*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”.

El daño punitivo tiene una doble finalidad: preventiva y punitiva, tal como lo explicó Pizarro al señalar que se trata de: *“sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro”* (cfr. Pizarro, Ramón Daniel, Daño Moral, Hammurabi, Bs.As., 1996, p. 453). En consecuencia, además de los requisitos propios de la figura, ambos propósitos deben ser tenidos en cuenta al momento de valorar su procedencia.

Al respecto, la doctrina especializada debatió los requisitos que deben concurrir a los fines de la procedencia del daño punitivo, los que Galdós reseña como los siguientes: 1) petición de parte -pues no procede de oficio- es decir por el consumidor dañado; 2) la existencia de un daño efectivo, 3) que exista entre las partes una relación de consumo; 4) la presencia de un elemento subjetivo del dañador, es decir, una culpa agravada (cfr. Galdós, Jorge M. Los daños punitivos en la Ley de Defensa del Consumidor, en: Tratado de Derecho del Consumidor, Gabriel Stiglitz y Carlos A. Hernández: Directores, Tomo III, Buenos Aires, La Ley, 2015, pág. 286/290).

Merece especial alusión el presupuesto del factor de atribución subjetivo respecto a la conducta del proveedor, pues así lo fijó nuestro máximo tribunal

provincial. Concretamente, la Sala Civil y Comercial del Tribunal Superior de Justicia, confirmó el precedente dictado por la Cámara 3era en “Teijeiro” en donde se resolvió que no basta el sólo incumplimiento para la condena por daño punitivo, sino que es necesario un reproche de índole subjetivo y calificado (cfr. CCC 3° de Córdoba, “Teijeiro (o) Teigeiro, Luis Mariano c. Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G.”, 17/4/12 y TSJ: Sentencia N° 63, del 15/4/14).

Cabe destacar que precisamente en dicho precedente se solicitó el daño punitivo por el mismo incumplimiento que aquí se demanda: botella de bebida adulterada, cuestión sobre lo que volveré más adelante.

Por otro lado, parece haber consenso en que la aplicación de los daños punitivos se encuentra condicionada a la existencia de una conducta especialmente reprochable y cualquier actuación meramente negligente o culpable no dará lugar a la multa civil prevista en el artículo 52 bis en análisis. Se sostiene que la aplicación del instituto solo procede cuando: “el proveedor incumpla sus obligaciones con dolo, culpa grave, malicia, cuando el comportamiento importe un desprecio inadmisibles para el consumidor” (cfr. CNCOM, Sala F, “R., S. A. c. Compañía Financiera Argentina S.A.”, 10 de mayo de 2012, elDial AA769F; Otaola, María Agustina, “La Justificación de los Daños Punitivos en el Derecho Argentino”, Publicado en: Revista de la Facultad -UNC- 2014-1, 135, Cita Online: AR/DOC/1484/2014, el énfasis me pertenece).

Entonces, para la procedencia del daño punitivo es necesario que exista una conducta deliberada por parte del proveedor en desmedro de los derechos del consumidor, es decir, a la luz de un factor de atribución subjetivo calificado (culpa grave o dolo). Tal tesitura, insisto, es avalada por la doctrina mayoritaria a nivel nacional (cfr. López Herrera, Edgardo, “Daños punitivos en el derecho

argentino. Art. 52 bis, Ley de defensa del consumidor", Lexis n° 0003/013877; VERGARA, Leandro, "La multa civil. Finalidad de prevención. Condiciones de aplicación en la legislación argentina", Revista de Derecho de Daños, 2011-2-329; HERNÁNDEZ, Carlos A. - SOZZO, Gonzalo, "La construcción judicial de los daños punitivos. Antecedentes y funciones de la figura en Argentina", Revista de Derecho de Daños, 2011-2-361; Ariza, Ariel, "Contrato y responsabilidad por daños en el derecho del consumo", en Ariza, Ariel (coord.), La reforma del régimen de defensa del consumidor por ley 26.361, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 134/135; Elías, Ana I., "Daño punitivo: derecho y economía en la defensa consumidor", en Ariza, Ariel (coord.), La reforma..., cit., p. 153; Moisés, Benjamín, "Los llamados 'daños punitivos' en la reforma a la ley 24.240", RCyS, agosto de 2008, p. 38; Cossari, Maximiliano N. G., "Problemas a raíz de la incorporación de los daños punitivos al ordenamiento jurídico argentino", LL, 3/12/2012, p. 3; Stiglitz, Rubén S. - Pizarro, Ramón D., "Reformas a la Ley de Defensa del Consumidor", LL, 16/3/2009, p. 4/5; Junyent Bas, Francisco – Garzino, María C., "Daño punitivo. Presupuestos de aplicación, cuantificación y destino", LL, 19/12/2011, p. 4., citados por Picasso, Sebastián en "Objeto extraño en una gaseosa y los "daños punitivos"", Publicado en: La Ley 25/06/2014, 5, La Ley 2014-D, 24).

Igual criterio siguen los proyectos de reforma de la LDC, presentados en el Congreso de la Nación en agosto de 2019 y en 2020 (en sus tres versiones disponibles en: <https://www.senado.gob.ar/upload/30793.pdf>; <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2020/PDF2020/TP2020/3143-D-2020.pdf>; <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2020/PDF2020/TP2020/5156-D-2020.pdf>), que exigen a fin de aplicar el daño punitivo, en el art.

118, la existencia de un: “grave menosprecio hacia los derechos del consumidor”, que la doctrina colectiva derivada de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Santa Fe, Septiembre de 2019) avaló y detalló que debe entenderse comprensiva de la culpa grave y el dolo (Conclusión N° 10). A la luz de los lineamientos señalados procederemos al análisis de las constancias obrantes en la causa a fin de dilucidar si se verifica la concurrencia de los presupuestos reseñados.

En primer lugar, subyace entre las partes una relación de consumo, conforme las normas y principios del derecho que gobiernan esta vinculación.

En segundo lugar, el daño punitivo fue expresamente solicitado al interponerse la demanda, por violación al deber de trato digno, cuantificándolo en pesos veinte mil (\$20.000) y por existir un producto defectuoso destinado al consumo humano, en pesos trescientos mil (\$300.000).

En tercer lugar, la actora acreditó el vicio en la botella de bebida, no habiendo probado la fabricante quién, dónde, cuándo ni cómo habría sido abierto el envase que ocasionó el hongo, levadura, etc. en su interior, es decir, tratándose de un supuesto de responsabilidad objetiva –obligación de seguridad por productos alimentarios para el consumo humano- no logró acreditar la ruptura del nexo de causalidad, art. 40 de la LDC, tal como ya se desarrolló al tratarse la responsabilidad.

Por su parte, si bien al contestar la demanda la empresa alegó que existió una comunicación con la Sra. Venencio Lemos y que se le habría realizado un ofrecimiento a fin de salvar los daños por la botella en cuestión, ello no fue acreditado por aquella, siendo la interesada en hacerlo y quien se encontraba en mejores condiciones de realizarlo (art. 53 de la LDC) pues debe contar con un registro de reclamos.

En consecuencia, tengo por acreditado el incumplimiento al trato digno del consumidor porque no se brindó solución alguna a su reclamo, obligándola a recurrir a esta instancia judicial en defensa de sus derechos, a más de ocho años de la ocurrencia del hecho.

Por otro lado, también se encuentra acreditada la existencia de un producto alimenticio, adulterado, con hongos en su interior, no apto para su destino: el consumo humano, lo que importa un producto vicioso y un claro incumplimiento contractual (producto no acorde a las condiciones de la oferta) y legal (violación al contrato y a la obligación de seguridad) por parte de la empresa.

Ahora bien, con respecto al factor de atribución subjetivo agravado que se requiere para la procedencia de la sanción, advertimos que la demandada violó la confianza de la Sra. Venencio Lemos al encontrar la botella con hongos en su interior al momento de su adquisición o posesión –según el criterio que se adopte para la calificación como consumidora.

Además, considero que en el caso en particular sí existe un reproche subjetivo a título de culpa grave contra EDASA, pues actuó con grave indiferencia hacia los derechos de los consumidores, por las razones que expondré.

Si bien con anterioridad propiciamos la inexistencia de reproche subjetivo en estos casos en los que los consumidores de bebidas encontraban algún objeto en su interior, pese a encontrarse visiblemente bien cerrado, considero que actualmente existen circunstancias que me llevan a modificar tal criterio.

El “*leading case*” del TSJ en la citada causa “Teijero”, primer caso del alto cuerpo relativo a la responsabilidad de las empresas fabricantes y embotelladoras de bebidas en nuestra provincia, data del año 2014. Con posterioridad existieron diversos pleitos con igual objeto en nuestros tribunales,

entre los que a modo ejemplificativo podemos citar sólo los resueltos por este tribunal: “Colazo, Miguel Ángel c/ C/ Cervecería y maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G. – Abreviado – otros – Expte. N° 2197460/36”, Sentencia 106 del 2016, “Romero, Vanesa Soledad c/ Embotelladora del Atlantico S.A. (EDA S.A. COCA COLA). ordinario daños y perjuicios- otras formas de responsab. extracontractual– Expte. 5499184”, sentencia N° 114 del 2021.

La cantidad de casos existentes también se releva del dictamen de la Fiscalía de Cámaras, quien ilustró su postura en diversos antecedentes sobre el tema en relación al daño punitivo por adulteraciones u objetos flotando en bebidas, en los que se pronunció a favor de la aplicación del daño punitivo, a pesar que en éste seguiría el criterio del TSJ y se aparta.

Al respecto, el TSJ en la causa “Atay Manuel José c/ Embotelladora del Atlántico - Ordinario” revocó la condena por daño punitivo por verificar un razonamiento contradictorio en la decisión; en este sentido, alegó que según el tribunal de grado se exige un factor de atribución subjetivo para la procedencia de la sanción, pero luego al considerar como negligente el accionar de la empresa por haber conocido que la botella era factible de ser abierta y cerrada, sin hacer nada al respecto, justificaba la procedencia de la sanción, pese a haber previamente reconocido que el Código Alimentario no le exigía la inviolabilidad de la tapa. A tal fin, el alto cuerpo reenvió la causa a la CCC 9° de apelaciones para que decida la eventual procedencia del daño punitivo, siendo la Cámara y no el TSJ la que rechazó el reclamo por daño punitivo.

Por su parte, el alto cuerpo decidió en la causa “Romero Vanesa Soledad c/ Embotelladora del Atlántico S.A. (EDA.S.A. – coca cola) – Ordinario – Daños y perj. – Otras formas de respons. extracontractual – Recurso de casación - Expte. 5499184”, Sentencia 70 del 30/6/2023, que no existían sentencias

contradictorias para habilitar la instancia casatoria, sin pronunciarse sobre la eventual procedencia del daño punitivo que fue rechazado por esta cámara en dicho antecedente.

De tal modo, considero oportuno destacar que hasta la actualidad el TSJ no se ha pronunciado expresamente respecto a la eventual procedencia del daño punitivo en contra de una embotelladora por la posibilidad de abrir y cerrar la botella, introduciendo o no objetos en ella, sino que sólo verificó en los antecedentes citados la eventual existencia del error lógico que habilitaba la instancia casatoria, y en la causa “Atay” al tenerlos por acreditados, reenviándola para su decisión a la cámara que seguía por reenvió –siendo ésta quien lo rechazó el daño punitivo y no el TSJ.

Insisto, a riesgo de resultar reiterativa, no existe pronunciamiento concreto del TSJ respecto al tema en particular (aplicación del daño punitivo en estos casos) sino sólo revisiones por vía casatoria de las resoluciones de las cámaras en las tres causas en las que se pronunció: “Teijeiro”, “Atay”, “Romero”.

Retomando el análisis, tenemos que en ésta causa se acreditó que existieron con el correr de los años 31 denuncias ante la Dirección de Defensa del Consumidor desde el año 2000 hasta el 2019 en contra de la demandada, a lo que cabe agregar la cantidad de casos en los que la persona no se toma el trabajo y el tiempo de reclamar en defensa de su derecho a un producto inocuo para su salud.

Por su parte, la profesionalidad de las empresas demandadas, multinacionales, que conocen la existencia de estos casos que califican como “sabotajes” o “hackeos” al menos en nuestro país, y el correcto cumplimiento de su deber de seguridad (arts. 5 y 6 de la LDC y art.42 de la CN), justifican a mi entender, que se les requiera un mayor rigor en su cumplimiento, precisamente por el bien

jurídico protegido que es el derecho a la salud y vida de los consumidores que adquieren una bebida para consumo humano.

En particular, estoy convencida que a esta altura de las circunstancias, habiendo pasado más de diez (10) años desde el primer fallo en el que se analizó este tipo de vicios en productos elaborados destinado al consumo humano, las empresas no pueden desligarse de su responsabilidad alegando la culpa de un tercero por quien no deben responder, sin adoptar medida extra alguna para impedir la reiteración de esta posibilidad que ya se acreditó en diversos casos: el abrir y cerrar el envase –tanto de vidrio como el de autos, como el de plástico con precinto- sin que ello sea advertible a simple vista (ver simulacro en pericia).

Lo anterior se justifica aun cuando el Código Alimentario (Decreto Ley 141/1953, Ley 18.284 (1969), decreto reglamentario 2126/1971), que pese a sus reformas resulta de vieja data, no lo exija a rajatabla o como una obligación de resultado la inviolabilidad de los envases pues, prioritariamente la salud de los consumidores, pero también la protección de sus intereses económicos y la confianza en la marca, exigen que realmente el producto no pueda ser abierto tan fácilmente como parece, y cerrado sin que el consumidor pueda advertirlo, con todos los riesgos que ello importa para su persona.

Al tratarse del sujeto profesional, capacitado con expertos en higiene y seguridad, no puede la empresa alegar que la tapa que utiliza con el mecanismo actual, que se acreditó resulta vulnerable –lo que incluso reconoce la empresa al contestar la demanda-, sea el mecanismo adecuado para cumplimentar la primera manda del Código Alimentario referida a que los proveedores: “*Deberán disponer de cierres o sistemas de cierres que eviten la apertura involuntaria del envase en condiciones razonables*”, art. 184. Ello por cuanto la cantidad de botellas adulteradas permite tener por cierto que el actual cierre con

sólo la tapa, sea de plástico o de metal, no resulta suficiente en nuestro ámbito para evitar cumplir con el principal deber de la norma citada respecto a: “...*a contener alimentos acondicionados en ellos desde el momento de la fabricación, con la finalidad de protegerlos hasta el momento de su uso por el consumidor de agentes externos de alteración y contaminación así como de la adulteración*” (el destacado me pertenece).

Insisto, es la empresa profesional, experta en materia alimentaria, higiene y seguridad, quien debe encontrar un mecanismo para evitar que sigan ocurriendo estos hechos de apertura de botellas, incorporación de elementos ajenos a la bebida o simplemente, como en el caso, su apertura generándose hongos, moho y levadura, como podría ser a modo simplemente ejemplificativo, el agregarle una tapa autoadhesiva metalizada de cierre, antes de la colocación de las tapas actualmente usadas, como tienen otros productos lácteos o cremas. Adviértase que ello, sin importar un gran costo para el valor del producto, impediría que pase inadvertido por el consumidor la apertura del envase y eventual incorporación de elemento extraño a la bebida.

En este sentido, comparto la postura de la Corte de Justicia de Tucumán, la que en la famosa causa “Esteban” adhirió al criterio de “*tolerancia cero*” en materia alimentaria, postulada oportunamente por Chamatrópulos. Al respecto, el tribunal dispuso: “...*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)” (cfr. CSJT, Sala Civil y Penal, Sala Civil y Penal, Expte: C917/12, “Esteban Noelia Estefania c/ Cerveceria y Malteria Quilmes S.A.I.C.A.G S/ Daños y perjuicios, Sentencia N°: 590 del 25/4/2019).

Finalmente, el alto cuerpo tucumano concluyó, en postura que comparto que: “*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”.*

En definitiva, por todo lo expuesto, y en función de los años transcurridos desde el primer fallo sobre la temática y del criterio de tolerancia cero en materia de cumplimiento de la obligación de seguridad en materia alimentaria, considero que sí existe un obrar con grave desprecio hacia los derechos de los consumidores por parte de EDESA, al no cumplir diligentemente el deber de seguridad que la ley les impone, al margen del destacable cumplimiento que acreditaron en la etapa de elaboración y embotellamiento del producto, pero que no resulta suficiente para que llegue en iguales condiciones a manos de los

consumidores que son los destinatarios finales.

La realidad demuestra que, a pesar de la insistencia de la empresa respecto a su diligencia en las etapas de fabricación y embotellamiento de la bebida, resulta necesario ampliar o extender dicha diligencia a fin de impedir que luego de aquél proceso las botellas puedan resultar abiertas y adulterado su contenido, que reitero: es para el consumo humano.

Confirmado el reproche subjetivo a la demandada, junto con la verificación del resto de los requisitos, se justifica la procedencia del daño punitivo con fines sancionatorio y principalmente preventivos de futuras inconductas como la acreditada en la causa que ponen en riesgo la salud y la vida de los consumidores alimenticios que adquieren bebidas.

3.b. La cuantificación del daño punitivo

La actora al requerir el daño punitivo lo cuantificó en la suma de \$320.000, distinguiendo \$20.000 por violación al deber de trato digno y \$300.000 por producto defectuoso.

La cuantificación del monto de la condena por daño punitivo, constituye uno de los capítulos más difíciles para el juzgador, cuestión que justamente determina, en muchos casos, que el mismo no sea aplicado o lo sea por montos ínfimos que no cumplen con la doble finalidad para la cual ha sido regulado el instituto, en especial, con la preventiva.

Tampoco desconocemos que en un esfuerzo por aportar cierta claridad y seguridad al tema se han propuesto fórmulas matemáticas (como la de Irigoyen Testa) que buscan establecer cuáles deben ser las variables y parámetros a considerar para cuantificar este daño.

En principio no nos convencen las razones para utilizar esta fórmula. Consideramos que resulta más conveniente hacer explícitas las pautas o

parámetros que serán valorados por el tribunal para cumplir fundadamente con esta cuantificación.

En esta tarea, entendemos que se debe comenzar por el propio artículo 52 bis de la LDC, que al regular la posibilidad de aplicar una sanción por daño punitivo, expresamente establece que la misma se graduará: “...*en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso...*”.

El dispositivo indica dos parámetros a tener en cuenta para la cuantificación del daño punitivo: uno concreto: la gravedad del hecho, y otro de carácter abierto: demás circunstancias del caso.

Resulta necesario establecer cuáles son las “circunstancias del caso” que se ponderaran para la cuantificación del daño punitivo. En esta tarea, cabe asignar especial valor al listado de recaudos previstos por el art. 49 de la Ley 24.240 para la graduación de las sanciones a aplicarse en sede administrativa. Junto a ellos, hay otros elementos que consideramos deben ser igualmente ponderados a tal fin.

En este contexto, las pautas que creemos deben valorarse para la cuantificación del daño punitivo, aun cuando no puedan determinarse todas en cada caso concreto, son:

a) Gravedad del hecho(art. 52 bis LDC): se deberá valorar especialmente al momento de tarifar el daño punitivo la gravedad de la conducta desplegada por el proveedor y su alcance.

b) Perjuicio para el consumidor(art. 49 LDC, 42 C.N.): se debe tener en cuenta la intensidad de la afectación de los derechos del consumidor, con especial consideración a aquellos que tengan expresa recepción en la norma constitucional. En efecto, el art. 42 de la Constitución Nacional establece que: “...*Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su*

salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno...”. Debe valorarse si la conducta desplegada por el proveedor afecta uno de estos derechos especialmente receptados en la Constitución.

También debe considerarse comprendido en este punto el tiempo perdido por el consumidor para obtener el restablecimiento de sus derechos. En este sentido, la doctrina especializada en derecho del consumidor, que se comparte, destacó que: “*Muchas veces, por estas cuestiones, los consumidores deben dejar de atender sus cuestiones personales (trabajo, estudio u otras obligaciones) o renunciar a disponer libremente de su tiempo para embargarse en fatigosos reclamos, llamadas a centros de atención telefónica despersonalizados, cuando no a un verdadero peregrinar a oficinas de atención al cliente, servicios técnicos, organismos de defensa del consumidor, abogados, asociaciones de consumidores, etc., con las consiguientes erogaciones de traslados, costos, llamadas telefónicas, gastos administrativas, entre otros, sumado alpreciado bien del tiempo...Entendemos que no resulta necesario fundamentar la importancia de la disposición del tiempo para el desarrollo de actividades productivas que provean el sustento de una persona y su familia en un mercado complejo, competitivo y flexibilizado como el que atravesamos en estos tiempos.*” (cfr. Barocelli, Sergio S., El valor tiempo como menoscabo a ser reparado al consumidor. Su cuantificación, publicado en: <http://www.acaderc.org.ar/>, el destacado me pertenece).

c) Posición en el mercado del infractor(art. 49 LDC) así como el patrimonio del dañador, su situación en el mercado (por ejemplo: si existe monopolio), su proyección nacional o internacional. En este sentido se resolvió que: “*...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 lo único*

que consigue es que la corporación pague y siga actuando de idéntica manera” (cfr. Cámara 6ª C.C. Cba. 8/4/14, Expte. 2196285/36. Reseñas de fallas en Semanario Jurídico N° 1957, del 29 de mayo de 2014).

d) La cuantía del beneficio obtenido(art. 49 LDC). Si bien la ausencia de beneficio (o su carácter ínfimo) no impide en absoluto la procedencia de la sanción, de existir, la extensión del beneficio debe ser valorada al momento de cuantificar la sanción. Insistimos, si bien el hecho de que el proveedor no haya obtenido ninguna mejora económica no obsta a que se considere reprochable su proceder y merecedor de la sanción prevista en el art. 52bis, la circunstancia de que haya obtenido un beneficio importante si incide en el monto de la sanción a aplicarse, para evitar que la multa pueda resultar ínfima frente a tal beneficio. Este aspecto entra en íntima vinculación con el siguiente parámetro.

e) Eficacia de la sanción: la sanción a imponerse debe cumplir con su finalidad preventiva: disuadir al proveedor de incurrir o mantener conductas vulneratorias de los derechos del consumidor. Al respecto se resolvió que: *“...corresponde tener presente que la sanción civil impetrada tiende a prevenir, por parte de dicha empresa, hechos similares para el futuro. (...) prevenir –ante el temor que provoca la multa- la reiteración de hechos similares en un futuro. Contribuye al desmantelamiento de los efectos de ciertos ilícitos, pero sin acudir a principios o normativas del derecho penal. La idea es, básicamente, que frente al riesgo de sufrir la sanción, deje de ser económicamente atractivo enriquecerse a costas de vulnerar derechos ajenos”* (cfr. Cámara 6ª C.C. Cba. 26-3-14, Sentencia N° 24 Expte. 1751961/36. Semanario Jurídico N° 2003 del 7 de mayo de 2015, pag.705).

f) Grado de intencionalidad (art. 49 LDC). Este parámetro exige la ponderación una vez más de la conducta del proveedor para analizar si existió culpa grave o dolo en su proceder.

g) Trascendencia social (art. 49 LDC). El artículo 49 LDC establece expresamente que debe valorarse la “*gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización*”.

h) Reincidencia (art. 49 LDC) abarcando las denuncias que se han formulado contra el proveedor tanto en sede administrativa como en sede judicial, así como los procesos iniciados en su contra y su suerte. Sin perjuicio de ello, debe ser objeto de especial consideración, que en algunos casos el nivel de denuncias o reclamos contra un proveedor puede estar especialmente disminuido por la especial situación de quienes resultan víctimas del proceder reprochable.

En efecto, como se indicará en el punto siguiente, existen ciertos grupos de personas que por sus particulares circunstancias pueden encontrar difícil (sino imposible) la realización de un reclamo tanto en sede administrativa como judicial. Si las víctimas del accionar del proveedor integran alguno de estos grupos, la reincidencia puede válidamente presumirse según las circunstancias de la causa.

i) Vulnerabilidad del consumidor:

Las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor, aprobadas por la Asamblea General en su resolución 39/248, de 16 de abril de 1985, ampliadas posteriormente por el Consejo Económico y Social en su resolución 1999/7, de 26 de julio de 1999 y revisadas y aprobadas por la Asamblea General en su resolución 70/186, de 22 de diciembre de 2015, son un conjunto valioso de principios que establecen las principales características que deben tener las leyes de protección del consumidor. En su punto III y bajo el título “Principios Generales” establecen que: “... *Corresponde a los Estados Miembros formular, fortalecer o mantener una política enérgica de protección del consumidor, teniendo en cuenta las directrices que figuran más adelante y los acuerdos internacionales pertinentes. Al hacerlo, cada Estado*

*Miembro debe establecer sus propias prioridades para la protección de los consumidores, según las circunstancias económicas, sociales y ambientales del país y las necesidades de su población y teniendo presentes los costos y los beneficios de las medidas que se propongan. 5. Las necesidades legítimas que las directrices procuran atender son las siguientes: ...b) **La protección de los consumidores en situación vulnerable y de desventaja;**...” (resaltado agregado). Esta protección especial a estos consumidores en situación de desventaja se encuentra presente en todo lo largo de las Directrices. En la Directriz 37 expresamente se ha establecido que: “...Los Estados Miembros deben alentar el establecimiento de mecanismos justos, efectivos, transparentes e imparciales para atender las reclamaciones de los consumidores, por medios administrativos, judiciales y alternativos de solución de controversias, incluidos los casos transfronterizos. Los Estados Miembros deben establecer o mantener medidas legales o administrativas para permitir que los consumidores o, en su caso, las organizaciones competentes obtengan compensación mediante procedimientos oficiales o extraoficiales que sean rápidos, justos, transparentes, poco costosos y accesibles. Tales procedimientos deben tener especialmente en cuenta las necesidades de los consumidores en situación vulnerable y de desventaja...”*

(r e s a l t a d o a g r e g a d o , c f r .
https://unctad.org/es/PublicationsLibrary/ditccplpmisc2016d1_es.pdf)

No desconocemos que el consumidor en sí mismo se encuentra en una situación de vulnerabilidad frente al proveedor. Así ha sido establecido por el propio anteproyecto de reforma de la LDC quien a lo largo de todo su articulado reconoce la vulnerabilidad estructural de los consumidores en el mercado.

Sin embargo, hay ciertas situaciones en que, además de esta vulnerabilidad entre consumidor y proveedor, se incrementa su fragilidad por factores en principio ajenos a tal relación: edad (niños, niñas, adolescentes y adultos mayores); salud

o limitaciones físicas o psíquicas (personas con capacidades especiales, personas con capacidad restringida o incapacidad); nivel de formación (analfabetos o personas con una escolaridad incompleta); situación económica (indigentes, personas en situación de pobreza, desocupados); territoriales (refugiados, desplazados, migrantes); personas miembros de pueblos originales, entre otras.

Las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad en su artículo 1 definen: “... *personas en situación de vulnerabilidad...*” señalando que “... *Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico*”.

Se trata en estos casos de los “consumidores vulnerables o hipervulnerables” como han sido nominados por la doctrina.

En vistas a ello, cuando el destinatario del accionar del proveedor es una persona perteneciente a alguno de estos grupos la sanción a aplicar debe ser especialmente gravosa.

De este modo, la especial vulnerabilidad del consumidor es un parámetro de vital importancia para la cuantificación de la sanción a imponer.

Siguiendo estos lineamientos, los Proyecto de Reforma de la LDC, en sus

artículos 3 establecen que: *“El principio de protección del consumidor se acentúa tratándose de colectivos sociales hipervulnerables. En tales supuestos, en el marco de la relación de consumo, la educación, la salud, la información, el trato equitativo y digno y la seguridad deben ser especialmente garantizados”*; agregando en su artículo 5 inciso 6: *“Principio de protección especial para situaciones de hipervulnerabilidad. El sistema de protección del consumidor protege especialmente a colectivos sociales afectados por una vulnerabilidad agravada, derivada de circunstancias especiales, en particular, niñas, niños y adolescentes, personas mayores, enfermas o con discapacidad, entre otras...”*. Las pautas que aquí se mencionan sirven como parámetros para determinar la mayor o menor cuantía que la multa debe tener para lograr el cumplimiento de su finalidad.

3.c. La cuantificación en el caso de autos

En mérito a las pautas descriptas debemos reiterar que los hechos e incumplimientos configurativos del reclamo atribuidos a la demandada son de gravedad (art. 52 de la LDC) por violarse los máximos derechos del consumidor previstos en la CN: trato digno, derecho a la seguridad y salud respecto a una bebida para consumo humano, a la protección de sus intereses económicos y la protección de la confianza; a ello se añade todo el tiempo transcurrido y en el que todavía el consumidor no ha visto satisfecha la reparación de los perjuicios sufridos pues la demanda data de 2016.

En relación a la reincidencia, ya se señaló que la empresa fue denunciada en sede administrativa y judicialmente por hechos semejantes a los que justifican esta demanda.

Desde otro costado, en relación a la posición en el mercado de la demandada se advierte que se trata de la empresa que fabrica, envasa y comercializa la bebida

cola más reconocida a nivel mundial: Coca Cola.

Por último, apreciamos también que la trascendencia social de la cuestión es de suma relevancia, pues la sanción debe ser disuasoria

En vistas a estas consideraciones entendemos que, para el caso particular, resulta procedente el monto reclamado por la Sra. Venencio Lemos, quien solicitó por la violación tanto al trato digno como por el producto defectuoso un total de \$320.000, los que lucen no sólo razonables sino exiguos para cumplir con la doble finalidad del instituto, máxime teniendo en cuenta la categoría de empresa a la cual se está sancionando, pero en función del principio de congruencia (art. 330 del CPCC) se condena por dicho monto solicitado.

Destaco que ya la corte tucumana en la citada causa “Esteban”, en el año 2017, condenó a la demandada a pagar en concepto de daño punitivo la suma de pesos quinientos mil (\$500.000), que con la inflación vigente en nuestro medio demuestra la escasez de la condena que aquí dispongo.

A la suma peticionada corresponderá aplicar intereses desde la fecha del incumplimiento de la presente resolución pues, al tratarse de una sanción la mora recién nacerá ante el incumplimiento de la condena que la impone (cfr. TSJ, Sala Civil y Comercial, “Vendivengo, Mirta Susana c/ Telecom Argentina S.A. - abreviado - recurso de casación”, Expte. n.º 6953310, Sentencia N° 52 del 29/04/2022).

En relación a la tasa de interés, corresponderá aplicar la del BCRA con más el 3% nominal mensual, conforme a los fundamentos ya esbozados en este voto desde la fecha de la presente resolución y hasta su efectivo pago.

En síntesis, cabe admitir el daño punitivo solicitado por la actora al demandar, y condenar a la Embotelladora del Atlántico S.A. a abonarle en tal concepto la suma de pesos trescientos veinte mil (\$320.000) con más intereses desde la

fecha de la presente y hasta su efectivo pago conforme la tasa pasiva que publica el BCRA con más el 3% nominal mensual.

4. La inclusión del daño punitivo en la regulación de honorarios

El segundo agravio de la parte actora refiere a la inclusión del monto solicitado en concepto de daño punitivo para estimar la base para la regulación de honorarios, que alega le perjudica.

Ahora bien, en función de lo decidido en este fallo, procede revocar el criterio de imposición de costas de primera instancia, así como también la regulación de honorarios fijada por el tribunal, quien deberá emitir una nueva de conformidad a los cambios aquí adoptados.

En consecuencia, la queja se torna abstracta, por lo decidido anteriormente, sin que exista agravio alguno para la parte.

De todos modos, a mayor abundamiento y para evitar cualquier tipo de duda al respecto, cabe aclarar que el pedido de la sanción punitiva, como todo rubro de la demanda, indudablemente integra la base para el cálculo de los honorarios.

En este sentido, Calderón explicó, en comentario al art. 31 del Código Arancelario, que la base regulatoria se integra por todos los rubros y conceptos reclamados o fijados en la sentencia, inclusive los bienes o sumas de dinero reclamados como capital en cualquier concepto y aclaró: “*restitución, entrega, indemnización por daños, **aplicación de sanciones**, reintegros, etc.*” (el destacado me pertenece); el autor finalmente incluye a los intereses como otro rubro que integra la base (cfr. Calderón, Maximiliano, Código Arancelario para Abogados y Procuradores, Córdoba: Advocatus, 2017, pág. 138).

Además, siendo uno de los objetos de la demanda y eventual condena, no se advierte razón alguna para excluirlo del cálculo de la base.

En definitiva, la queja se torna abstracta.

5. Las costas

En función de la decisión que propongo, procede revocar el criterio de imposición de costas de primera instancia, así como la regulación de honorarios efectuada por el inferior, imponiéndolas a la parte demandada por resultar vencida, art. 130 del CPCC, debiendo proceder el magistrado a realizar una nueva regulación de honorarios.

Atento la admisión del recurso las costas se imponen a EDASA por resultar vencida, art. 130 del CPCC. Los honorarios del letrado de la parte actora, Dr. Carlos María Varas, habida cuenta la labor desempeñada en esta instancia y la complejidad de la causa, se establecen en el cuarenta por ciento (art. 40 de la ley 9459) del punto medio de la escala del art. 36 de ley 9459.- Los honorarios del letrado de la parte demandada, Dr. Juan Carlos Palmero -H-, se establecen en el treinta por ciento del mínimo de la referida escala. Con más IVA de corresponder.

La base regulatoria estará definida por aquello que haya sido materia de discusión en la alzada, teniéndose presente el mínimo para recursos ordinarios de 8 Jus, tal como expresamente lo dispone el art. 40 de la L.A.

Por lo expuesto, a la primera cuestión voto por la afirmativa.

4) La admisión del recurso

En función de todo lo expuesto corresponde admitir el recurso de apelación de la parte actora, y en consecuencia, revocar la sentencia de primera instancia, admitir la demanda condenando a la empresa a abonar a la actora la suma de pesos cinco con cincuenta (\$5,50) en concepto de daño material, con más intereses desde el 17/1/2015 con más la tasa pasiva del BCRA con más el 2% hasta el 31/12/2022 y con más el 3% desde el 1/1/2023; la suma de pesos cinco mil (\$5.000) por daño moral, desde la fecha de la demanda (23/11/2016) y hasta

su efectivo pago a la tasa pasiva que publica el BCRA con más el 2% hasta el 31/12/2022 y con más el 3% desde el 1/1/2023; y la suma de pesos trescientos veinte mil (\$320.000) con más intereses desde la fecha del incumplimiento de esta resolución y hasta su efectivo pago a la tasa pasiva que publica el BCRA con más el 3% nominal mensual.

Revocar las costas de primera instancia, las que corresponden a la demandada por resultar vencida, debiendo el juez practicar nueva regulación de honorarios, y disponer también a su cargo las de esta alzada, regulándose los honorarios fijados en el considerando respectivo.

EL VOCAL JOAQUÍN FERRER A LA PRIMERA CUESTIÓN DIJO:

1. La improcedencia del daño punitivo

Respecto a la cuestión sometida a decisión, comparto la relación de causa que realiza mi distinguida colega del primer voto, así como también la responsabilidad de la empresa respecto a los rubros indemnizatorios pronunciándome en igual sentido, pero respetuosamente, disiento con la solución a la cual arriba específicamente en relación a la procedencia del daño punitivo para el caso en particular, a cuyo fin, procedo a argumentar mi postura en disidencia.

En particular, considero que no se configura en autos la culpa agravada, o factor de atribución subjetivo agravado, que resulta necesaria para la procedencia del daño punitivo, tal como lo expresé en mi voto para un supuesto análogo, y mantengo en esta oportunidad, en la causa “Romero, Vanesa Soledad c/ Embotelladora del Atlántico S.A. (EDA. S.A. - Coca Cola) - Ordinario - Daños y perj.- Otras formas de respons. extracontractual, Sentencia número: 70 del 30/6/2023.

Comparto el criterio según el cual, en los incumplimientos del fabricante

referidos a vicios de los productos alimenticios con destino al consumo humano, cuando tengan la mera posibilidad de poner en juego la salud de los consumidores, el criterio de juzgamiento debe ser intransigente y de estos hechos debe presumirse sin más negligencia o culpa grave, porque en esta cuestión no puede admitirse margen para el error.

Sin embargo, no puedo dejar de ponderar que, en el caso particular, la accionada ha acreditado haber obrado sin dolo ni culpa grave, valorando los demás elementos de prueba de la causa.

En efecto, no solo la accionada ha acreditado haber implementado y mantenido varios y rigurosos sistemas de control en el proceso de elaboración del producto cuestionado, que si bien no eran absolutamente infalibles, se ajustaban a la normativa y estrictas medidas de seguridad y calidad alimentaria, certificadas con estándares internacionales; sino que en autos hay fuertes indicios que permiten tener por cierto que la alteración del contenido del envase se produjo fuera del establecimiento de la accionada, probablemente dentro del circuito de comercialización.

Y si bien es cierto que tal situación es suficiente para asignar responsabilidad a la demandada en los términos del art. 40 de la LDC, no es apta para responsabilizarla por daño punitivo, por no configurarse el factor subjetivo requerido para la procedencia de esta figura.

Considero que no es suficiente alegar que la demandada sabía que podía fraudulentamente abrirse y cerrarse la botella; ya que ha quedado acreditado en autos que “...*las tapas poseen un precinto de seguridad que resguarda su apertura. Las tapas son provistas desde hace años por una empresa del mercado nacional que las produce y comercializa bajo licencia y con estrictas normas de calidad...*” (del dictamen del perito Mazzucco).

Tampoco es suficiente la invocación del paso del tiempo sin que la demandada haya tomado medidas para evitar tal situación; ni valorar la existencia de otros procesos similares, ya que si se confronta los mismos con la cantidad de botellas producidas y comercializadas, puede advertirse que la eventual incidencia de este tipo de situaciones no es tal para asignar el carácter de culpa grave en la accionada, en especial atención a la ausencia de secuelas o daños efectivos que en general van acompañando estos casos.

Es indispensable valorar que la accionada acreditó haber implementado y mantenido rigurosos sistemas de control de la calidad en el proceso de elaboración, que si bien no son absolutamente infalibles, se ajustan a estrictas medidas de seguridad alimentaria certificada con estándares internacionales y son de muy baja ocurrencia en relación con el volumen total producido.

No considero que pueda invocarse que la accionada actúe con indiferencia, o menosprecio de la salud de los consumidores si al mismo tiempo está probado que no se desentiende de los productos defectuosos que pudieron sortear los estrictos controles de calidad luego de su elaboración y posterior distribución sino que una vez detectados en algún punto de la cadena de comercialización, ha implementado un procedimiento de gestión para retirarlos del circuito comercial y disponerlos para su destrucción, evitando que sean consumidos.

Por otro lado, surge también a simple vista de la botella la presencia de los hongos o moho en su interior, que provoca que quien la adquiere no la consuma, tal el caso de autos.

Si bien las causas de estos sucesos no pudieron ser establecidas empíricamente, denotan ciertos rasgos de particular rareza que los torna extraordinarios.-Pese a que ni la accionada ni la pericia nos han podido brindar una explicación razonable de su ocurrencia, la singularidad muy particular de los casos llegados

a estos tribunales, en comparación con los enormes volúmenes de producción anual de aquella, nos llevan a descartar que haya existido culpa grave o indiferencia o menosprecio por una deficiente gestión de los procesos de control y seguridad alimentaria, durante el procedimiento de lavado, llenado y cerrado de las botellas y por ello, la presunción inicial que sugiere la actora ha quedado desvirtuada a los fines de la sanción punitiva.

También se ha expedido en sentido contrario a la procedencia de este rubro, en un supuesto de similares características, la Cámara 9va de Apelaciones en lo Civil y Comercial, en oportunidad de entender, por reenvío, la causa “Atay, Manuel José contra Embotelladora del Atlántico S.A. – Ordinario – Otros - Recurso de Apelación” (Expte. N° 5495321, Sentencia 43 del 03/11/2020) *“el Código Alimentario Argentino y este cuerpo normativo justamente en su capítulo IV, a partir del artículo 184, define a los envases alimentarios y requiere de ellos aptitud bromatológica y ser fabricados con materiales autorizados. En particular, respecto de los dispositivos de cierre dice: “...Deberán disponer de cierres o sistemas de cierres que eviten la apertura involuntaria del envase en condiciones razonables. No se exigirán sistemas o mecanismos que los hagan inviolables o que muestren evidencias de apertura intencional salvo los casos especialmente previstos en el presente Código...”*. Es decir, no le es exigible un mecanismo de cierre que sea inviolable, ya que no es este uno de los supuestos de excepción, por lo que la posibilidad de violación por un tercero utilizando elementos y herramientas especiales, en caso de haberse producido, no puede atenderse como un supuesto de culpa agravada que justifique una sanción a la demandada que, como advertimos, cumple rigurosamente con todas las normativas. En todo caso, era responsabilidad de la actora el demostrar esas actitudes desaprensivas, groseramente negligentes o

temerarias que constituyen este factor subjetivo agravado del tipo, lo que no ha ocurrido, más bien ha quedado acreditado lo contrario a la luz de lo recién indicado”.

A mérito de lo expuesto, el rubro debe ser rechazado.

2. La decisión que propongo

En función de mi disidencia parcial con el voto de la primera vocal preopinante, considero que debe admitirse parcialmente el recurso de apelación de la parte demandada, en los mismo términos al de aquella, pero rechazándose la procedencia del daño punitivo, es decir, en los siguientes términos: revocar la sentencia de primera instancia, admitir parcialmente la demanda condenando a la Embotelladora del Atlántico a abonar a la actora la suma de pesos cinco con cincuenta (\$5,50) en concepto de daño material, con más intereses desde el 17/1/2015 con más la tasa pasiva del BCRA con más el 2% hasta el 31/12/2022 y con más el 3% desde el 1/1/2023; la suma de pesos cinco mil (\$5.000) por daño moral, desde la fecha de la demanda (23/11/2016) y hasta su efectivo pago a la tasa pasiva que publica el BCRA con más el 2% hasta el 31/12/2022 y con más el 3% desde el 1/1/2023 y rechazar el pedido de daño punitivo.

3. El criterio de imposición de costas de primera instancia

A mérito del acogimiento parcial del recurso de apelación que propongo, del recurso la demanda en lo sustancial y la recepción de dos de los rubros reclamados y el rechazo del punitivo, considero de todos modos las costas de primera instancia deben imponerse a la demandada vencida.

En este sentido, es criterio de este tribunal que en función del art. 53 de la LDC, el beneficio de justicia gratuita incluye las costas del proceso que no pueden ser impuestas al consumidor, salvo temeridad o malicia, lo que no se verifica en el caso, pues tenía razones plausibles para reclamar la aplicación del daño punitivo.

De todos modos, en función de lo aquí decidido corresponde al juez practicar nueva regulación de honorarios por las tareas desplegadas por los letrados de las partes en primera instancia.

En virtud del rechazo del daño punitivo que propongo, no resulta atendible la queja referida a la inclusión de este rubro en la base para la regulación.

Desde otro punto de vista, las costas de segunda instancia, también deben ser impuestas a la parte demandada por resultar vencida con idéntico fundamento.

Los honorarios del letrado de la parte actora, Dr. Carlos María Varas, habida cuenta la labor desempeñada en esta instancia y la complejidad de la causa, se establecen en el cuarenta por ciento (art. 40 de la ley 9459) del punto medio de la escala del art. 36 de ley 9459.- Los honorarios del letrado de la parte demandada, Dr. Juan Carlos Palmero -H-, se establecen en el treinta por ciento de la referida escala. Con más IVA de corresponder.

La base regulatoria estará definida por aquello que haya sido materia de discusión en la alzada, teniéndose presente el mínimo para recursos ordinarios de 8 Jus, tal como expresamente lo dispone el art. 40 de la L.A.

Por lo expuesto, a la primera cuestión voto por la afirmativa parcial.

EL VOCAL LEONARDO GONZALEZ ZAMAR A LA PRIMERA CUESTIÓN DIJO:

Ingresando al análisis del recurso de apelación de la parte actora y advirtiendo que existen opiniones divergentes entre los distinguidos Sres. Vocales preopinantes respecto de las cuestiones sometidas a consideración de esta alzada, he de expresar mi posición respecto de la solución que corresponde dar al recurso planteado por la accionante con fundamento en el art. 382 del CPCC.

Si bien ambos vocales coinciden en establecer la responsabilidad de la empresa y condenarla a abonar el daño material y moral definido en el primer voto -

solución que también comparto - disienten respecto a la procedencia del daño punitivo que solicitó la Sra. Venencio Lemos.

Al respecto, adelanto mi postura que coincide con la del Dr. Ferrer quien consideró que no resultaba procedente la multa del art. 52 bis de la LDC en este caso.

En ambos votos se hizo referencia a la noción y requisitos de procedencia del daño punitivo, que comparto plenamente, pero respetuosamente disiento con la vocal del primer voto respecto a la configuración en el caso del factor de atribución subjetivo agravado.

En particular, no se cuestiona que la sanción del art. 52 bis de la LDC no es indemnizatoria sino que tiene una doble finalidad: preventiva y sancionatoria, y en función de esta última especialmente, es que se requiere un reproche subjetivo agravado, a título de culpa grave o dolo, en cabeza de la empresa demandada, tal como ya lo definió hace años el TSJ en la citada causa “Teijeiro” (TSJ, Sala Civil y Comercial, “Teijeiro (o) Teigeiro, Luis Mariano c. Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G.”, Sentencia N° 63, del 15/4/14).

Ahora bien, en el caso concreto, al igual que en otros donde la empresa demandada habilitó la pericia en su planta embotelladora, se advierte –cuestión no debatida- que cumple con todas las normas de higiene y seguridad que la ley le impone, habiendo recibido premios internacionales por ello.

Tanto el juez, las partes y la fiscal destacan la diligencia comprometida por la empresa en pos de garantizar el cumplimiento de su obligación de seguridad, y cumplir con el Código Alimentario, lo que no se cuestiona.

Si bien se advierte en el caso que la botella en cuestión fue abierta y cerrada, no resulta acreditado quién habría realizado tal apertura, máxime ante la necesidad de llevarla adelante con un aparato adquirible por Mercado Libre, tal como se

verificó en la pericia.

Resulta una obligación de cumplimiento imposible exigir a la empresa la inviolabilidad absoluta del cerramiento mediante tapas, que es el sistema aplicado por la empresa -al igual que otras- a nivel internacional, y que se acreditó funciona adecuadamente.

A mayor abundamiento, la normativa vigente no impone tal exigencia. En efecto, el art. 184 del Código Alimentario argentino resulta categórico al establecer que los envases alimentarios deben tener aptitud bromatológica y disponer de cierres o sistemas de cierre que eviten la apertura involuntaria del envase en condiciones razonables; aclarando específicamente que: “...*No se exigirán sistemas o mecanismos que los hagan inviolables o que muestren evidencias de apertura intencional...*”.

Por su parte, considero que no resulta aplicable la teoría de la “tolerancia cero” en este caso, pues si bien no cabe dudas que estamos ante una bebida destinada al consumo humano, no resulta factible que alguien que ve en su interior los hongos, o en otros casos: envoltorio de cigarrillos, envoltorios de productos, pilas, etc. consuma la bebida. En consecuencia, no existe daño cierto y real para la salud o vida de los consumidores (art. 1737 del CCCN).

Tan es así que en el caso la actora luego de advertir las manchas negras flotando en el interior de la botella, realizó la denuncia y la llevó al Laboratorio de Bromatología para su estudio.

Sin embargo, el principal argumento para sellar la suerte de la improcedencia del daño punitivo, es que no resulta reprochable la conducta de EDASA a título de culpa grave o dolo, pues, por el contrario, cumplimenta las más altas exigencias a nivel internacional para la elaboración y envasado de la bebida, no pudiendo exigírsele mayor diligencia que la empeñada pues cumplimenta

perfectamente el deber que le impone la ley en el art. 1725 del CCCN.

Por todo lo expuesto, entiendo que no se configura en el caso el reproche subjetivo agravado a título de culpa grave o dolo que se requiere para aplicar el daño punitivo, por lo que, adhiero al voto del Dr. Ferrer, con quien comparto sus sólidos argumentos para definir la postura.

LA VOCAL CLAUDIA ZALAZAR A LA SEGUNDA CUESTIÓN DIJO:

Propongo:

1°) Hacer lugar al recurso de apelación deducido por la Sra. Dahyana Gisel Venencio Lemos, en contra de la Sentencia 28, de fecha 15/3/2023.

2°) Revocar la sentencia de primera instancia, admitir la demanda condenando a la Embotelladora del Atlántico a abonar a la actora la suma de pesos cinco con cincuenta (\$5,50) en concepto de daño material, con más intereses desde el 17/1/2015 con más la tasa pasiva del BCRA con más el 2% hasta el 31/12/2022 y con más el 3% desde el 1/1/2023; la suma de pesos cinco mil (\$5.000) por daño moral, desde la fecha de la demanda (23/11/2016) y hasta su efectivo pago a la tasa pasiva que publica el BCRA con más el 2% hasta el 31/12/2022 y con más el 3% desde el 1/1/2023; y la suma de pesos trescientos veinte mil (\$320.000) con más intereses desde la fecha del incumplimiento de esta resolución y hasta su efectivo pago a la tasa pasiva que publica el BCRA con más el 3% nominal mensual.

3°) Imponer las costas a la parte demandada.

4°) Regular los honorarios profesionales del Dr. Carlos María Varas en el cuarenta por ciento (art. 40 de la ley 9459) del término medio de la escala del art. 36 de la ley 9459, y los del Dr. Juan Carlos Palmero –H- en el treinta por ciento del mínimo de la referida escala. Con más IVA de corresponder. La base regulatoria estará definida por aquello que haya sido materia de discusión en la

alzada, teniéndose presente el mínimo para recursos ordinarios de 8 Jus, tal como expresamente lo dispone el art. 40 de la L.A.

EL VOCAL JOAQUÍN FERRER A LA SEGUNDA CUESTIÓN DIJO:

Propongo:

1) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación incoado por la actora, revocar la decisión y admitir la demanda, condenando a la Embotelladora del Atlántico S.A. (EDA S.A. Coca Cola) a abonar a la Sra. Dahyana Gisel Venencio Lemos, la suma de pesos cinco con cincuenta (\$5,50) en concepto de daño material, con más intereses desde el 17/1/2015 con más la tasa pasiva del BCRA con más el 2% hasta el 31/12/2022 y con más el 3% desde el 1/1/2023; la suma de pesos cinco mil (\$5.000) por daño moral, desde la fecha de la demanda (23/11/2016) y hasta su efectivo pago a la tasa pasiva que publica el BCRA con más el 2% hasta el 31/12/2022 y con más el 3% desde el 1/1/2023, pero rechazar el pedido de condena por daño punitivo.

2) Modificar las costas de primera instancia las que se imponen a la parte demandada por resultar vencida.

3) Dejar sin efecto la regulación de honorarios de primera instancia, debiendo el juez proceder a efectuar nuevas regulaciones conforme lo que aquí se decide.

4) Imponer las costas de esta alzada a la demandada.

5) Regular los honorarios del Dr. Carlos María Varas en el cuarenta por ciento (art. 40 de la ley 9459) del punto medio de la escala del art. 36 de ley 9459 y los del Dr. Juan Carlos Palmero -H- en el treinta por ciento de la referida escala. Con más IVA de corresponder. La base regulatoria estará definida por aquello que haya sido materia de discusión en la alzada, teniéndose presente el mínimo para recursos ordinarios de 8 Jus, tal como expresamente lo dispone el art. 40 de la L.A.

EL VOCAL LEONARDO GONZALEZ ZAMAR A LA SEGUNDA CUESTIÓN DIJO:

Por las razones ya expuestas, coincido con la solución propuesta por el vocal Joaquín Ferrer, adhiriendo a los sólidos argumentos esgrimidos para admitir parcialmente el recurso sólo respecto a la procedencia del daño material y del moral, pero manteniendo el rechazo del daño punitivo.

Por el resultado de la votación precedente y por mayoría

SE RESUELVE: 1) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación incoado por la actora, revocar la decisión y admitir la demanda, condenando a la Embotelladora del Atlántico S.A. (EDA S.A. Coca Cola) a abonar a la Sra. Dahyana Gisel Venencio Lemos, la suma de pesos cinco con cincuenta (\$5,50) en concepto de daño material, con más intereses desde el 17/1/2015 con más la tasa pasiva del BCRA con más el 2% hasta el 31/12/2022 y con más el 3% desde el 1/1/2023; la suma de pesos cinco mil (\$5.000) por daño moral, desde la fecha de la demanda (23/11/2016) y hasta su efectivo pago a la tasa pasiva que publica el BCRA con más el 2% hasta el 31/12/2022 y con más el 3% desde el 1/1/2023, pero rechazar el pedido de condena por daño punitivo. 2) Modificar las costas de primera instancia las que se imponen a la parte demandada por resultar vencida. 3) Dejar sin efecto la regulación de honorarios de primera instancia, debiendo el juez proceder a efectuar nuevas regulaciones conforme lo que aquí se decide. 4) Imponer las costas de esta alzada a la demandada. 5) Regular los honorarios del Dr. Carlos María Varas en el cuarenta por ciento (art. 40 de la ley 9459) del punto medio de la escala del art. 36 de ley 9459 y los del Dr. Juan Carlos Palmero -H- en el treinta por ciento de la referida escala. Con más IVA de corresponder. La base regulatoria estará definida por aquello que haya sido materia de discusión en la alzada, teniéndose presente el mínimo para recursos ordinarios de

8 Jus, tal como expresamente lo dispone el art. 40 de la L.A. Protocolícese, hágase saber y bajen

Texto Firmado digitalmente por:

ZALAZAR Claudia Elizabeth

VOCAL DE CAMARA

Fecha: 2024.02.07

FERRER Joaquin Fernando

VOCAL DE CAMARA

Fecha: 2024.02.07

GONZÁLEZ ZAMAR Leonardo

Casimiro

VOCAL DE CAMARA

Fecha: 2024.02.07