



NEUQUEN, 8 de Mayo del año 2024

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**MORAN CLAUDIO NORBERTO C/ EMBOTELLADORA DEL ATLANTICO S.A. Y OTRO S/D Y P DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DE PARTICULARES**" (JNQC12 EXP 506026/2014) venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI**, con la presencia de la Secretaria actuante, **Estefanía MARTIARENA**, y de acuerdo al orden de votación sorteado **Jorge PASCUARELLI** dijo:

I. A fs. 1088/1099 la *A-quo* rechazó la petición de declaración de inconstitucionalidad del artículo 52 bis de la LDC y la excepción de falta de legitimación pasiva interpuesta por Servicios y Productos para Bebidas Refrescantes S.R.L. Luego, hizo lugar a la demanda interpuesta por el actor y condenó a Embotelladora del Atlántico S.A. y Servicios y Productos para Bebidas Refrescantes S.R.L., a que le abonen la suma de \$ 49.409, más el valor equivalente al precio al público de una gaseosa Coca Cola de 2 litros, retornable, al momento de pago, con más los intereses correspondientes a la indemnización al rubro daño moral. Las costas las impuso a la parte demandada.

A fs. 1104 interpuso recurso de apelación Embotelladora del Atlántico S.A. (EDASA), a fs. 1103 Servicios y Productos para Bebidas Refrescantes SRL (SPBR), y a fs. 1107 el actor.

A fs. 1108/1120 expresó agravios Servicios y Productos para Bebidas Refrescantes S.R.L. En primer lugar, se queja por el rechazo de la falta de legitimación pasiva. Dice, que sin perjuicio que esa parte considera que resulta inaplicable la ley 24240 porque el actor no acreditó su carácter de consumidor, la cuestión fue analizada por la sentenciante a la luz del art. 40 de la LDC, que refiere a quienes responderían frente al consumidor, siempre y cuando exista daño resultante del vicio o riesgo de la cosa.

Agrega, que no encuadra en ninguno de los sujetos a los que la norma le endilga responsabilidad, ya que no es fabricante, distribuidora, comercializadora, productora, importadora, proveedora ni vendedora de Coca Cola y no es propietaria de la marca.

Manifiesta, que las vendedoras de materias primas no están incluidas en el art. 40 de la ley 24240. Dice, que no surge de la norma que en un proceso productivo todos los componentes de una bebida o cualquier otro tipo de alimentos resultan esenciales para su producción final, desde las esencias, azúcares, el agua y cualquier componente especialmente seleccionado en su producción por el elaborador, incluso el propio envase que resulta único, por lo que es jurídica y lógicamente improcedente responsabilizar a esa parte, quien solo vende uno de tales componentes.

Expresa, que resulta improcedente pretender responsabilizar al proveedor de una de las materias con las que se elabora el producto, ya que en tal caso, mediante la misma interpretación sería responsable del supuesto hecho, la empresa de azúcares, agua y gas carbónico. Agrega, que la bebida Coca Cola no es sólo el jarabe, en tanto sin las esencias o los azúcares no sería Coca Cola. Dice, que no hay pericia que confirme que la materia prima que provee sea la única necesaria para crear el producto Coca Cola.

Sostiene, que en el caso no hubo daño al consumidor y no se acreditó que hubiera un vicio o defecto en el producto Coca Cola.

Alega, que no hubo daño alguno acreditado y que no se probó que hubiera un vicio o defecto en el producto Coca Cola.

Solicita, que se revoque la sentencia y se haga lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva, con costas al actor.

En segundo lugar, se queja por la errónea valoración de la prueba en cuanto al supuesto hecho alegado por el Sr. Morán.

Afirma, que quedó demostrado que el proceso productivo llevado a cabo por el embotellador demandado es apto e idóneo para el producto y que quedaron acreditadas las certificaciones de calidad que el embotellador posee.

Por último, señala que se demostró que el contenido de la botella en cuestión presentaba varias anomalías y que surge de la prueba que el producto no salió en esas condiciones de la fábrica.

Sostiene, que los defectos del producto deben tener su origen en la organización empresarial, ya que si son sobrevinientes al proceso de fabricación se altera el nexo causal. Manifiesta, que ello es lo que sucedió en autos, en tanto no se acreditó acabadamente el nexo causal, presupuesto para endilgar responsabilidad.

Luego, se refiere a las normas concernientes al envasado de los productos alimenticios, los que se encuentran regulados por el Código Alimentario Argentino, a lo cual agrega que el mismo establece que se debe disponer de cierres o sistemas de cierres que eviten la apertura de envases en condiciones razonables y que no se exigirán sistemas o mecanismos inviolables.

Alega, que todas las pruebas periciales realizadas por un experto en la materia sobre la botella y la planta elaboradora, concluyen de manera clara que el producto no salió en esas condiciones de fábrica, por lo que fue manipulada por un tercero ajeno a la misma. Resalta, que el art. 40 de la LDC establece que sólo se liberará total o parcialmente a quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena.

Luego, se queja porque considera que el daño moral es improcedente y subsidiariamente impugna la liquidación de dicho rubro. Dice, que como fue reconocido por el actor, no sufrió daño físico alguno en su persona ya que reconoce que no consumió la bebida objeto de autos, ni la abrió.

Manifiesta, que el hecho de que la botella se encuentre ofrecida en las condiciones descriptas en la demanda, no habilita per se el reconocimiento del daño moral.

Agrega, que jamás recibió reclamos o notificaciones o cartas documentos de parte del actor, lo cual se encuentra acreditado en autos en tanto no ofreció prueba al respecto.

Por otra parte, se agravia en punto a la cuantificación del rubro y dice que no debe valorarse el daño moral con el monto correspondiente a la celebración de una reunión familiar y basarse únicamente en lo expuesto en la demanda.

Luego, se agravia respecto a la procedencia del daño punitivo y subsidiariamente impugna la liquidación de dicho rubro.

Manifiesta, que jamás dijo estar en conocimiento de que la bebida objeto de autos, que no vende ni comercializa puede ser hackeada o que presenta un envase que es inviolable.

Expresa, que únicamente es vendedora de un insumo que compone la bebida, que no participa en la producción y envasado de dicho alimento y que pese a ello, la sentencia de primera instancia la responsabiliza, imponiéndole una multa.

Alega, que la sentencia debió analizar y fundamentar la responsabilidad de cada parte en el caso. Sostiene, que la multa es impuesta a las demandadas, conforme la *A-quo*, para que corrija su accionar para el futuro, pero ello no es posible en tanto no comercializa dicho producto a los fines de adecuar el envase que no vende ni comercializa.

Luego, se refiere a las características del cierre y la exigencia del Código Alimentario Argentino.

Sostiene, que el daño punitivo no aplicaría a esa parte dado que no es el proveedor del producto supuestamente adquirido por el actor, lo cual se encuentra acreditado en autos.

Agrega, que de la prueba documental acompañada a la contestación de demanda, de la prueba pericial contable y de la prueba en ingeniería, surgen las distintas certificaciones

emitidas por las distintas empresas de gestión de calidad e inocuidad de dicha planta embotelladora.

Manifiesta, que no se cumplen los presupuestos para la procedencia del daño en tanto no existe daño indemnizable que haya acreditado la actora, la conducta alegada no podría bajo ningún concepto considerarse dolosa o gravemente culposa así como tampoco desaprensiva, no existió enriquecimiento indebido de las demandadas y el hecho de que el envase pueda ser violado por terceros en condiciones no razonables, contradice las normas que regulan la materia alimentaria. Dice, que no se evidencia una conducta desaprensiva en relación al consumidor y que no hay prueba de ello.

Peticiona se resuelva la improcedencia de los daños punitivos.

Luego, se queja porque considera improcedente el daño material o emergente referido al reintegro del valor actual de una botella de Coca Cola de las mismas características que la que supuestamente adquiriera el Sr. Morán.

Se agravia, porque la sentenciante consideró que el actor no debe acreditar ser consumidor con el ticket de compra. Agrega, que el actor no demanda ni cita como tercero al comercio donde supuestamente adquirió la botella ni ofreció prueba para acreditar la compra de la botella.

En sexto lugar, se queja de la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor cuando el actor no acreditó haber adquirido la botella. Dice, que no estamos en un caso en que el actor se vio imposibilitado de acreditar su carácter de consumidor, sino que la propia actora decidió no producir y/o acompañar prueba alguna o citar al comercio para acreditar su carácter de consumidora.

Manifiesta, que no se acreditó que el actor sea consumidor y en consecuencia que resulte aplicable la ley 24240.

Además, se queja por la imposición de costas, en tanto la demanda prosperó por menos del 2,5% del reclamo. Dice que,

eventualmente, de ser confirmada la sentencia, corresponde que los gastos y costas del juicio sean soportados en el orden causado.

Por último se agravia en cuanto a los honorarios regulados en el punto V de la sentencia porque los considera altos.

Luego, a fs. 1145/1153 expresó agravios el actor. En primer lugar, se queja respecto a la cuantificación del daño moral. Dice, que la suma de \$ 10.000 con más intereses no resulta suficiente, en tanto al haber encontrado un elemento extraño dentro de la gaseosa que estaba por consumir, le generó una sensación de asco, desagrado, preocupación o impotencia.

Expresa, que también le provocó malestar emocional la falta de respuesta y menosprecio al reclamo efectuado. Manifiesta, que existió un destrato cuando efectuó el reclamo, falta de respuesta e interés en el reclamo que estaba comunicando, con intención de minimizar el tema.

Agrega, que no se hace referencia a las testimoniales que prestaron juramento en cuanto a la modalidad de intentar comprar las botellas adulteradas y que ello era parte del procedimiento habitual en estos casos.

Alega, que la afectación moral viene por la falta de respeto, destrato, desidia de la demandada ante el pedido de explicaciones, que le provocó un malestar emocional y psíquico.

Peticiona se eleve el daño moral a la suma de \$ 50.000 con más los intereses correspondientes.

En segundo lugar, se queja del monto por el cual procedió el daño punitivo. Menciona otros casos en los que las demandadas fueron llevadas a juicio por el mismo hecho y, dice que la reiteración sistemática de la falta cometida no se tuvo en cuenta a la hora de cuantificar el daño punitivo, cuando la reiteración de la falta es un elemento determinante para cuantificar las multas.



Expresa, que quien produce un daño es multado con el objeto de intentar evitar que en el futuro se siga comportando de la misma manera y siga cometiendo las mismas faltas.

Manifiesta, que la única defensa que tienen los usuarios/consumidores es la correcta interpretación y aplicación de este tipo de multas.

Dice, que la fórmula de Irigoyen Testa para cuantificar este daño no puede ser utilizada en todos los casos, en tanto no tiene en cuenta la reiteración de la falta a los infractores.

Alega, que debe considerarse la índole de la conducta de la dañadora, en el caso, la salud pública y el beneficio obtenido por el dañador.

Afirma, que como quedó acreditado con las testimoniales ofrecidas, calibrar más lento el paso de las botellas para que el scanner escanee más y mejor, hace que la cinta transportadora vaya más despacio y en consecuencia se produzca menos por hora.

Además, alude al caudal económico del dañador y dice que el quantum de la multa debe tener la entidad suficiente como para que el agente dañador crea conveniente modificar su conducta y evitar, primero que el hecho vuelva a ocurrir y segundo, otra multa similar o superior en el futuro.

Posteriormente, se refiere a la repercusión social de su conducta y la posibilidad de la reiteración de la conducta vituperaria si no mediara condena pecuniaria, y cita distintos casos en los cuales dice que se encontraron elementos extraños en botellas retornables.

También, se refiere a la naturaleza de la relación entre el dañador y el dañado y dice que debe considerarse que se trata de una relación de consumo. Además, se refiere a la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas.

Luego, manifiesta que conforme surge de las declaraciones testimoniales, existen cientos de damnificados que no llegan a juicio por distintos motivos.

Por último, expresa que se debe considerar la actitud del dañador con posterioridad al hecho que motiva la pena, en tanto en autos fue de desprecio por el reclamo y soberbia. Dice, que prueba de ello es la falta de contestación a los reclamos, el pretender tapar el hecho a cambio de ofertas obscenas y la negación sistemática de responsabilidad.

Reclama por este rubro la suma de \$ 2.000.000. Dice, que la ley del consumidor autoriza a multar por este rubro hasta \$ 5.000.000 y que la suma de condena resulta insuficiente a los fines de disuadir a la empresa para que el hecho no vuelva a suceder.

Además, se queja por la fijación de intereses sobre el rubro daño punitivo a partir del incumplimiento de la sentencia. Dice, que la obligación del dañador debe nacer necesariamente en el momento en que es puesto a conocimiento de la infracción y es efectivizado y formalizado el reclamo, porque en caso contrario se la estaría beneficiando también con el paso del tiempo, al aplicarse una sanción licuada.

Alega, que el reclamo formal pone en mora al deudor, sobre todo cuando pretende evadir su responsabilidad antes y durante el proceso. Peticiona, que se apliquen intereses desde el día de la interposición de la demanda.

Luego, a fs. 1122/1134 expresó agravios Embotelladora del Atlántico S.A. En primer lugar, se queja por la inexistencia de los presupuestos de la responsabilidad civil y afirma que no existe ninguna sentencia firme contra EDASA dictada en esta jurisdicción.

Alega, que el hackeo de la botella indicado al contestar la demanda se comprobó mediante la pericia en ingeniería industrial. Dice, que surge del informe pericial la diferencia entre el contenido neto, la forma, la textura y el color de las tapas respecto de botellas tomadas al azar de la línea de producción.

También, se refiere al cumplimiento del deber de seguridad. Manifiesta, que la sentenciante no tiene en cuenta que las botellas de EDASA cuentan y cumplen con todas las normas de seguridad, incluidas las del Código Alimentario.

Dice, que aun así, en condiciones especiales y con conocimientos específicos, las botellas son factibles de ser adulteradas como cualquier otro objeto en el mercado y agrega que esto no implica un defecto en el producto o la falta de medidas de seguridad.

Además, se refiere a los certificados de calidad otorgados a la empresa y a lo expuesto por el perito en cuanto a que el proceso de producción es apto e idóneo para el producto, lo que resulta concordante con las declaraciones de los testigos ofrecidos por esa parte.

Sostiene, que lo expuesto sirve para determinar la interrupción del nexo causal en los términos del art. 40 de la LDC y art. 1113 del CC. Entonces, que atento la inexistencia del nexo causal necesario para endilgar responsabilidad, corresponde revocar la sentencia apelada.

Específicamente, se refiere a la inexistencia de antijuridicidad. Reitera, que el proceso de elaboración del producto en cuestión, su calidad y seguridad son inobjetables y que si el producto es violado o adulterado una vez que sale de la planta por intervención con culpa de un tercero por quien no debe responder, no puede achacársele a EDASA una conducta antijurídica.

Manifiesta, que EDASA cumple cabalmente con las regulaciones dispuestas en el Código Alimentario Argentino.

Luego, se refiere a la inexistencia de daño. Afirma, que la actora no sufrió daño alguno que merezca reparación, lo cual torna en arbitraria la condena. Dice, que el actor mal puede reclamar el valor de una gaseosa respecto de la cual no probó la adquisición onerosa, es decir, que no existió ningún perjuicio económico en su patrimonio.

También se agravia en punto al daño moral. Dice, que la sentencia se fundamenta en hechos alegados por la actora pero que no fueron probados a lo largo del proceso. Afirma, que si el Sr. Morán hubiese sufrido un perjuicio moral debió haberse producido prueba idónea para demostrarlo en el proceso a través de la prueba pericial.

Luego, respecto a la relación de causalidad, dice que atento que no se acreditó que la gaseosa salió de la planta embotelladora sin ser apta para el consumo humano no hay relación posible entre el daño invocado por el actor y su obrar. Agrega, que la relación de causalidad fue interrumpida por el obrar de un tercero por el cual no debe responder.

Manifiesta, que la normativa vigente establece eximentes de responsabilidad en los casos donde resulte aplicable el factor de atribución objetivo, en especial el hecho de un tercero ajeno por el cual no deba responder. Señala, que la intervención de un tercero ajeno a EDASA interrumpe toda vinculación causal e impide imputarle un factor de atribución.

Por otra parte, como segundo agravio, se queja de la omisión de tratamiento de una cuestión esencial planteada por EDASA, es decir, el Código Alimentario Argentino, norma que resulta de una gravitación decisiva y constituye una cuestión esencial a dilucidar.

La recurrente cita el capítulo IV del artículo 184 que hace referencia a los cerramientos de los envases. Afirma, que la legislación vigente establece criterios de razonabilidad en cuanto a la seguridad y calidad de los envases que contienen alimentos, pero en modo alguno prevé que sean absolutamente inviolables.

En tercer lugar, se agravia porque considera arbitraria la condena al pago de los daños punitivos. Afirma, que yerra la sentenciante en cuanto sostiene que EDASA puso, bajo su conocimiento, un producto en el mercado con un mecanismo inseguro.

La recurrente se refiere a la seguridad del sistema de producción y a los certificados de calidad acompañados, como también a las millonarias inversiones y gastos efectuados en equipamiento de calidad, por lo cual no es cierto que su mandante incurrió en negligencia culpable.

Expresa, que en el caso no existe un factor de atribución calificado porque se trata de un reproche subjetivo y no es cierto que incurrió en una negligencia culpable.

Afirma, que no puede tenerse por fundada la sentencia con la sola referencia a determinada jurisprudencia local que no se encuentra firme, sin considerar los hechos concretos y la prueba producida.

Por último, se queja en punto a las costas y la regulación de honorarios. Alega, que la solución que se impone es el acogimiento de los agravios planteados, lo que conduce a que las costas sean soportadas por el actor. Agrega, que el éxito del Sr. Morán, constituye sólo un 2,4% y señala que aún en el peor de los supuestos deberán ser distribuidas en el orden causado.

A fs. 1136/1144 y 1155/1167vta. el actor contestó los recursos de Servicios y Productos para Bebidas Refrescantes S.R.L. y de Embotelladora del Atlántico S.A., respectivamente. Solicitó su rechazo con costas.

A fs. 1168/1173 y 1175/1181vta. Servicios y Productos para Bebidas Refrescantes S.R.L. y Embotelladora del Atlántico S.A., respectivamente, contestaron los agravios del actor. Ambos solicitaron el rechazo del recurso de la contraria, con costas.

A fs. 1102 el Ing. Norberto Mancuso apeló sus honorarios por bajos.

A fs. 1103 y 1104 Servicios y Productos para Bebidas Refrescantes S.R.L. y Embotelladora del Atlántico, apelaron los honorarios regulados por altos.

A fs. 1107 el letrado del actor, Sr. Sebastián Brollo, apeló sus honorarios por bajos.

II. Ingresando al estudio de las cuestiones planteadas, cabe adelantar que la competencia de esta Alzada se encuentra limitada a las cuestiones sometidas a su decisión mediante la apelación (arts. 265 y 271 del C.P.C. y C.), que hayan sido oportunamente propuestas a la decisión del inferior (art. 277), limitación que tiene jerarquía constitucional (FALLOS: 313:983; 319:2933; 339:1308).

Asimismo, corresponde señalar que los jueces no se encuentran obligados a seguir a las partes en todos sus agravios sino sólo en aquellos que son conducentes y decisivos para la resolución de la cuestión de fondo (FALLOS: 305:1886; 303:1700; entre otros).

1. Luego, por una cuestión lógica corresponde tratar en primer lugar el agravio de la co-demandada Servicios y Productos para Bebidas Refrescantes SRL, respecto a la aplicación de la LDC al presente caso.

Al respecto sostuve, *"Cabe señalar que el concepto de consumidor fue evolucionando con el paso del tiempo, ampliando los sujetos comprendidos en dicha normativa, buscando beneficiar o ampliar el espectro de aquellas personas que inicialmente no se encontraban comprendidas en la legislación consumeril. Así, respecto a la ley 26.361, modificatoria de la ley 24.240 se sostuvo que "El artículo 1 de la ley 26.361 amplió la noción de consumidor tal como se hallaba incorporada al texto original de la ley 24.240"*.

"Recordemos que la versión original, al suministrar la definición de consumidores o usuarios, lo hacía sobre la base objetiva de lo que se contrataba: como por ejemplo, la adquisición o locación de bienes muebles o la prestación de servicios. La Ley 26.361 reproduce lo relativo a la adquisición de bienes en forma gratuita u onerosa, sin formular distinciones entre ellos y añade, como novedad, lo relativo a la utilización de bienes o servicios. Acontece que la utilización de bienes o de servicios no requiere necesariamente una contratación

previa", (Pizarro, Ramón D., Stiglitz, Rubén S., "Reformas a la Ley de Defensa del Consumidor", Información Legal"; AR/DOC/1219/2009)".

"Luego, el Código Civil y Comercial "amplifica considerablemente el concepto de "consumidor", y lo mismo ocurre con la delimitación de la denominada "relación de consumo"..."
(Rusconi, Dante D., "La noción de "consumidor" en la nueva Ley de Defensa del Consumidor", Información Legal, 0003/013843)".

"Al respecto se ha sostenido que "El concepto jurídico de consumidor – que no necesariamente debe coincidir con el económico – se encuentra contenido en los arts. 1º de la ley 24.240 y su concordante 1092 del Cód. Civ. Y Com., definido como "la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social". Asimismo, el art. 1096 del Cód. Civ. y Com. determina que las normas de la sección "Prácticas abusivas" y las de "Información y publicidad dirigida a los consumidores" son aplicables a todas las personas expuestas a las prácticas comerciales, determinables o no, sean consumidores o sujetos equiparados conforme a lo dispuesto en el art. 1092 del mismo cuerpo normativo". A partir del análisis de estas disposiciones, concluye Hernández que pueden advertirse tres alternativas: el consumidor directo, el usuario o consumidor material o fáctico y el expuesto a una relación de consumo. Conforme a las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Comisión de Derecho Interdisciplinario: Derecho del Consumidor), celebradas en Córdoba en el año 2009, el consumidor directo sería quien asume el rol de contratante al adquirir un bien o servicio, actuando como destinatario final, sea la contratación a título gratuito u



oneroso". Asimismo, el usuario o consumidor material o fáctico es quien utiliza bienes o servicios sin ser parte sustancial de un contrato de consumo, generalmente por estar vinculado familiar o socialmente con el consumidor directo". Y, por último, el expuesto es quien se expone a una relación de consumo, a un peligro derivado de ella o quien resulta efectivamente afectado hoy limitado al ámbito de las prácticas abusivas, la información y la publicidad), (Quaglia, Marcelo C., Raschetti, Franco, "Acerca de las personas jurídicas y su categorización como consumidor", Información Legal, AR/DOC/732/2020)".

"A partir de lo expuesto, resulta irrelevante que el actor no haya adjuntado el ticket de compra, en tanto no fue objeto de discusión la tenencia de la botella en cuestión por parte del Sr. Riffo".

"Tampoco la demandada controvierte lo expuesto por la A-quo en cuanto a que la botella en cuestión llegó al punto de venta y fue ofrecida al público, (fs. 962vta.) y que "la sola tenencia del producto permite presumir que estaba destinado a ser consumido" (fs. 961vta.)".

"Además, se dijo que "Al ser la protección de los consumidores o usuarios un principio general dentro de nuestro ordenamiento constitucional, debe corresponder al proveedor de bienes o servicios encuadrables en las previsiones de la ley 24240 la carga de la prueba de que el sujeto que los ha adquirido o utilizado, o tenga interés en su adquisición o su uso, no deba ser considerado en ese concreto como consumidor o usuario a los fines de la tutela de esta ley. Y en caso de duda, como quedó expuesto, debe estarse a favor del consumidor (art. 3, ley 24.240), (Cám. De Apel. en lo Contencioso Administrativo con Asiento en La Plata, en autos "Aguas Danone de Argentina S.A. v. Ministerio de Producción - Dirección de Comercio", 03/06/2010, Información Legal, 20100821), ("RIFFO VARELA FERNANDO G C/ EMBOTELLADORA DEL ATLANTICO S.A. S/D Y P DERIVADOS

DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DE PARTICULARES”, Expte. N° 501483/2014).

Tales consideraciones resultan trasladables a este caso, y en consecuencia, el hecho de que la actora no haya adjuntado el ticket de compra, no resulta determinante a los fines de considerarla consumidora, en tanto no fue un hecho controvertido la tenencia de la botella en cuestión, lo cual permite presumir que estaba destinada a ser consumida.

Por otra parte, las demandadas *“no niegan que dicha bebida se comercializa ni que en tal circunstancia el adquirente y tenedor de la botella es consumidor del bien fabricado y comercializado por la demandada, de acuerdo a la interpretación receptada por los artículos 1092 y 1093 del CCC”, (fs. 961vta.)*.

A partir de lo expuesto, los agravios de Servicios y Productos para Bebidas Refrescantes en cuanto a la relación de consumo, la legitimación activa de la actora y la aplicación al caso de la ley 24240, no resultan procedentes.

2. Luego, en punto al agravio de Servicios y Productos para Bebidas Refrescantes S.R.L. referido a su falta de legitimación pasiva, adelanto que el mismo tampoco resulta procedente.

Al respecto, la Cámara Nacional de Apelaciones sostuvo, *“No paso por alto que Servicios y Productos para Bebidas Refrescantes S.R.L. se agravia del rechazo de su defensa de falta de legitimación pasiva. Lo que sucede es que los agravios sobre este aspecto de la sentencia también deben ser desestimados”*.

“En efecto, la codemandada afirma que no puede ser condenada en tanto proveedora de la materia prima, ni por tener un beneficio económico, ni por su relación con la embotelladora, ya que no es ninguno de los sujetos enumerados en el art. 40 de la ley 24.240, que son “el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio”.



"En primer lugar, destaco que la mención de los legitimados pasivos tiene carácter enunciativo (Picasso - Wajntraub, "Las leyes 24.787...", cit.; en el mismo sentido, vid. Hernández, Carlos A. - Frustagli, Sandra A., comentario al art. 40, en Picasso - Vázquez [dir.], Ley de defensa del consumidor. Comentada y anotada, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. I, p. 509)".

"Además, como lo explican Hernández y Frustagli, "a) Aunque el término productor ha sido asimilado al de fabricante, nos parece más correcto limitarlo a quien elabora cosas primarias, esto es, materias primas provenientes de la naturaleza; b) Por fabricante cabe entender a quien elabora un bien determinado, sea por someterlo a un proceso de transformación, montaje, armado o creación. Aunque habitualmente puede actuar sobre bienes primarios, es posible que opere sobre partes ya fabricadas. Puede, además, ser un elaborador parcial, esto es, de un componente del producto final" (Hernández - Frustagli, op. cit., t. I, p. 509/510)".

"Bajo los parámetros recién expuestos, no tengo dudas acerca de que Servicios y Productos para Bebidas Refrescantes S.R.L. debe ser considerada fabricante del producto vicioso y que, por ende, debe responder. Ello, más allá de las acciones de repetición que pudieran corresponder, de acuerdo con lo dispuesto en el mismo art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor", (CNCIv. Sala A, en autos "Márquez, Daniel Eduardo c/ Reginald Lee S.A. y otro s/ daños y perjuicios").

A partir de lo expuesto, en tanto no se encuentra en discusión que la demandada prepara y vende el concentrado que es la base del producto por el cual reclama la actora, corresponde rechazar el agravio en cuanto a la falta de legitimación pasiva formulado por la co-demandada Servicios y Productos para Bebidas Refrescantes S.R.L.

3. Luego, corresponde tratar los agravios de Embotelladora del Atlántico S.A. en cuanto a la falta de cumplimiento de los presupuestos de la responsabilidad civil y

de Servicios y Productos para Bebidas Refrescantes S.R.L., porque considera que no existe nexo causal.

En punto a la atribución de responsabilidad *"Existe respecto del fabricante de los productos elaborados, como lo es una bebida gaseosa embotellada, una responsabilidad extracontractual, con fundamento en un factor de atribución objetivo, encuadrado en el art. 1113 que consagra la teoría del riesgo creado, quedando comprendidos en el precepto no sólo las cosas, sino también las actividades riesgosas"*, (CNCiv. Sala D, en autos *"Scarone, Raúl R. v. Supermercado Norte sucursal Villa Devoto y otros"*, 15/10/1998, *Información Legal*, 1/45842)".

Respecto a la antijuridicidad por la que se agravia la Embotelladora apelante, *"En un caso similar se sostuvo: "El primer agravio debe ser desestimado porque una correcta valoración de los elementos de prueba arrimados a la causa conduce necesariamente a tener por cierto que se ha configurado objetivamente un hecho antijurídico imputable a la demandada en su condición de proveedora y que consiste en un incumplimiento de sus obligaciones para con el consumidor derivadas de la relación de consumo"*.

"En efecto, basta con observar la botella que se encuentra reservada en secretaría del juzgado de primera instancia (fs. 6/9) y que fuera oportunamente requerida por esta cámara para su apreciación de visu, para comprobar que el producto que ha recibido el consumidor tiene un defecto ostensible que lo torna no apto para ser ingerido y ese extremo no se encuentra controvertido".

"Por otra parte, la ausencia de pruebas que demuestren que el cierre de la botella no ha sufrido alteración o manipulación después de haber salido de la planta embotelladora de la accionada no desvirtúa aquella conclusión porque esa botella, que contiene un defecto visible, no presenta signos que a simple vista permitan sospechar que ha sido abierta con posterioridad al proceso de embotellamiento en la planta, sino



que más bien debe presumirse lo contrario, porque lo que ocurre conforme al curso normal y ordinario de las cosas es que una botella con tapa a rosca del tipo de la que tiene la que nos ocupa en esta causa, no puede ser abierta sin que se rompa el precinto colocado por debajo de ella. La hipótesis de que haya sido abierta sin afectar ese precinto no puede presumirse sino que, en todo caso, debió haber sido acreditada por quien tenía interés en hacerlo, esto es la demandada”.

“En realidad, al formular este planteo, lo que hace implícitamente la accionada es alegar la culpa ajena (de un tercero o de la propia víctima) para interrumpir el nexo causal conforme a la previsión del art. 40, párr. 2, LDC, y no caben dudas que la carga de la prueba de esa circunstancia eximente recae sobre quien la invoca en su defensa, por lo que mal puede la apelante escudarse en ese déficit probatorio. Esto es así en la presente acción fundada en la Ley de Defensa del Consumidor, atento que se trata de una defensa opuesta por el proveedor sobre quien pesan los deberes que establece del art. 53, párr. 3, LDC.”; (Cám. 3ra. de Apelac. Civ. y Com. de Córdoba, en autos “Teijeiro o Teigeiro Luis M. v. Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G.”, 17/04/2012, AR/JUR/395/2012”).

En autos, se encuentra acreditado el hecho antijurídico por el cual se queja Embotelladora del Atlántico S.A., imputable a las demandadas en su condición de fabricante y proveedora de la botella en cuestión, en tanto con la pericia técnica (fs. 761/768) quedó acreditado que la botella en cuestión contenía un elemento extraño.

En consecuencia, la queja en punto a la antijuridicidad que expone Embotelladora del Atlántico en su recurso, no resulta procedente.

Por otra parte, respecto al nexo causal por el cual se quejan ambas demandadas, se dijo que *“El sindicato como responsable solo se puede exonerar si acredita la interrupción*



del nexo causal: el hecho de la víctima, el de un tercero por quien no debe responder o el caso fortuito”.

“Así las cosas, la prueba acerca de las medidas de seguridad, y de los controles que se realizan regularmente en el proceso de embotellado (prueba testimonial invocada y prueba pericial producida en esta alzada), no son conducentes para acreditar ninguno de los supuestos mencionados. A lo sumo, podría ser útil para acreditar la ausencia de culpa de las demandadas pero, como dispone la ley en el art. 40, ello no es suficiente para eximir de responsabilidad, que -lo reitero- es extracontractual y objetiva”, (CNCIV. Sala A, en autos “Márquez, Daniel Eduardo c/ Reginald Lee S.A. y otro s/ daños y perjuicios”).

En autos, la estrategia defensiva de la demandada ha sido probar la no culpa y no las eximentes que indica la norma, es decir, un caso fortuito, la culpa de la víctima o de un tercero por el cual no debe responder (cfr. art. 1113 del CC). Por ello, es que resulta insuficiente el cumplimiento de las normas de cerramiento de los envases dispuestas por el Código Alimentario al que refiere Embotelladora del Atlántico S.A. en su recurso y por lo cual se queja por la falta de tratamiento.

La demandada no probó la adulteración de la botella, es decir que salió de los establecimientos comerciales siendo apta para el consumo.

En punto a ello el perito se refirió al proceso de envasado y tratamiento de las botellas y expresó *“Restaría hipotetizar en el accionar de algún operario infiel que ingresare el cuerpo referido”, (fs. 820)*. En definitiva, no quedó acreditada la interrupción del nexo causal en tanto las demandadas no probaron en autos la culpa de un tercero.

Es que, las consideraciones que efectúa la recurrente Embotelladora del Atlántico en cuanto a las medidas de seguridad y de los controles que se realizan regularmente en el proceso, no son conducentes para acreditar que la botella fue adulterada

o violentada por un tercero como indica en su recurso, (cfr. CNCIV. Sala A, en autos "Márquez c/ Reginald Lee S.A. y otro", citado precedentemente).

En punto al daño como presupuesto de responsabilidad al que se refiere la demandada Embotelladora, tal como surge del punto siguiente, el mismo se encuentra acreditado y entonces corresponde desestimar las consideraciones efectuadas al respecto.

A partir de lo expuesto, las quejas de Embotelladora del Atlántico S.A. y de Servicios y Productos para Bebidas Refrescantes S.R.L. no resultan procedentes, en punto a los presupuestos de la atribución de responsabilidad, conforme cada uno alegó en su recurso.

4. Entonces, corresponde en esta instancia proceder a tratar los recursos de las partes con relación a los daños reclamados por el Sr. Morán

4. a) En primer lugar, respecto al recurso de Servicios y Productos para Bebidas Refrescantes S.R.L, cabe señalar que el actor solicitó al demandar, el valor de mercado al momento de la sentencia de una botella de Coca Cola de las mismas características que la adquirida presentada en juicio (fs. 41vta.), y en consecuencia, la procedencia de este daño debe ser confirmado. Así, porque tal como ya se dijo y no se encuentra cuestionado, el actor contaba con el envase con la bebida en cuestión, la misma contenía un elemento extraño (fs. 754) y el perito informó al respecto que no advertía que la tapa y el envase no fueran originales, (fs. 752) y además expresó que en cuanto al ingreso del cuerpo extraño, si bien consideraba imposible el mismo a la botella, restaría hipotetizar en el accionar de algún operario infiel que ingresare el cuerpo referido, (fs. 820).

En consecuencia, el recurso de Servicios y Productos para Bebidas Refrescantes S.R.L. en cuanto al daño emergente o material no resulta procedente.



4. b) En punto al daño punitivo ambas codemandadas se quejan respecto a su procedencia. Además, Servicios y Productos para Bebidas Refrescantes S.R.L. impugna subsidiariamente la liquidación de dicho rubro, y la actora se agravia porque considera que es bajo el monto por el que procedió la condena.

Los agravios de las demandadas respecto a la procedencia del rubro resultan procedentes. Al respecto, se dijo: *"La interpretación predominante entiende que esa sanción solo puede ser aplicada cuando existe dolo o culpa grave del dañador (vid. por todos: Pizzaro, Ramón D., "Daños punitivos", en Kemelmajer de Carlucci, Aída - Parellada, Carlos A. (dirs.), Derecho de Daños. Segunda parte, La Rocca, Buenos Aires, 1993, p. 287 y ss.; Kemelmajer de Carlucci, Aída, "¿Conviene la introducción de los llamados 'Daños Punitivos' en el derecho argentino?", en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Segunda Época, Año XXXVIII, n.º 31, 1993, Buenos Aires, 1994, p. 71 y ss.; Brun, Carlos A. "Nuevamente sobre el factor de atribución en la procedencia de los daños punitivos", RCCyC 2019, 146; Calvo Costa, Carlos A., "La nueva responsabilidad civil en el proyecto de código: un paso hacia delante y un interrogante", RCyS 2013-VI, tapa)"*.

"En efecto, este tribunal -en su anterior composición, y por mayoría- ha sostenido que: "la existencia de dolo o culpa grave es condición sine qua non, para la imposición del daño punitivo. Todo lo que haga el proveedor debe ser contrario a la buena fe de manera intencional. Si no hay intención de dañar, puede haber daño compensatorio por responsabilidad objetiva pero nunca daño punitivo" (esta sala, 4/12/2017, "C. M. J. c/ Federación Médica Gremial de la Cap. Fed. (FEMEDICA) s/ daños y perjuicios", RCyS 2018-III, 130; idem, 17/10/2017, "M., M. S. y otro c/ Organización de, Servicios Directos Empresarios s/ daños y perjuicios", RCyS 2018-II, 92)".

"En el caso, ese grave reproche que, a criterio de la doctrina mayoritaria, resultaría ser un requisito de



admisibilidad de los daños punitivos, no aparece configurado, debido a que los actores solo probaron el vicio de la cosa, más no un grosero menosprecio por parte de los demandados hacia los derechos de los adquirentes, una culpa grave, o un obrar doloso (art. 377 Código Procesal)", (cfr. CNCiv. Sala A, en autos "Márquez c/ Reginald Lee S.A. y otro", citado precedentemente).

Además, esta Sala sostuvo: "Cabe partir de considerar que: "No cualquier incumplimiento contractual o legal puede dar curso a la petición de este tipo de pena que condena al incumplidor a reparar más allá del daño producido. Creemos que la amplitud dada por el legislador a los -por así llamarlos- requisitos de procedencia, es extremadamente peligrosa al no brindar al juez un marco o parámetro de referencia al que atenerse a la hora de sopesar la conveniencia y oportunidad de condenar a pagar daños punitivos. En el derecho norteamericano se ha aludido a una conducta caracterizada por la "malicia", entendida ésta como una actuación dolosa. También así se la caracterizaba cuando el demandado actuaba de una manera despreciable con indiferencia voluntaria y consciente de los derechos y seguridad de los demás (Civ. Code, par 3294 subd. -c-). No podemos exigir únicamente el aspecto objetivo del incumplimiento sino que, además, consideramos que es necesaria una particular subjetividad. En este punto coincidimos con Alejandro Andrada en que la institución de las "penas privadas" propende al establecimiento de un derecho más igualitario y más justo. En ese marco no parece respetar elementales exigencias de justicia, la circunstancia de tratar igualitariamente a aquel que ha causado un daño por una mera negligencia o imprudencia, que a aquel que comete graves transgresiones, de manera consciente y, aún, en ocasiones, obteniendo pingües ganancias con su reprochable accionar".

"En síntesis, aún para sus defensores, como Pizarro y el citado autor, debe receptarse el daño punitivo "cuando el demandado en forma deliberada o con grosera negligencia causa un



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

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

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

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



"Lo expuesto se fundamenta en la hermenéutica jurídica nacional que se desprende del artículo 16 del Código Civil y de la jurisprudencia pacífica actual de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la cual, recientemente, en "Aban, Francisca América c. ANSES" (11/08/2009), reitera: "Que es jurisprudencia de este Tribunal que en la interpretación de la ley ha de tenerse en cuenta el contexto general y los fines que aquélla persigue (Fallos: 267:215) (LA LEY, 125-293) y que con ese objeto la labor del intérprete debe ajustarse a un examen atento de sus términos que consulte la racionalidad del precepto y la voluntad del legislador, extremos que no deben ser obviados por posibles imperfecciones técnicas de la instrumentación legal, precisamente para evitar la frustración de sus objetivos (Fallos: 308:2246, entre muchos otros); también ha dicho que en esa tarea no puede prescindirse de las consecuencias que se derivan de cada criterio, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar su coherencia con el sistema en que está engarzada la norma (Fallos: 307:1018 y 2200; 324:2107; 331:1262 "Obra Social para la Actividad Docente (OSPLAD)", y sus citas)".

"Asimismo, existen indicios suficientes para entender que, más allá de la ambigüedad conceptual que presentan, el "espíritu de la ley", la "voluntad del legislador" o la "finalidad perseguida por la ley" convergerían (y nunca se apartarían), en general, en la aspiración del logro de la función de los DP desarrollada por la doctrina especializada. Por lo tanto, la deseabilidad del cumplimiento de esta función es lo que motivaría a la norma ("ratio legis") y justificaría su creación. Así, en primer lugar, como presunción cierta de lo indicado, se destaca que el nuevo artículo 52 bis denomina esta multa civil conforme con la designación empleada por la doctrina dominante comparada y nacional: "Daño punitivo". En segundo lugar, como acreditación concluyente de lo expuesto, en los Fundamentos del Proyecto de Ley que incluye el artículo en

estudio y del Dictamen de las comisiones de Defensa del Consumidor, de Comercio y de Justicia de la Cámara de Diputados de la Nación que tratan a dicho Proyecto, se explica que: "el artículo propuesto incorpora al estatuto del consumidor la figura del daño punitivo de derecho anglosajón".

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

"Por otra parte, la función accesoria de los DP sería la sanción del dañador, ya que toda multa civil, por definición, tiene una función sancionatoria por la circunstancia fáctica de ser una condena en dinero extracompensatoria (la multa civil es sancionatoria en oposición a la indemnización por daños y perjuicios que es compensatoria). Así, en los Fundamentos ya mencionados se explica que los DP "consisten en una sanción de multa"... (cfr. Irigoyen Testa, Matías "Cuándo el juez puede y cuándo debe condenar por Daños Punitivos? Publicado en: RCyS 2009-X, 16)".

"Por ello es que tanto la doctrina como la legislación comparada, establecen como criterios para su procedencia: a) el grado de reprochabilidad de la conducta del demandado; b) la razonabilidad de la relación entre el importe de los daños punitivos y los daños compensatorios; c) el alcance de las sanciones penales establecidas por las leyes para conductas

comparables (cfr. Trigo Represas, Félix - López Mesa, Marcelo, "Tratado de la responsabilidad civil", Ed. La Ley, 2004, T. I, pág. 560)".

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

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

"De otro modo, incluyendo la multa por daño punitivo como un rubro indemnizatorio más, siempre correríamos el riesgo de propiciar un enriquecimiento ilícito a favor de la víctima, extremo no querido por el sistema de reparación de daños del derecho civil", ("DURAN DARIO LEONARDO C/ IRUÑA S.A. Y OTROS S/RESOLUCIÓN DE CONTRATO", Expte. N° 472438/2012)", ("MARTINEZ MARIA ESTHER C/ COCA COLA POLAR ARGENTINA S.A. S/D.Y P. X RESP. EXTRACONT. DE PART.", Expte. N° 476113/2013).

El Tribunal Superior de Justicia de Córdoba expresó al respecto que "La sentencia que dejó sin efecto la condena a pagar el daño punitivo reclamado a una empresa productora, distribuidora y proveedora de bebidas gaseosas, por quien encontró un objeto extraño en el interior de uno de sus productos, debe confirmarse, pues no ha cometido un error grosero de derecho al interpretar el art. 52 bis de la ley 24.240, ni inventó requisitos que no surgen de la ley, sino



adoptó una postura restrictiva a los fines de analizar su procedencia, requiriendo en su mérito un plus que consiste en una conducta deliberada que denote negligencia grave o dolo”, (SALA CIV. y COM., “T. (o) T., L. M. c. Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. s/ abreviado - otros - recurso de casación”, 15/04/2014, Información Legal, AR/JUR/6030/2014).

En el caso, conforme lo sostuvo el perito a fs. 368/370: (1) “Se trata de una botella de Coca Cola regular, envase retornable ref pet de 2000 cc. El código de la tapa es el siguiente: R BB 3270930337 o R BB3270930837 por no resultar del todo legible siendo esta última la que parece más pausable. Además, se observa la leyenda 25 ENE 2014, lo que corresponde a la fecha de consumo preferente”.

Además, a fs. 820 el perito expresó, “Se me hizo entrega de las certificaciones norma ISO, OHSAS (Bureau Veritas), etc. con las que la embotelladora acredita idoneidad, calidad y tecnología”.

También, cabe señalar que tampoco se ha podido determinar qué medida de precaución o de control adicional habría faltado observar o -eventualmente- podido añadirse para mejorar la calidad del proceso u optimizar la custodia de las botellas. En definitiva, no se advierte qué medida de control habría sido omitida por la empresa para poder imputarle una conducta negligente en el hecho (cfr. TSJ de la Provincia de Córdoba, Sala civil y comercial, en autos T. (o) T., L. M. c. Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. s/ abreviado - otros - recurso de casación, 15/04/2014, La Ley On Line, AR/JUR/6030/2014).

También, “Cabe señalar que de la prueba rendida puede concluirse que se trata de un caso aislado, circunstancia que conduciría a descartar que concurra otro de los elementos que caracterizan a este tipo de sanciones, tal la finalidad de tutelar preventivamente el interés social, como tampoco que la demandada haya pretendido abaratar costos o incrementar su

ganancia y como consecuencia de ello se haya producido el hecho por el cual demanda la actora”, (cfr. esta Sala en autos “MARTINEZ MARIA ESTHER C/ COCA COLA POLAR ARGENTINA S.A. S/D.Y P. X RESP. EXTRACONT. DE PART.” citados en el presente).

Por lo tanto, no se encuentran reunidos en estas actuaciones los presupuestos requeridos para la procedencia del daño punitivo. En consecuencia, corresponde hacer lugar al agravio de las demandadas al respecto y dejar sin efecto la condena por este rubro.

4. c) Luego, Servicios y Productos para Bebidas Refrescantes S.R.L. se queja en punto a la procedencia del daño moral y subsidiariamente impugna la liquidación de este rubro. El actor se agravia por la cuantificación porque la considera insuficiente.

Al respecto, se dijo que, *“En punto al daño moral se ha sostenido que, “De conformidad con la definición de daño jurídico que emana del art. 1738 CCyC, puede definirse al daño moral (denominado en este artículo “consecuencias no patrimoniales”) como la lesión de un interés no patrimonial de la víctima que produce consecuencias de la misma índole. La consecuencia resarcible, en estos casos, consiste en una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar diferente de aquel en el que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial”, (Picasso, Sebastián - Sáenz, Luis R.J., Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Dir. Herrera, Marisa; Caramelo Gustavo y Picasso Sebastián, T. IV, art. 1741, pág. 460, Infojus, Buenos Aires 2015)”.*

“Además, específicamente en materia consumeril esta Sala sostuvo que “El agravio moral frente al incumplimiento empresarial en las relaciones de consumo surge per se resultando innecesaria su prueba específica, mereciendo una apreciación

autónoma que no tiene porque guardar relación con el daño patrimonial”.

“Ese carácter autónomo del daño moral ha sido consagrado por nuestra Corte Suprema en Santa Coloma. (JA, 1986, IV -624)”.

“En el mismo orden de ideas, Carlos Gherzi señala la creación de nuevos supuestos de responsabilidad de atribución objetiva como lo son la ausencia o defectos en la información (art. 4° LCD), la obligación legal de seguridad (art. 5° de la LCD), el trato indigno, las prácticas abusivas (Carlos Gherzi, La Ley, 2011)”.

“En el ámbito de la relación de consumo es indudable la generación de daño moral autónomo al lesionarse un interés jurídico espiritual”.

“Así hemos verificado que la publicidad engañosa, la ausencia de información, el incumplimiento de la obligación de indemnidad, el trato indigno generan daño moral”, (Ritto, Graciela B., “El daño moral contractual y la defensa del consumidor”, Información Legal, AR/DOC/2728/2011)”, (“TRUJILLO ESPINOSA BIBIANA STELLA C/ WESTER UNION FINANCIAL SERVICES ARGENTINA SRL S/DAÑOS Y PERJUICIOS”, Expte. N° 524441/2018).

En el caso, el actor sostuvo al demandar que la primera sensación al encontrar el elemento extraño fue de sorpresa, pero que luego le dio mucha impresión y asco al pensar que con su familia pudieron haber bebido lo que no sabían a ciencia cierta qué era ni las consecuencias que podría traerles. Agrega, que sintió una sensación de inseguridad, vulnerabilidad y angustia, (fs. 41vta.). En consecuencia, solo puede considerarse que tuvo una sensación desagradable o disgusto a los fines de la procedencia del daño moral.

Empero, es necesario considerar que el Sr. Morán agregó que también le causó un perjuicio la falta de respuesta de la demandada y el trato indigno hacia su persona (fs. 42), lo cual debe ser valorado a los fines de la procedencia de este rubro.

Es que, a diferencia de los autos "Riffo c. Varela" citados precedentemente, en estas actuaciones, conforme surge de la sentencia, el actor realizó el reclamo a través de los canales habilitados por la accionada sin haber recibido respuesta oportuna (fs. 1096vta.) y al respecto sólo se refiere Servicios y Productos para Bebidas Refrescantes en su recurso, manifestando que no recibió reclamo alguno, pero Embotelladora del Atlántico S.A. nada dijo al respecto.

Tampoco se adjuntó a estas actuaciones prueba de la contestación dada por una o ambas demandadas al Sr. Morán.

Por otra parte, el actor se queja en punto a lo expuesto por la sentenciante en cuanto a la posibilidad de realizar una reunión familiar, pero sólo señala que la intención queda totalmente desdibujada y no justifica tal afirmación, como tampoco efectúa análisis alguno al respecto.

A partir de lo expuesto, corresponde rechazar los recursos de la co-demandada Servicios y Productos para Bebidas Refrescantes S.R.L. y del actor y confirmar la procedencia y monto de este rubro (cfr. art. 165 del CPCyC).

5. Luego, tampoco resultan procedentes las quejas de las demandadas en punto a la imposición de costas.

Es que, en las presentes actuaciones las demandadas negaron los daños reclamados, lo cual demuestra la necesidad del pleito, y además, luego resultaron condenadas solidariamente. En consecuencia corresponde confirmar la condena en costas efectuada por la sentenciante de grado, (art. 68, 2do. párrafo del CPCyC), (cfr. "RIZZA SILVIO MARCELO C/ PEUGEOT CITROEN ARGENTINA S.A. Y OTRO S/D. y P. X INCUMPL. CONTRACT. PART.", EXP N° 472042/2012).

6. Por otra parte, en cuanto a las apelaciones arancelarias de Embotelladora del Atlántico S.A. a fs. 1104, Servicios y Productos para Bebidas Refrescantes S.R.L. a fs. 1103, ambos respecto a los honorarios profesionales de los letrados y del perito por altos; la del perito Norberto Daniel

Mancuso a fs. 1102 por bajos y del letrado del actor, Sebastián Brollo, a fs. 1107 por bajos, atento la forma que se resuelve realizados los cálculos pertinentes, teniendo en cuenta las labores efectuadas por los letrados intervinientes y las etapas cumplidas, como también el resultado del pleito, corresponde confirmar las regulaciones efectuadas por la sentenciante en porcentaje, (arts. 6, 7, 9, 10, 12 y 39, LA).

Luego, en cuanto a los honorarios del perito ingeniero, si bien no existen pautas aplicables a sus honorarios, la retribución debe ser fijada atendiendo a la calidad y complejidad de sus respectivos trabajos, y conforme reiterada jurisprudencia de esta Alzada, estos emolumentos deben guardar relación con los de los restantes profesionales y su incidencia en la definición de la causa (cfr. Sala I, *in re* "PUGH DAVID CONTRA CABEZA RUBEN OSVALDO Y OTRO S/D.Y P. POR USO AUTOM. C/LESION O MUERTE", EXP 385961/9).

Sentado lo anterior, y de conformidad con las pautas mencionadas y las que habitualmente utiliza esta Cámara para casos análogos, se observa que la regulación del perito resulta ajustada a derecho, por lo que se impone su confirmación.

III. Por todo lo expuesto propongo al Acuerdo hacer lugar parcialmente a los recursos de apelación deducidos por Servicios y Productos para Bebidas Refrescantes S.R.L. a fs. 1108/1120, por Embotelladora del Atlántico S.A. a fs. 1122/1134 y rechazar el recurso de apelación deducido por el actor a fs. 1145/1153, y en consecuencia, modificar la sentencia de fs. 1088/1099 dejando sin efecto la condena por daño punitivo y confirmarla en lo restante que fue materia de recursos y agravios. Imponer las costas por la actuación ante la Alzada por su orden debido a la forma en que prosperan y se rechazan los agravios de las partes, (art. 68, 2° párr. del CPCyC).

Desestimar las apelaciones arancelarias de Embotelladora del Atlántico S.A., Servicios y Productos para

Bebidas Refrescantes S.R.L., del letrado Sebastián Brollo y del perito Norberto Mancuso.

Tal mi voto.

Cecilia PAMPHILE dijo:

1. La cuestión que aquí se plantea, es similar en sus alcances a la resuelta por esta Sala en autos "MARTINEZ MARÍA ESTER C/ COCA COLA POLAR ARGENTINA S.A. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS POR RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE PARTICULARES" (JNQC12 EXP. 476113/2013) y "RIFFO VARELA FERNANDO G C/ EMBOTELLADORA DEL ATLANTICO S.A. S/D Y P DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE PARTICULARES" (JNQC16 EXP 501483/2014), por lo que, en líneas generales, he de seguir el mismo eje argumental.

A partir de esta premisa, coincidiré en líneas generales con mi colega, con excepción de lo atinente al daño punitivo.

2. En efecto, el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240, según modificación introducida por la ley 26.361, incorporó a nuestro derecho positivo la figura del daño punitivo.

Expresamente contempla que al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan.

Es que aquí, la cuestión se aleja del ámbito reparatorio, para centrarse, fundamentalmente, en la función preventiva de la responsabilidad civil (o, como prefieren otros señalar, del derecho de daños). Por ello, la ausencia de condena de un rubro reparatorio, no obsta a la aplicación del daño punitivo.

Así, «...el denominado daño punitivo es una pena privada que consiste en una suma de dinero suplementaria o



independiente de la indemnización que le pueda corresponder a la víctima para reparar los daños sufridos que tiene por finalidad castigar una grave conducta del demandado, hacer desaparecer los beneficios obtenidos a través de ella y prevenir su reiteración en el futuro» (cfr. Barreiro, Rafael F. «La aplicación de la nueva ley a las relaciones jurídicas anteriores a su vigencia y las relaciones de consumo». El daño punitivo, Publicado en: RCCyC 2016 (junio), 185 RCyS 2016-XI, 199).

En efecto, «La función preventiva de los daños punitivos no es desconocida en general por la doctrina autoral o jurisprudencial, sea alcanzada por el medio que pudiere utilizarse. Si se asigna a los daños punitivos una función preventiva, que comparte con la responsabilidad civil como categoría más amplia y continente de aquellos, aguardar a que se provoque un daño resarcible podría frustrar esa finalidad. De tal modo, la introducción de los daños punitivos implica reconocer que la responsabilidad civil, al lado de su función típica que sin dudas consiste en reparar, también puede y debe cumplir finalidades complementarias a los fines de la prevención y punición de ciertas conductas.

Irigoyen Testa señaló que la función de los derechos punitivos habilita a distinguir un aspecto principal y otro accesorio: el principal es la disuasión de los daños conforme con los niveles de precaución deseables socialmente; y, por otra parte, la accesoria es la sanción del dañador ya que toda multa civil, por definición, tiene una finalidad sancionatoria por la circunstancia fáctica de ser una condena en dinero extracompensatoria».

Chamatropulos cree que la finalidad primordial es la disuasión, y que el aspecto sancionatorio es sólo un medio o una herramienta que se utiliza para llegar a aquélla. Esta visión presenta la cuestión desde una muy interesante perspectiva confiriendo prevalencia al aspecto preventivo -acorde con la novedosa regulación de la responsabilidad civil- en relación a



la punición, que no tendría un propósito exclusivo y único en sí misma sino que sólo sería el vehículo para arribar a una finalidad que se estima socialmente valiosa.» (cfr. Barreiro, ya citado).

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

Y se agrega más adelante: «Corresponde aclarar que para la configuración de las infracciones imputadas no es requisito el acaecimiento efectivo de un daño en la salud del denunciante, puesto que la exigencia legal radica en la no generación de «peligros» o «riesgos» para la salud e integridad física de los consumidores, debiendo los proveedores garantizar la seguridad de los mismos (cf. arts. 5 y 6, LDC). La existencia en el mercado de un producto alimenticio con un cuerpo extraño en su interior, aún sin detenerse en la naturaleza de dicho cuerpo, implica forzosamente la introducción de un riesgo ilegítimo para la salud de los consumidores, puesto que dicho acontecimiento - insisto, independientemente de la producción de un daño en la

salud- demuestra un incumplimiento de las obligaciones legales relacionadas con la seguridad de tales productos. Lo mismo ocurre con la utilización de envases que no aseguran su inviolabilidad -circunstancia reconocida por la imputada y sus dependientes-, cuestión que resulta verdaderamente alarmante por tratarse de productos alimenticios de consumo masivo».

«En particular, y por el tipo de productos de que se trata - bebida gaseosa marca «Coca Cola» de alto consumo en general, es de absoluta operatividad aquí la regla general de interpretación del artículo 902 del Código Civil para juzgar la conducta de la empresa. Es indiscutible que un comerciante profesional, debería obrar de conformidad a la prudencia y adoptando todas las previsiones que su actividad habitual indican, cumpliendo respecto de los bienes que comercializa todos los recaudos exigidos por la normativa especial.

A más de lo anterior, y por el parámetro general del «buen hombre de negocios» derivado del principio general de buena fe (art. 1198 y ccs. Cód. Civ.), debería cumplir con todas las exigencias que fueran razonablemente necesarias para garantizar la inocuidad y seguridad de sus productos y el respeto de los derechos de sus clientes. En simultáneo, también tengo en cuenta como factor determinante en la valoración del caso, la legítima confianza que genera en los consumidores la intermediación en el mercado de consumo de sujetos profesionales que conocen (o deberían conocer) los pormenores de la actividad comercial que desarrollan. Ello tendría que asegurar la satisfacción de las necesidades de los consumidores sin menoscabos o riesgos para su patrimonio y, mucho menos, para su salud e integridad física. Habiéndose elaborado y comercializado el producto cuestionado sin adoptar las medidas necesarias para garantizar su seguridad, se introdujo en el mercado un riesgo ilícito a gran escala» (cfr. Juzgado de Faltas Nro. 2, La Plata, 30/11/2012, «Zapata Paula S/ denuncia C/ Coca Cola-Reginald Lee», Expte. OC 13700).



3. Por otra parte, debemos decir con Brodsky, que «La prevención es hoy un objetivo crucial del Derecho Civil. Han pasado ciento cuarenta años desde la entrada en vigor del Código de Vélez Sarsfield, y mucho ha cambiado desde entonces. Por ejemplo, ha cedido la noción liberal según la cual no hay responsabilidad civil sin culpa, frente a una noción más solidaria, centrada en el daño y en el perjudicado, acompañada de factores objetivos de atribución de responsabilidad.

Pues bien, lo mismo debe abandonarse la idea de que el Derecho Civil existe únicamente para compensar un daño individual ya causado, puesto que en la sociedad actual, en su avanzado estadio de globalización y desarrollo tecnológico, es imprescindible prevenir al máximo la causación de futuras lesiones. Y especialmente debe procurarse desalentar aquellas conductas que pueden virtualmente dañar a la sociedad en su conjunto o a una vasta pluralidad de individuos, como es el caso del consumo. En este orden de ideas, señalan Pizarro y Vallespinos que «la función preventiva del derecho de daños ha agigantado su importancia en los últimos tiempos. Esta aptitud, de corte netamente disuasivo, se presenta como un complemento idóneo de las tradicionales vías resarcitorias. Tanto desde el punto de vista de la víctima cuanto del posible responsable, la prevención del daño es siempre preferible a su reparación. [...] un adecuado régimen de sanciones puede erigirse en un factor de prevención de consecuencias dañosas, ante el temor que generan para potenciales dañadores el incurrir en las conductas previstas por la Ley».

Con igual criterio se ha indicado que «teniendo en vista ciertos daños particularmente graves [...], que son muchas veces irreversibles, ya no alcanza con tratar de repararlos a posteriori, sino que deben ponerse todos los medios para prevenir que ellos se produzcan. La idea de responsabilidad aparece como el telón de fondo de estos nuevos desafíos que le toca vivir a la sociedad moderna». En el fallo dictado en la

causa «Cañadas Pérez María c/ Bank Boston N.A.», la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil señaló que el daño punitivo se impone ante «una conducta que se aparta gravemente de aquellos niveles de precaución deseables socialmente» y que su función principal es la disuasión de daños conforme con dichos niveles».

Es que justamente, el punto central es la finalidad preventiva y disuasoria del daño punitivo, la que «en definitiva, es la que da cuenta de la verdadera naturaleza de la figura. De acuerdo a la exposición desarrollada, sostenemos que el propósito de la institución bajo estudio es doble: prevenir futuros daños e impartir justicia en relación a perjuicios ya causados. Y como vimos, el Derecho Civil, independientemente de su tradicional corte resarcitorio, no es extraño en absoluto - más bien al contrario, debe perseguir también- a estas funciones». Y, desde allí, «Habiendo establecido la naturaleza civil de los daños punitivos, es evidente que mal puede ser inconstitucional la inobservancia de garantías penales en una materia no criminal. En efecto, «la Corte Suprema de los Estados Unidos, referente de la nuestra en materia constitucional, en reiteradas oportunidades, ha dicho que los punitive damages no son sanciones penales sino civiles, quedando por lo tanto al margen de las garantías propias del proceso penal».

«Finalmente, daremos respuesta al argumento expuesto en la primera de las corrientes mentadas según el cual las penas privadas no tienen cabida en nuestro sistema de responsabilidad civil. No controvertimos que, como regla general, la punición suele manifestarse en el ámbito criminal y no en el civil.

Sin embargo, este principio no es absoluto. Por ejemplo, pactando de antemano intereses punitivos, el deudor puede obligarse a responder en caso de mora a una tasa generalmente superior a la compensación por el uso del capital ajeno.



A su vez, aunque las astreintes que los jueces pueden imponer a quienes incumplen deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial son definidas como condenaciones conminatorias, es posible observar en aquéllas un costado punitivo. Y en cualquier caso, se trata de sumas atribuidas al damnificado que son independientes del perjuicio sufrido. Estos son casos de instituciones pacíficamente aplicadas en la órbita civil que combinan un aspecto ciertamente sancionatorio con otros de diferente índole (disuasorio, compulsivo, estimulativo, etc.). Ello conduce a concluir que, aun si aceptáramos (aunque no lo hacemos) que los daños punitivos tienen como función primordial el castigo al infractor, ello per se no sería óbice para excluir su admisibilidad en el Derecho Privado».

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

Por otra parte, desde una perspectiva subjetiva, el consumidor no puede -sin sufrir un importante menoscabo- dejar de consumir bienes y servicios: debe alimentarse, vestirse, trasladarse, adquirir medicamentos; puede necesitar un teléfono, una computadora o de acceso a Internet para desarrollar su actividad laboral, etc. Los ejemplos son incontables. Es por ello que, antes de abordar en detalle el tratamiento legal de



los daños punitivos, nos parece apropiado finalizar esta parte del trabajo señalando un hecho fundamental: debido a las características propias de la relación de consumo, la vigencia de instituciones preventivas y aptas para dismantelar los efectos de las conductas dañosas es indispensable. Desde luego, en todo el ámbito civil aquéllos son propósitos deseables y necesarios; pero en el Derecho del Consumo, dado que los sujetos se hallan genéticamente en una situación muy desemejante y que las conductas lesivas de los proveedores pueden afectar a toda la sociedad o a una gran masa de personas, los daños punitivos resultan verdaderamente imprescindibles» (cfr. Brodsky Jonathan M., Daño punitivo: prevención y justicia en el derecho de los consumidores. Lecciones y Ensayos, Nro. 90, 2012, ps. 277-298, <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/90/brodsky.pdf>).

4. Llegados a este punto y tal como lo hemos indicado en otras oportunidades, para que proceda el daño punitivo es necesario que exista un factor de atribución calificado.

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

En este caso, tal como se señalara al citar el precedente sancionatorio administrativo del Tribunal de La Plata, es relevante la circunstancia de que nos encontramos ante un producto alimenticio de consumo masivo.

Las consideraciones que se vierten en dicho resolutorio y a las que me remito, dan cuenta de la gravedad de la conducta.



Tal como surge de la causa, y al igual que en los precedentes citados en el inicio, la demandada tenía conocimiento acerca de la posibilidad de que la tapa y el envase del producto sean «hackeadas», sin que queden signos visibles.

Debo en esta causa, nuevamente afirmar, que esto determina que el elemento que debe asegurar la inviolabilidad del contenido, sea altamente vulnerable, y que el mecanismo de seguridad (tal como lo refiriéramos más arriba) sea claramente inseguro y, dudosamente, cumpla su finalidad.

Y todo esto, era conocido por la demandada.

Decía en "Riffo": *"...Esto demuestra -si se me permite el juego de palabras- la inseguridad del dispositivo de seguridad utilizado para asegurar -en los términos de los propios técnicos de la demandada- la no violación o adulteración del contenido.*

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



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

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

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

apreciación del incumplimiento de dichos deberes se analizará con mayor estrictez.

Hoy en día, garantizar la seguridad en los alimentos y bebidas que se comercializan ocupa un lugar de privilegio entre las preocupaciones sociales.

Correlativamente, el umbral de «benevolencia» con que deben ser apreciadas las fallas o incumplimientos se reduce dramáticamente (casi al punto de un nivel de «tolerancia cero» como antes decíamos).

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

5. Más allá de las críticas que pudieran efectuarse al sistema, en punto al beneficiario del daño punitivo, o de las preferencias personales acerca de un sistema diferente (por caso, el previsto en el anteproyecto de Código Civil y Comercial. Me remito a las consideraciones efectuadas, entre otros por Picasso o el ya citado Brodsky), lo cierto es que estando al sistema legal vigente, en el contexto de autos, el daño punitivo es procedente.

5.1. Y en cuanto a su valuación, debemos partir de considerar, tal como ha señalado la Sala II de esta Cámara, que la finalidad última de los daños punitivos «es destruir las ecuaciones nocivas de costo y beneficio entre el daño ocasionado, los costos indemnizatorios y la rentabilidad de un negocio» (“GONZALEZ IMANOL C/ SANTANDER RIO S.A. S/ D Y P DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DE PARTICULARES”, JNQC14 EXP N° 512833/2016).

Debe tenerse en consideración, entonces, la reprochabilidad de la conducta, magnitud del daño individual, y la proyección masiva en las prácticas de la demandada, dado su posicionamiento en el mercado.

5.2. En este punto, debo recordar que nuestra Ley de Defensa del Consumidor no brinda pautas claras para calcular el monto de la "multa civil" intensificando, de este modo, el debate doctrinal.

En efecto, el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor ofrece parámetros sumamente genéricos a la hora de guiar al juez en la difícil tarea de estimar el importe de los daños punitivos. Vemos de este modo que la cuantificación de este instituto se caracteriza por una amplia discrecionalidad por parte de nuestros tribunales (MARTINOTTI, Diego F., "La cuantificación de los daños punitivos", RCCyC 2016 (julio), 194 • RCyS 2016-X, 61).

El dilema actual en dicha materia, transita entre quienes entienden que corresponde utilizar la estima razonable y fundada para fijar el monto de esta multa, y por el otro lado, quienes -desde el análisis económico del derecho- defienden la aplicación de fórmulas matemáticas.

Una síntesis de los posicionamientos en uno y otro sentido, puede verse en la sentencia de la Cámara Ira. de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, Sala I, en autos "Castaño, María Alejandra c. Banco Credicoop Cooperativo Limitado s/ Daños y Perj. - Incump. Contractual (exc. Estado)" (Cita Online: AR/JUR/70973/2016).

Entre aquellos que conciben conveniente contar con una fórmula matemática que exteriorice el modo de cuantificar el daño punitivo a fin de evitar cuestionamientos sobre la posible irrazonabilidad del monto determinado, también se hallan quienes admiten que, con fórmula matemática o sin ella, no existe otra alternativa que acudir a presunciones hominis derivadas del sentido común y la experiencia del juzgador, aunque señalan que lejos de constituir una fisura, descubre una virtud, como permitir un debate suficiente -en el marco de eventuales recursos- que permita un acabado ejercicio del derecho de defensa.

En nuestro país, la fórmula aritmética más conocida es la propuesta por el Dr. Irigoyen Testa, quien revisó y adaptó la fórmula tradicional utilizada en los Estados Unidos de Norteamérica para calcular daños punitivos (IRIGOYEN TESTA, Matías, Fórmulas para cuantificar los daños punitivos, Cita Online: 0003/015353), en la que se tiene en cuenta el resarcimiento por daños reparables que corresponden a la víctima y la probabilidad de que un damnificado decida transitar todo el periplo necesario y logre una condena resarcitoria por los padecimientos infligidos que incluya daños punitivos. En el carril contrario, están quienes no participan de la idea de acudir a fórmulas matemáticas para conmensurar el quantum del daño punitivo, puesto que entienden que sus variables dependen, en última instancia, de la subjetiva e improbable estimación discrecional de quien la aplica, de lo cual resulta que si todas las variables son pura y absolutamente discrecionales, la discrecionalidad sigue estando presente en la mensuración (cfr. BILVAO ARANDA, Facundo M., "La discrecionalidad judicial en la fijación del monto del daño punitivo", AR/DOC/534/2017).

De allí que, teniendo en consideración la reprochabilidad de la conducta, dado el contexto y la gravedad de los riesgos sociales derivados de tratarse de un producto alimenticio de consumo masivo y el posicionamiento de la demandada en el mercado, entiendo que el importe debe ascender a la suma de \$2.000.000.

La comparación que podría efectuarse con otros casos, en el contexto inflacionario actual, es de notoria relatividad.

Son aplicables aquí, las nociones referidas a la "ilusión monetaria": la inflación dificulta la tarea de cuantificar porque distorsiona nuestras percepciones sobre el contenido económico real.

La moneda en la que se expresan los daños (en este caso, el punitivo) se deprecia y esto nos obliga a guardar

especial cautela al analizar la congruencia del fallo y estudiar la adecuación y corrección de los montos que se reconocen.

En cuanto a los intereses, los agravios no contrarrestan la razón de la decisión y siendo que la penalidad es impuesta y justipreciada en la sentencia, según lo he entendido en otros casos, lo decidido en el punto se ajusta a esto y es compartido.

Con esta disidencia en punto a los daños punitivos, adhiero a la solución dada por mi colega en orden a los restantes agravios deducidos por las partes en punto al daño moral, daño material, legitimación, honorarios y costas de la instancia de grado.

En cuanto a las costas de esta instancia, en orden a los términos de mi disidencia, entiendo que deben ser soportadas por la demandada en su condición de vencida. **MI VOTO.**

Existiendo disidencia en los votos emitidos precedentemente, se integra Sala con **Fernando GHISINI**, quien manifiesta:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto de **Cecilia PAMPHILE** adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por ello, esta **Sala I por MAYORIA**

RESUELVE:

1. Desestimar los recursos de apelación deducidos por Servicios y Productos para Bebidas Refrescantes S.R.L. a fs. 1108/1120, y por Embotelladora del Atlántico S.A. a fs. 1122/1134; y hacer lugar parcialmente al recurso de apelación deducido por el actor a fs. 1145/1153, y en consecuencia, modificar la sentencia de fs. 1088/1099, elevando la condena por daño punitivo a la suma de \$2.000.000 y confirmándola en lo restante que fue materia de recursos y agravios.

2. Rechazar las apelaciones arancelarias de Embotelladora del Atlántico S.A. a fs. 1104, Servicios y Productos para Bebidas Refrescantes S.R.L. a fs. 1103, del perito Norberto Mancuso a fs. 1102 y del letrado del actor,

Sebastián Brollo a fs. 1107, confirmando las regulaciones practicadas en la instancia de grado.

3. Imponer las costas de Alzada a la parte demandada en su condición de vencida (art. 68 del CPCyC) y regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta instancia el 30% de lo fijado para la primera (art. 15, LA).

4. Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE JUEZA

Dr. Jorge D. PASCUARELLI JUEZ

Dr. Fernando M. GHISINI JUEZ

Estefanía MARTIARENA

SECRETARIA