



NEUQUEN, 21 de Abril del año 2021

**Y VISTOS:**

En acuerdo estos autos caratulados: "**RIFFO VARELA FERNANDO G. C/ EMBOTELLADORA DEL ATLANTICO S.A. S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE PARTICULARES**" (JNOCI6 EXP 501483/2014) venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por los Dres. **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. **Estefanía MARTIARENA**, y de acuerdo al orden de votación sorteado el Dr. **Jorge PASCUARELLI** dijo:

I. A fs. 960/970 la *A-quo* hizo lugar a la demanda y en consecuencia condenó a Embotelladora del Atlántico S.A. a abonarle al actor la suma de \$ 5.000 con más el valor equivalente al precio al público de una gaseosa Sprite de 2 litros retornable, al momento del pago, con costas.

Las partes apelaron y a fs. 1040/1054vta. se pronunció la Sala III de esta Alzada, declaró desierto el recurso de apelación deducido por la demandada, hizo lugar al recurso incoado por el actor y modificó la sentencia de grado, elevando el monto de condena a \$34.863.

Contra dicha resolución Embotelladora del Atlántico S.A. dedujo recurso de inaplicabilidad de ley, el cual fue declarado procedente por Acuerdo de fecha 11 de Diciembre de 2.019 (fs. 1107/1114vta.) donde el TSJ resolvió revocar el decisorio dictado por esta Alzada -Sala III-, y dispuso la prosecución de las actuaciones, ordenándose que se emita un nuevo pronunciamiento que analice los agravios de ambas partes.

En consecuencia, se procede a tratar los recursos de apelación deducidos por el Sr. Fernando Riffo Varela a fs. 974 y vta. y de Embotelladora del Atlántico S.A. a fs. 971.

A fs. 977/990vta. expresó agravios el actor. En primer lugar, se queja por el rechazo del rubro daño moral. Dice, que la interpretación efectuada por la *A-quo* respecto al



daño moral no encuentra su correlato con la prueba producida en la causa. Alega, que el hecho de que no se haya ofrecido prueba no significa que el daño no se haya producido sino que, por el contrario, se entiende que se aplicará la prudencia judicial. Expresa, que sufrió un daño al advertir que el líquido de la bebida que adquirió para consumir estaba viciado y que por más pequeño que sea ese daño no es justo que la demandada se beneficie con una "no condena" a quien produjo la molestia.

Manifiesta, que realizó reclamos a la actora mediante carta documento, que se comunicó con Coca Cola al 0-800 y además que le remitió un reclamo escrito en la misma página web de la empresa. Sostiene, que existió un destrato por parte de la demandada ya que ninguneó sus reclamos sin darle una respuesta digna. Se queja porque considera que la *A-quo* no consideró nada de ello y cita el art. 1097 del C.C. y C.

En segundo lugar se agravia por el monto de condena con relación al daño punitivo. Dice, que la suma de \$ 5.000 reconocida es irrisoria y que no se tuvieron en cuenta los requisitos y los presupuestos para cuantificar este rubro. Alega, que la insignificante suma no repercute ni mínimamente en la economía de las incumplidoras. Manifiesta, que se debe tener en cuenta necesariamente el caudal económico de la demandada para que la multa cumpla su finalidad. Expresa, que el monto reclamado en autos se encuentra ajustado a derecho y que fue solicitado conforme el estudio del caso y la capacidad económica de la demandada. Además, se refiere a la pericial contable en autos en cuanto a la facturación anual y expresa que debe ser considerada a los fines de la cuantificación de este daño.

A fs. 992/1008vta. expresó agravios la demandada. En primer lugar, se queja porque considera infundada la aplicación del estatuto protectorio atento que no se acreditó la relación de consumo. Expresa, que ni siquiera se probó la



adquisición de la botella en cuestión, presupuesto esencial para la legitimación activa.

Alega, que la Sentenciante incurre en un error al basarse exclusivamente en los dichos del actor respecto a la adquisición del producto, pero no considera que fueron negados por esa parte. Agrega, que el Sr. Riffo no acompañó el ticket de compra ni ofreció ningún otro medio de prueba para acreditar sus dichos. En consecuencia, no resulta consumidor y no se encuentra legitimado para reclamar.

Luego, se agravia porque entiende que no se encuentran acreditados en autos los presupuestos de la responsabilidad civil. Dice, que para la Jueza la empresa resultó responsable por incumplir la obligación de garantía o seguridad del producto y que tal incumplimiento se produjo dentro del marco de atribución de la responsabilidad objetiva.

Manifiesta, que la Sentenciante presumió a través de las declaraciones de los testigos ofrecidos por el actor las fallas en los controles o errores en el lavado de los envases sólo porque los mismos atestiguaron haber tenido conocimiento de reclamos por elementos extraños dentro de la botella, pero no al proceso de lavado en lo atinente al caso concreto. También se queja en cuanto al factor de atribución y considera que la *A-quo* yerra al señalar que EDASA actuó con culpa grave, conducta opuesta a la responsabilidad objetiva.

Expresa, que más allá de ello, aún ante el criterio de la más estricta responsabilidad objetiva, el hecho de un tercero por quien no debe responder, el hacker, interrumpe toda vinculación causal. Dice, que endilgó la maniobra del *hackeo* a terceros y que con la prueba producida en autos quedó demostrado que ello existió.

Agrega, que conforme la pericia técnica, el experto no pudo determinar que no fueran originales ni la tapa ni el envase pero el código de la tapa permitía presumir que la misma fue producida en la planta en la que se realizó el



examen, y en consecuencia, si fue producida allí, lo fue bajo toda la calidad del sistema de producción por lo que el objeto debió ser introducido por un tercero.

Por otra parte, en punto al daño material, dice que, como el actor no probó ser consumidor el mismo no resulta procedente.

Por último, se queja por la procedencia del daño punitivo. Dice, que la aplicación de este daño tiene carácter restrictivo, lo cual no fue tenido en cuenta por la Sentenciante y que además de su errónea aplicación, el art. 52 bis de la LDC es inconstitucional, en tanto violatoria de garantías constitucionales expresas y generadoras de un grave daño.

Por otra parte, analiza los presupuestos de procedencia y expresa que el primer presupuesto es la producción de un daño injusto, inexistente en el caso de autos. Además, señala que como toda sanción su aplicación es de carácter subjetivo, con lo cual queda excluida cualquier responsabilidad civil objetiva. Manifiesta, que para condenar por daño punitivo a EDASA debió haberse acreditado el incumplimiento a sus obligaciones legales o contractuales, indicando con toda precisión cuál es la norma violada.

Sostiene, que si no existió incumplimiento por parte de EDASA, menos aún el mismo puede haber sido deliberado y no reviste la característica de dolo o negligencia grave.

También refiere que no actuó indebidamente para obtener un rédito y mucho menos con el grave menosprecio de terceros. Cita jurisprudencia y alude a la cuantificación. Expresa, que el monto es absolutamente desproporcionado y excesivo y que existió arbitrariedad en la cuantificación, refiriéndose, asimismo, a la necesaria proporcionalidad con la falta cometida.

Además se queja por el rechazo del planteo de pluspetición inexcusable. Alega, que la total exorbitancia del



reclamo y la absoluta ausencia de fundamentación razonable demuestran que la pluspetición resulta grosera.

Luego, se refiere a las costas y dice que el acogimiento de los agravios planteados conducirá a que todas las costas derivadas en la presente causa sean soportadas por el actor. Subsidiariamente peticiona que se impongan en el orden causado.

Por último, apela los honorarios regulados al letrado del actor, Dr. ... y también los honorarios regulados al perito ... por la participación en la pericia técnica llevada a cabo en autos. También el letrado de la demandada apela sus honorarios por bajos.

A fs. 1010/1014vta. la demandada contestó los agravios del actor y a fs. 1016/1025vta. el actor contestó los agravios de Embotelladora del Atlántico S.A. Ambos solicitaron el rechazo del recurso de la contraria, con costas.

A fs. 972/973 el perito ... apeló sus honorarios por bajos.

A fs. 974 el letrado del actor 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 los temas sometidos a su decisión mediante la apelación (arts. 265 y 271 del C.P.C. y C.), que hayan sido oportunamente propuestos a la decisión del inferior (art. 277), y en ese marco corresponde analizar los recursos.

**1.** Luego, por una cuestión lógica corresponde tratar en primer lugar el recurso de la demandada respecto a la aplicación de la LDC al presente caso.

En punto al encuadre normativo por el que se queja la demandada, 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 consumerial. 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, "Acercas 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. 96lvta.).*

*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).*

*A partir de lo expuesto, el agravio de la demandada con relación a la relación de consumo, la legitimación activa del actor y la aplicación del estatuto protectorio no resulta procedente.*

**2.** *Luego, en cuanto a la queja en punto a la atribución de responsabilidad tampoco puede prosperar. Al respecto se sostuvo que: "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).*

*También se dijo que: "En el marco de una demanda en la cual el accionante reclama un resarcimiento al fabricante de bebidas gaseosas por haber encontrado en el interior de una botella un cuerpo extraño similar a*



*un pequeño animal muerto, resultan de aplicación la ley 24240: 5 y 40, que establecen una garantía legal de indemnidad a favor del consumidor y un factor de atribución de responsabilidad objetiva y solidaria. En ese marco, toda vez que fue probada la existencia de objetos extraños dentro del envase, y dada la inversión de la carga probatoria ocasionado por el factor objetivo de atribución, es la demandada quien debe probar que el producto no salió de los establecimientos comerciales, contaminado”, (CNCom., Sala B, en autos “ZARZA DANIEL C/ SERVICIOS Y PRODUCTOS PARA BEBIDAS REFRESCANTES SRL Y OTROS S/ ORDINARIO”, 19/05/15).*

A partir de lo expuesto, la queja con relación a la atribución objetiva de responsabilidad determinada por la A-quo (fs. 962vta.) no resulta procedente en tanto la demandada no probó el extremo señalado anteriormente.

**3.** Por otra parte, el agravio en punto a la antijuridicidad tampoco puede prosperar.

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. 3 era. 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”.*

*Luego, cabe señalar que el perito a fs. 684 se refirió a las distintas hipótesis de cómo pudo llegar el elemento extraño dentro de la botella y concluyó que “Este conjunto papel-caramelo (originalmente sólido) podría haberse introducido previo al tapado (consecuentemente la botella nunca fue hackeada) o posterior al tapado (hackeada)”.*



Luego de describir el procedimiento de lavado, dice que *"es prácticamente imposible que el elemento haya estado previo al lavado, pasadas las etapas arriba descriptas, arribando ya al previo al llenado"*.

*"Como hipótesis de trabajo alguna persona (empleado infiel o la que fuera pudiere introducir aquí el elemento)"*.

*"Hipótesis de baja probabilidad dadas las medidas de seguridad dentro de la sala, filmaciones, llave electrónica, tratado previamente, etc."*.

*"A ello agrega, lo descripto previamente con su nivel de probabilidad se trataría de la introducción o existencia previa del llenado previo al tapado. Consecuentemente son las hipótesis de su eventual existencia sin hackeo"*.

Por otra parte, se refiere a *"La otra opción para la existencia de este elemento dentro de la botella de autos es el hackeo, este pudo hacerse luego del tapado por un procedimiento realizado en la medida por el funcionario de la demandada"*, (fs. 664/665).

En definitiva, el experto planteó dos posibilidades en cuanto a la existencia del elemento extraño en la botella, una sin hackeo y otra considerando que la botella pudo ser *hackeada*. En el caso de autos, la accionada no logró acreditar la interrupción del nexo causal, en tanto no probó el *hackeo* alegado, y en consecuencia, el agravio no resulta procedente.

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

**4. a)** En primer lugar, con relación al recurso de la demandada respecto al daño material, el actor solicita el valor de la gaseosa Sprite de 2 litros retornable en la cual encontró el elemento extraño, y en consecuencia, la procedencia de este daño debe ser confirmada. Así, porque tal como ya se dijo, el actor contaba con el envase con la bebida



en cuestión y el perito informó al respecto "no advierto que no fueran originales la tapa y el envase", (fs. 368).

Además, por un lado conforme señala la A-quo y no fue controvertido "llegó el producto al punto de venta y fue ofrecido al público" (fs. 962vta.) y por otro "la sola tenencia del producto permite presumir que estaba destinado a ser consumido" (fs. 961vta.).

"Dicha reparación es procedente ya que el actor contaba con el envase de la bebida para el consumo, lo que lo legitima para dicho resarcimiento, sin que sea necesario la acreditación del ticket de compra, de acuerdo a los principios tuitivos del Derecho del Consumidor", (Cám. de Apel. en lo Civ. y Com. de la 8vta. Nominación de Córdoba en autos "Atay, Manuel José c. Embotelladora del Atlántico S.A. s/ ordinario - otros", 08/03/2018, Información Legal, AR/JUR/2336/2018).

**4. b)** Luego, en cuanto al daño moral adelantado que la queja del actor no resulta procedente. Al respecto se ha sostenido "También encuentro razón en la postura de la apelante cuando se agravia por la condena a indemnizar daño moral porque, pese a los esfuerzos que ha hecho la parte actora, no logro entender cuál sería la lesión espiritual que pudo provocarle al accionante el hecho de constatar la presencia del envoltorio de que se trata dentro de la botella que ni siquiera había abierto".

"Se comprende que ciertamente no habrá sido una sensación agradable la que le produjo, el solo hecho de verse impedido de consumir la gaseosa en el momento en que había decidido hacerlo significa ya una contrariedad. Se comprende también que el destino que tiene el producto cuyo envoltorio abierto se encontró en la botella pudo haberle añadido al disgusto una dosis de aprensión, que la parte actora procura resaltar mediante el uso insistente y reiterativo de expresiones tales como "inmundicia", "asquerosidad", "repugnancia" y otros y con el relato detallado de las



*circunstancias en que imagina habría sido abierto el envase en cuestión. (...)”.*

*“Es claro que el daño moral, en tanto lesión espiritual, no es susceptible de acreditación directa, sólo pueden probarse circunstancias que según el curso ordinario de las cosas tienen normalmente capacidad de producir dolor o perturbación espiritual en una persona. Pero, salvo que se tratara de una persona con una sensibilidad muy especial - extremo éste que no ha sido acreditado ni invocado- no se comprende de qué manera el disgusto, el fastidio, la incomodidad y la aprensión que pudo haber generado en el actor la sorpresa de encontrar el envoltorio en cuestión en la botella de gaseosa que se aprestaba a consumir puedan tener objetivamente eficacia suficiente para provocar una alteración del estado de su ánimo y de su tranquilidad espiritual”, (Cám. 3era. 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.”, citado precedentemente).*

*Además, esta Sala se expidió en idéntico sentido al expresar que “Resulta improcedente el pedido de indemnización por daño moral incoado contra el fabricante de bebidas gaseosas, un supermercado y la aseguradora del fabricante, por el adquirente de una botella en cuyo interior habría encontrado un cuerpo extraño similar a un sapo muerto. Ello así, pues el actor denunció que podría haber tenido consecuencias y daños irreparables si hubiera consumido el producto; sin embargo, no resulta suficiente el disgusto, la incomodidad y la aprensión sufrida como consumidor para generar una responsabilidad que justifique un resarcimiento económico. 2. Sin la existencia de daño cierto no existe responsabilidad civil; aunque ello justifique la posible existencia de otros tipos de responsabilidad (vgr. penal, administrativa, etc), que en la medida en que tiendan a sancionar y no a reparar un daño, pueden existir aún en*



*ausencia de un resarcimiento concreto (CNCiv, Sala F, in re "Dube, Mario Daniel c/ Coca Cola de Argentina SA s/ daños y perjuicios", del 20/05/08)", (CNCom., Sala B, en autos "ZARZA DANIEL C/ SERVICIOS Y PRODUCTOS PARA BEBIDAS REFRESCANTES SRL Y OTROS S/ ORDINARIO", 19/05/15)", (esta Sala en autos "MARTINEZ MARIA ESTHER C/ COCA COLA POLAR ARGENTINA S.A. S/D.Y P. X RESP. EXTRACONT. DE PART.", EXP N° 476113/2013).*

En el caso de autos, el actor sostuvo al demandar que la primera sensación al encontrar el elemento extraño fue repugnancia, antipatía e impresión (fs. 11vta.), lo que luego se transformó en bronca ante la falta y desapego de la empresa por su salud y la de sus hijos, pero no produjo prueba alguna que permita acreditar sus dichos, y en consecuencia solo puede considerarse que tuvo una sensación desagradable o disgusto insuficiente a los fines de la procedencia del daño moral.

Por otra parte, el Sr. Riffo agregó que también le causó un perjuicio moral la falta de respuesta de la demandada, quien negó que el actor se hubiera comunicado a través del 0800 que figura en la web de Coca Cola y que nadie lo haya atendido, como también que en fecha 06/09/2012 el Sr. Riffo haya enviado un reclamo a través de la página web de la empresa, (fs. 108). El actor no produjo prueba para acreditar dichos reclamos.

Además, a fs. 727 se encuentra agregado el informe de la Dirección Municipal de Calidad Alimentaria de esta Ciudad de Neuquén que señala que esa Dirección *"no ha recibido denuncias contra la Empresa Embotelladora del Atlántico S.A. (ex Coca Cola, Polar Argentina S.A.)"*.

En consecuencia, la falta de contestación a las cartas documentos mencionadas en el informe del Correo Argentino a fs. 711/715 resultan insuficientes a los fines de conmovir las conclusiones de la Sentenciante y en consecuencia el agravio del actor con relación al daño moral no resulta procedente.



4. c) Luego, en punto al daño punitivo la queja de la demandada resulta procedente. Es que, al respecto 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 y "MARTINEZ MARIA ESTHER C/ COCA COLA POLAR ARGENTINA S.A. S/D.Y P. X RESP. EXTRACONT. DE PART.", Expte. N° 476113/2013).*

La demandada defiende su postura alegando que no se encuentran acreditados ningunos de los presupuestos que tornan procedente el daño punitivo. Además de señalar la inexistencia de daño, y que no actuó con dolo o culpa agrega que jamás fue sancionada ni condenada en ningún caso por un objeto extraño, lo cual es producto de millonarias inversiones y esmero para evitar situaciones como las que plantea el actor.



En el caso de autos, conforme lo sostuvo el perito a fs. 368/370: "Se trata de una botella de Sprite, envase retornable de 2000cc. El código de la tapa es el siguiente: BB2060620016. Además, se observa la leyenda 04 OCT 12, lo que corresponde a la fecha de consumo preferente. Los datos son legibles. El contenido es un líquido de una viscosidad aparentemente similar, advirtiendo un mayor nivel que el evidenciado en las otras 4 botellas retiradas al azar siendo el envase de la botella en cuestión significativamente más oscuro que el de las demás".

"[...]3) No advierto que no fueren originales la tapa y el envase pero el Sr. Passamonte y el Consultor Técnico observan y comentan a este perito que la tapa dubitada tiene una marca horizontal a su altura media y periférica a todo su alrededor fuera de las características normales de una que se encuentra en el mercado. Los referidos refieren que tal atipicidad es esperable cuando la tapa es sometida a un sobrecalentamiento".

"4) "Informo que: (i) A simple vista no se observa separación anormal; (ii) No se observó ventada de luz; (iii) Una vez abierto no se observó ni aún desde el interior (iv). No se observan pérdidas. El Consultor Técnico y el Sr. Passamonte quiere dejar asentado que ellos advierten un leve grado de melosidad en la tapa".

"5) A prima facie se observa mayor volumen. Peso inicial bruto: 2269,4 grs. El contenido neto de la botella dubitada arrojó un calor de 1994.4 cc y la extraída al azar 1970.5 cc. La empresa en la documentación a remitir enviará a este perito el contenido neto y teórico que debe tener el envase".

"7) La demandada refiere que la tapa y el envase en cuestión no son susceptibles de ser hackeadas en condiciones normales y manifiesta que existen procedimientos cuyo resultado es abrir el envase, eventualmente introducir un



elemento extraño, volverlo a cerrar, resultando que la confrontación entre el estado que queda la botella adulterada y muy inclusivamente la tapa, confrontados todos estos aspectos con otras botellas de control, no se advierte diferencia ni siquiera en el precinto de seguridad. Frente a todos los presentes, el Sr. Passamonte efectuó el procedimiento antes descripto. En consecuencia, retiró la tapa de la botella, introdujo un elemento extraño y la volvió a tapar sin haber roto el precinto de seguridad". "(...) Se observó detenidamente el procedimiento desarrollado por el Sr. Passamonte, la tapa pudo ser extraída sin romper ni colapsar su precinto de seguridad. Este perito oficial estudió minuciosamente la tapa, la continuidad del precinto evidenciando su integridad y no pudieron advertir las diferencias entre la botella adulterada y las demás botellas traídas al azar".

"12) El consultor técnico y los funcionarios de la demandada quieren hacer especial mención a la diferencia de coloración notoriamente más oscuro del contenido de la dubitada respecto de la coloración del contenido de las botellas extraídas al azar. El contenido de la dubitada es notoriamente más oscuro que el contenido de las botellas extraídas al azar cuya coloración es normal", (fs. 369).

Además, el testigo Darío David Domínguez expresó: "El retornable, se lavaba, pasaba por un proceso de escaneo donde tenía supuestamente un laser que buscaba algún elemento extraño, y se llenaba y se volvía a tapar", (fs. 264/265). También expresó "muchas veces yo he sacado papeles de caramelo, envoltura de distintos tipos, porque se pasaba en la pared de la botella y el escaner lo dejaba pasar como si fuera la pared de la botella, porque no flotaba".

Además, al ser preguntado para que diga si después del lavado, embotellado o llenado, cuántas personas controlaban las botellas expresó "una, yo veía siempre, amén



que eran distintos turnos, pero era una que estaba en la línea, estaba sentado en una silla y veía pasar las botellas”, agregó que veía pasar las 600 botellas por hora aproximadamente, (fs. 265).

También dijo “sobre el poco conocimiento que tengo, no hay forma de adulterar la botella sin sacar el precinto que tiene en la tapa que es cuando se abre”, y que no conoce persona alguna que sepa como sacar la tapa sin romper el precinto (fs. 265vta.).

Por su parte, el testigo Concha Sopto Edgardo Aquiles sostuvo que: “La botella ingresaba en palet y cajones, nosotros manualmente la poníamos en la línea, y pasaba por dos lentes de preinspección, una máquina que se llama Lexus, era como una nariz, detectaba los olores extraños que tenía la botella y descartaba las que correspondía, después entraba en una lavadora 40 minutos, pasaba por otro lente de preinspección, después pasaba por una máquina que se llamaba EVI que detectaba que a la botella no le queden elementos extraños, pero no detectaba si tenía un papel film o algo transparente no detectaba, y si estaba mal calibrada no detectaba elementos extraños. Después pasaba a la llenadora, y después había un lente de pos llenado, de ese lente pasaba a otro lente de posllenado y de ahí a la encajonadora, que las saca de la línea y las pone en cajones, se paletizaba y se guardaba en el depósito. Entre la llenadora y el primer lente de posllenado se hacían los controles de calidad, que esté bien tapado, el gas bien, el brix que era lo dulce de la gaseosa, lo hacía la gente de control de calidad, se hacía cada una hora. El control de calidad se hace a una botella cada una hora, no a todas las botellas, según el procedimiento de Coca Cola, a todas no. Era complicado hacérselos a todas, por la cantidad de botellas, si no tenías que parar la producción y se complicaba. Si se lo tenías que hacer a cada botella tenías que reducir un minuto, parar, revisar todo,



*para eso tenían los lentes de post llenado, que era una persona que estaba sentada y veía pasar botellas”.*

*Por otra parte, al responder el testigo cómo era el control de una persona que estaba sentada dijo: “Se pasaban de a una por una cinta transportadora, miraba la altura, que esté bien la tapa, que no tenga objetos extraños. Eso lo hacía una sola persona que tenía una rotación cada 20 minutos, y era raro que el compañero te suplante en horario siempre estaba 25, 30 hora. El otro lente hacía lo mismo, por si a uno se le pasaba estaba el otro”.*

*Además, el testigo dijo que una vez que la botella salió y está puesta en un mercado, una botella común, no se puede adulterar y agregó “No puede porque esa botella tiene código con horario y tiene su día y horario de llenado su fecha de vencimiento, un cliente no lo puede hacer. Aparte te das cuenta porque lo primero que se hace al abrir la tapa es romper el precinto, y ahí sale el gas, el gas que tiene la botella está controlado por la empresa, depende de cuantos días esté en el mercado va bajando el nivel de gas y el sabor, no porque esté perdiendo la botella, sino porque el material es poroso y va perdiendo gas con el tiempo, en un mes es notorio el gas que ha perdido”.*

*También declaró el Sr. Walter Eric Passamonte quien dijo que “Los envases son transportados por la cinta mecánica e ingresan al primer puesto de control o inspección denominado descapsuladora, este equipo tiene la particularidad de remover las tapas que pudiesen venir desde el mercado liberando a cada uno de los envases de la misma si existiese. Esta práctica es realizada ya que el siguiente puesto de inspección denominando Alexis introduce en cada envase una proporción de carbonato de sodio para determinar por el mismo equipo si existiese alguna botella con residuos amoniacaes hidrocarburos, si ocurre algo de ésto el propio equipo toma la botella y la rechaza por un canal alternativo donde finalmente se procede a la destrucción*



*total del envase. Esta primera etapa de control asegura que la botella que luego va a sufrir un proceso de saneado o lavado ingrese a la máquina con ningún tipo de contaminación”.*

*También sostuvo que “una vez saneada y escurrida la botella es depositada al final de este equipo sobre una mesa transportadora que está al ingreso de la denominada Sala Húmeda. Esta sala tiene particularidades especiales que permiten el control y la sepsia de los envases que finalmente serán rellenos. La Sala húmeda es un sector cerrado con acceso controlado y restringido que permite la inocuidad del envase para su llenado. Las botellas que fueron depositadas por la máquina lavadora en el transporte anteriormente mencionado son trasladadas en forma mecánica posicionándolas en una vía unifilar para otro equipo de inspección denominado Asebi. Este equipo cuenta con una tecnología de avanzada a nivel mundial haciéndolo actualmente líder en el mercado. El equipo Asebi tiene la particularidad de funcionar como si fuese un escáner de cada uno de los envases, el funcionamiento consiste en tomar fotografías del perímetro externo y también interno de cada uno de los envases determinando las condiciones aptas para su utilización, en definitiva cualquier deterioro o elemento externo que pudiese sufrir tener este envase es identificado y rechazado automáticamente por el equipo no haciéndolo apto para su utilización, estas botellas rechazadas al igual que el equipo Alexis anteriormente, son retiradas en forma mecánica para su destrucción total y final”, (fs. 739).*

*Además dijo que “Las máquinas que hacen cada proceso son de una tecnología de avanzada a nivel mundial del mercado, más allá de esto cada máquina o cada equipo de proceso cuenta con un estado de utilización y funcionamiento óptimo, surgido de los mantenimientos predictivos y preventivos que se realizan en forma periódica y sistemática para lograr la optimización de cada uno. El mantenimiento mencionado es llevado a cabo por*



*personal de alta capacitación y actualización según las necesidades de cada equipo” (fs. 742).*

*El testigo también agregó que “La Compañía se rige bajo los sistemas de calidad normas ISO que contemplan las 9001 normas de calidad, la 14000 normas ambientales y la 22000 normas de seguridad e higiene y salud ocupacional y como se mencionó anteriormente también cuentan con normas propias, con sistemas integrados de gestión que aseguran y amplían el cumplimiento de las normas ISO mencionadas. Los accesos en los distintos puntos de control críticos del proceso son de forma restringida y supervisada por personal idóneo y altamente capacitado. Esto asegura que el proceso de saneado y embotellado sea altamente eficiente logrando en cada uno de los productos el 100% de calidad apropiado para la comercialización y el consumo” (fs. 741).*

*Por otra parte, obra en autos el informe de SGS Argentina S.A. que señala que la demandada cuenta con “Certificado AR04/00699 por el cual el sistema de gestión de Coca Cola Polar Argentina S.A. División Bahía Blanca, Ruta Nacional 229 km. 7 Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, CP 8000 fue evaluado y certificado en cuanto al cumplimiento de los requisitos ISO 9901:2008 para la actividad de soplado y almacenamiento de botellas PET, elaboración, embotellado, almacenamiento, comercialización y distribución de Bebidas no Alcohólicas, gasificadas y no gasificadas. Válido desde el 25 de Enero de 2011 hasta el 25 de Enero de 2.014”, (fs. 347).*

*Además, “Certificado MX/00007 por el cual el sistema de gestión de Coca Cola Polar Argentina S.A. División Bahía Blanca, Ruta Nacional 229 km. 7 Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, CP 8000 fue evaluado y certificado en cuanto al cumplimiento de los requisitos ISO 1400:2004 para la actividad de soplado y almacenamiento de botellas PET, elaboración, embotellado, almacenamiento, comercialización y distribución de Bebidas no Alcohólicas, gasificadas y no gasificadas.*



*Válido desde el 31 de Enero de 2011 hasta el 31 de Enero de 2.015", (fs. 347vta).*

*Por otra parte, el informe de fs. 357 señala que "En el concurso que anualmente organiza la Fundación Premio Nacional a la Calidad, Embotelladora del Atlántico S.A. (EDASA) resultó ganadora del Premio Nacional a la calidad, año 2009 que otorga la Nación Argentina (Ley 24127 - Art. 3), en la categoría "Empresa Grande de Producción de Bienes".*

*Asimismo, surge del informe pericial contable de fs. 882/891 que las certificaciones nacionales e internacionales de calidad obtenidas por EDASA fueron Premio Iberoamericano de la Calidad 2010, coordinado por la Secretaría General Iberoamericana y gestionado por la Fundación Iberoamericana para la Gestión de la Calidad; Premio Nacional a la Calidad 2009 otorgado por la Fundación Premio Nacional a la Calidad; Premio Día de la Industria, obteniendo el Premio a la Calidad 2012 otorgado por el Ministerio de Industria, Comercio y Minería de la Provincia de Córdoba; ISO 9901 en el año 2000, ISO 14001 en el año 1996, ambos certificados por DNV (DetNorskeVeritas), (fs. 864vta./865).*

*También la experta informó que EDASA cuenta con un Manual del Sistema Integrado de Sustentabilidad, del cual le fue entregado en copia fiel y que establece que el mismo se basa en los requisitos ISO 9001:2008, ISO 14001; 2004; OHSAS 18001;2007, ISO 22000; 2005 y otros requisitos específicos para aplicarse a la recepción de materias primas e insumos, producción y almacenamiento de botellas PET, elaboración y embotellado de bebidas refrescantes No Alcohólicas y No Gasificadas, elaboración y envasado de bebidas a base de jugos e isotónicos no alcohólicas no gasificadas, almacenamiento, comercialización y distribución de bebidas no alcohólicas gasificadas y no gasificadas (fs. 885vta./886).*

*Agrega, que se analizaron todas las memorias anuales de EDASA desde el 2008 al 2012 inclusive y en todas ellas el*



Directorio hace mención a las decisiones tomadas respecto a los objetivos a alcanzar en cuanto a la calidad de sus procesos y productos, a las acciones a implementar y a los resultados obtenidos, detallando de manera amplia lo expuesto en materia de calidad y los logros alcanzados, (fs. 868).

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

Por otra parte, *"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, a partir de lo expuesto, se concluye que no se reúnen los presupuestos requeridos para la procedencia del daño punitivo. En consecuencia, corresponde hacer lugar al agravio de la demandada al respecto y dejar sin efecto la condena por este rubro.

**5.** Resta entonces analizar el pedido de pluspetición inexcusable que efectúa la demandada.



Al respecto, resulta aplicable lo sostenido por esta Alzada en cuanto a que: *"En relación a la aplicación al caso del instituto de la petición inexcusable que requiere el demandado, tanto en la contestación de demanda como al expresar agravios, no prosperará"*.

*"Si bien es cierto que el sentenciante no examina el planteo que al respecto se formulara, entiendo que no se encuentran reunidos los requisitos exigidos para su procedencia"*.

*"Ello por cuanto no existen elementos de juicio que acrediten la existencia de mala fe por parte de la actora, toda vez que el reclamo se desestima por falta de prueba. A ello se agrega que, pese a lo afirmado por el accionado, lo cierto es que el monto reclamado quedó sujeto a lo que resultara de la prueba producida y la prudencia del juez (Alvarado Velloso, "Código Procesal civil y comercial de la Nación", tomo tercero, páginas 174 y siguientes y jurisprudencia allí citada)"*.

*"Al respecto se ha dicho:*

*"En los pleitos en que se persigue la reparación de daños y perjuicios provenientes de un hecho ilícito y cuya procedencia, determinación de rubros y montos dependen en definitiva del arbitrio judicial, no se da el supuesto de pluspetición inexcusable; máxime cuando el legitimado pidió que se haga lugar al reclamo sujeto a lo que "en más o en menos resulte de la prueba" y se trata de establecer distintas indemnizaciones que han de ser ponderadas por el prudente arbitrio del magistrado." (Civil - Sala L SCUAL Sentencia Definitiva C. 044099 MENTEGUIAGA, Carlos O. c/DI BIASE, Francisco s/sumario 15/11/91)"*.

*"En similar sentido:*

*"Además, dicho instituto tampoco puede alegarse en todos aquellos casos en que el valor de la condena esté sujeta a la prueba a rendirse (cfr. CPR: 72; CNCiv, sala M, 8.11.02,*



"Obaya de Spalleta, Alicia N. C/ Ciudad de Bs. As. y otros", LL 2003-D-1007). SANTANA JULIA C/FERROVIAS SA S/ORDINARIO.- N° Sent.: 106905/02. - Mag.: RAMIREZ - ARECHA - 22/06/2006)", (Sala II, "LACIAR MARINA CONTRA JET PAQ S/RESOLUCION DE CONTRATO Y D. Y PERJ.", Expte. N° 419325/2010).

En el caso de autos, no dándose el supuesto contemplado por el art. 72 del CPCyC no resulta procedente la petición.

6. Luego, en punto a las costas, atento la forma en que se resuelve, considerando que se determinó la responsabilidad pero no resultaron procedentes el daño moral y el daño punitivo peticionados, es decir, los rubros con mayor valor económico, existe mérito suficiente a los fines del apartamiento del principio objetivo de la derrota y en consecuencia las costas de ambas instancias se imponen por su orden (art. 68, 2do. párrafo del C.P.C. y C.), (cfr. Cám. de Apel. en lo Civ. y Com. de la 3ra. Nominación de Córdoba en autos "Teijeiro (o) Teigeiro, Luis Mariano c. Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G.", 17/04/2012, Información Legal, AR/JUR/8275/2012).

7. Luego, en cuanto a la apelación arancelaria del letrado del actor de fs. 974vta., porque considera bajos los honorarios regulados, realizados los cálculos pertinentes teniendo en cuenta las labores efectuadas por la misma y las etapas cumplidas, como también el resultado del pleito, corresponde elevar su regulación a la suma de \$ 23.612 (cfr. arts. 6, 9 y 49 de la LA).

Por otro lado, en punto a la apelación arancelaria del perito ingeniero Mancuso a fs. 972/973vta., cabe tener en consideración que si bien no existen pautas aplicables a los honorarios de los peritos, 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 N° 385961/9).

Sentado lo anterior y, efectuados los cálculos de rigor, de conformidad con las pautas mencionadas y las que habitualmente utiliza esta Cámara para casos análogos, corresponde elevar sus honorarios a la suma de \$ 10.000.

En punto la apelación arancelaria de la demandada de fs. 1008, se advierte que la misma resulta extemporánea, de conformidad a lo dispuesto por el art. 58 de la ley 1594 (cfr. esta Sala en autos "Camino del Comahue S.A. c/ Expreso Punta Alta S.A. s/ cobro sumario de pesos", Expte. N° 445991/2011), ya que habiéndose notificado de la resolución que regula los emolumentos en cuestión el 30/08/2016, el plazo para apelar los mismos vencía el 07/09/2016 en dos primeras horas, habiéndose presentado el recurso fuera de término el 28/09/16.

**III.** A partir de lo expuesto, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación deducido por el actor a fs. 977/990 y hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la demandada a fs. 992/1008vta. y en consecuencia, modificar la sentencia de fs. 960/970, dejando sin efecto la condena por daño punitivo e imponiendo las costas de primera instancia por su orden, confirmándola en lo demás que fue materia de recursos y agravios.

Hacer lugar al recurso arancelario deducido por el letrado del actor a fs. 974vta., elevando sus emolumentos a la suma de \$ 23.612 y también hacer lugar a la apelación arancelaria de fs. 972/973 deducida por el perito ingeniero ..., elevando el monto de sus honorarios a la suma de \$ 10.000 y declarar extemporánea la apelación arancelaria deducida a fs. 1008 por la demandada.

Imponer las costas de ambas instancias por su orden (art. 68 del C.P.C. y C.).

Tal mi voto.

La Dra. **Cecilia PAMPHILE** dijo:



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 extracontractual de particulares" (JNQC12 EXP. 476113/2013), por lo que, en líneas generales, he de seguir el mismo eje argumental.

1. En esta línea, nuevamente diré aquí que la queja relativa a que la cuestión no puede ser comprendida por la legislación de protección al consumidor, basada - fundamentalmente- en la falta de acreditación de la adquisición de la bebida no puede ser receptada.

Es que, como lo señalara la CSJN en el caso «Mosca, Hugo v. Provincia de Buenos Aires y otros», la relación de consumo *«abarca no sólo a los contratos, sino a los actos unilaterales como la oferta a sujetos indeterminados, que es precisamente el caso que se presenta en autos.*

*De tal modo, la seguridad debe ser garantizada en el período precontractual y en las situaciones de riesgo creadas por los comportamientos unilaterales, respecto de sujetos no contratantes.*

*Cada norma debe ser interpretada conforme a su época, y en este sentido, cuando ocurre un evento dañoso en un espectáculo masivo, en un aeropuerto, o en un supermercado, será difícil discriminar entre quienes compraron y quienes no lo hicieron, o entre quienes estaban adentro del lugar, en la entrada, o en los pasos previos.*

*Por esta razón es que el deber de indemnidad abarca toda la relación de consumo, incluyendo hechos jurídicos, actos unilaterales, o bilaterales. Que no cabe interpretar que la protección de la seguridad -prevista en el art. 42 de la Constitución Nacional- tenga un propósito meramente declarativo, sino que, por el contrario, es correcta la hermenéutica orientada hacia el goce directo y efectivo por parte de sus titulares».*



*«Con esta afirmación, el Máximo Tribunal dispuso responsabilizar civilmente a la entidad organizadora del evento -la Asociación del Fútbol Argentino- y al club en cuya instalación efectivamente se disputó el espectáculo deportivo por los daños ocasionados a quien, hallándose en la vía pública y en las inmediaciones del estadio, fue alcanzado por objetos lanzados desde el propio estadio de fútbol.*

*Debe notarse que la Corte Suprema no realizó distinción entre la persona-consumidor -que, por ejemplo, pudo haber abonado la entrada y encontrarse dentro del ámbito de resguardo (en donde cabrían, por ejemplo, las previsiones del artículo 1113 del Código Civil, ley 304)- de cualquier otro sujeto alcanzado por el ámbito de control específico del organizador del espectáculo, tal como resultaba ser el actor de autos. En esta inteligencia, el tribunal amplió el ámbito de influencia y resguardo de la «relación de consumo» hacia una persona que, sin revestir técnicamente la figura de usuario/consumidor de un espectáculo deportivo, resultaba injusto -y a la vez inconstitucional- que el derecho no lo tutele.*

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



tutela y sus efectos de la relación de consumo a personas expuestas a tal vinculación jurídica.

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

La reforma introducida por la ley 26.361 definió los términos del concepto en estudio al establecer que «Relación de consumo es el vínculo jurídico entre proveedor y el consumidor o usuario» (artículo 3° de la ley 24.240). De esta manera, la relación de consumo reconoce diversas causas fuentes: a) El contrato de consumo (art.1°, párr.1°). b) Hechos lícitos (artículo 1°, párrafo 2°). c) Declaraciones unilaterales de voluntad (artículos 7° y 8°).

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

Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo» (el destacado es agregado).



*En este orden de ideas, y desde el ámbito subjetivo de aplicación, quedaron comprendidos dentro de la tutela de este estatuto aquellos sujetos que encuadran dentro de la nueva noción de «consumidor» o «usuario» prevista en el artículo citado. Esquemáticamente:*

*i) Consumidor contratante: aquella persona (física o jurídica) que celebra un contrato de consumo/uso con un proveedor (ya sea un contrato oneroso o gratuito).*

*ii) Consumidor indirecto o usuario no contratante: es quien, sin haber celebrado el contrato de consumo/uso, utiliza el bien o se aprovecha del servicio como destinatario final.*

*iii) Consumidor pasivo (bystander): es quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo, incluye entonces a quien, sin formar parte directa o indirectamente de la relación de consumo, sufre consecuencias a partir de una relación de consumo ajena.».*

*"...El nuevo concepto de relación de consumo y consumidor, en líneas generales, se mantiene igual que en el texto anterior, es decir: i) La relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un usuario/consumidor. ii) El elemento característico del usuario/consumidor es la adquisición de bienes y servicios como destinatario final, o quien usa el bien o servicio adquirido por otro con el mismo fin. iii) Admite a las personas jurídicas como posibles consumidores. iv) La onerosidad no es un límite para considerar el carácter de una relación de consumo, subsistiendo la inclusión de los actos gratuitos.» (cfr., Cao, Christian Alberto, Gamarra, Gonzalo, «La relación de consumo en el Código Civil y Comercial de la Nación», Publicado en: RCCyC 2015 (noviembre), 249).*

*Nuevamente me permito aquí esta extensa cita, en tanto da acabada respuesta y permite desestimar esta queja del demandado, en línea coincidente con mi colega.*



2. Ahora, he de discrepar con la solución dada en punto a la procedencia del daño punitivo.

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 inconducta del demandado, hacer desaparecer los beneficios obtenidos a través de ella y prevenir su reiteración en el futuro» (cfr. Barreiro, Rafael F. «La aplicación de la nueva ley a las relaciones jurídicas anteriores a su vigencia y las relaciones de consumo». El daño punitivo, Publicado en: RCCyC 2016 (junio), 185 RCyS 2016-XI, 199).

En efecto, «La función preventiva de los daños punitivos no es desconocida en general por la doctrina autoral o jurisprudencial, sea alcanzada por el medio que pudiere utilizarse. Si se asigna a los daños punitivos una función preventiva, que comparte con la responsabilidad civil como



categoría más amplia y continente de aquellos, aguardar a que se provoque un daño resarcible podría frustrar esa finalidad. De tal modo, la introducción de los daños punitivos implica reconocer que la responsabilidad civil, al lado de su función típica que sin dudas consiste en reparar, también puede y debe cumplir finalidades complementarias a los fines de la prevención y punición de ciertas conductas.

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

Chamatropulos cree que la finalidad primordial es la disuasión, y que el aspecto sancionatorio es sólo un medio o una herramienta que se utiliza para llegar a aquélla. Esta visión presenta la cuestión desde una muy interesante perspectiva confirmando 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, considero que al determinarse que existían deficiencias en el proceso a partir de las testimoniales a las que hace alusión la magistrada y además que, la seguridad tendiente a evitar la violación del precinto de seguridad eran insuficientes, este rubro es procedente.

Como señalara en la causa ya citada al inicio y que son trasladables al presente en orden a la intervención que también tuvo Passamonte:



*"es la propia demandada quien reconoce y prueba, mediante la demostración del Sr. Passamonte, que lejos de ser inviolable y seguro, en palabras del perito: "La demandada refiere que la tapa y el envase en cuestión son susceptibles de ser hackeados en condiciones normales y manifiesta que existen procedimientos cuyo resultado es abrir el envase, eventualmente introducir un elemento extraño, volverlo a cerrar, resultando que la confrontación entre el estado en que queda la botella adulterada y muy inclusivamente la tapa, confrontados todos estos aspectos con otras botellas de control, no se advierte diferencia, ni siquiera en el precinto de seguridad.*

*Frente a todos los presentes, el Sr. Passamonte efectuó el procedimiento antes descripto. Este perito oficial estudió minuciosamente la tapa, la continuidad del precinto evidenciando su integridad y no pudieron advertir diferencias entre la botella adulterada y las demás botellas traídas al azar de la línea de producción" (ver hoja 130 y video adjunto por el perito).*

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

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

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



y en el perjudicado, acompañada de factores objetivos de atribución de responsabilidad.

Pues bien, lo mismo debe abandonarse la idea de que el Derecho Civil existe únicamente para compensar un daño individual ya causado, puesto que en la sociedad actual, en su avanzado estadio de globalización y desarrollo tecnológico, es imprescindible prevenir al máximo la causación de futuras lesiones. Y especialmente debe procurarse desalentar aquellas conductas que pueden virtualmente dañar a la sociedad en su conjunto o a una vasta pluralidad de individuos, como es el caso del consumo. En este orden de ideas, señalan Pizarro y Vallespinos que «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, «[l]a Corte Suprema de los Estados Unidos, referente de la nuestra en materia constitucional, en reiteradas oportunidades, ha dicho que los punitive damages no son sanciones penales sino civiles, quedando por lo tanto al margen de las garantías propias del proceso penal.».

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

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

A su vez, aunque las astreintes que los jueces pueden imponer a quienes incumplen deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial son definidas como condenaciones conminatorias, es posible observar en aquéllas un costado punitivo. Y en cualquier caso, se trata de sumas atribuidas al



*damnificado que son independientes del perjuicio sufrido. Estos son casos de instituciones pacíficamente aplicadas en la órbita civil que combinan un aspecto ciertamente sancionatorio con otro u otros de diferente índole (disuasorio, compulsivo, estimulativo, etc.). Ello conduce a concluir que, aun si aceptáramos (aunque no lo hacemos) que los daños punitivos tienen como función primordial el castigo al infractor, ello 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 prueba rendida en autos, no sólo la demandada tenía pleno conocimiento acerca de la posibilidad de que la tapa y el envase del producto sean «hackeada», sin que queden signos visibles, sino que de los testimonios surge



que existieron varios reclamos sobre la existencia de elementos extraños, aludiendo uno de los testigos al estado de obsolescencia de la planta.

Como remarca la magistrada y también ponderara en la causa "Martinez", Passamonte describió y llevó a cabo maniobras que acreditaron la inseguridad del precinto.

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, a punto tal que se expone que la tapa y el envase en cuestión son susceptibles de ser hackeadas, conforme las mismas comprobaciones llevadas a cabo por el personal de la demandada.

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 1ra. 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 discretionales, 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).

Ahora, teniendo en cuenta el tratamiento efectuado en punto al daño moral -solución a la que adhiero en las circunstancias de esta causa- si bien entiendo que la aplicación de la fórmula efectuada por la magistrada como modo de razonamiento no es desacertado, en el caso conduce a una respuesta que no se ajusta a la finalidad establecida para este rubro.



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 \$100.000.

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 y legitimación.

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

Esta circunstancia, unida a la complejidad de la materia y a la divergencia de criterios existentes, determina que las costas de la primera instancia sean impuestas a la demandada y las de la Alzada en el orden causado.

En cuanto a las apelaciones arancelarias, más allá de las readecuaciones que corresponda realizar, entiendo necesario efectuar dos precisiones en punto al recurso arancelario deducido por la actora.

Conforme surge de la presentación de hojas 974/vta., fue la parte actora quien dedujo la apelación arancelaria, por medio de gestor procesal, indicando que los honorarios eran bajos.

Desde este prisma, es claro que el remedio no puede ser tratado por cuanto la parte carece de legitimación para incoarlo.

Más allá de ello, si se entendiera -como parece haberlo hecho la magistrada de grado- que el recurso fue interpuesto por la letrada, igual suerte debe correr, en tanto a la Dra. ..., no se le regularon honorarios.



Con relación a la deducida por el perito, debo señalar que el reclamo -en punto a su cuantificación- estaba sometido a la consideración judicial. Más allá de ello, rige en el caso la regla de la proporcionalidad que debe mediar con los honorarios regulados a los restantes profesionales. **TAL MI VOTO.**

Existiendo disidencia en los votos emitidos precedentemente, se integra Sala con el Dr. **José I. NOACCO**, quien manifiesta:

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

Por lo expuesto, esta **Sala I, POR MAYORIA**  
**RESUELVE:**

1. Rechazar el recurso apelación deducido por la demandada a fs. 992/1008vta. y hacer lugar parcialmente al interpuesto por el actor a fs. 977/990, y en consecuencia, modificar la sentencia de fs. 960/970 determinando el daño punitivo en la suma de \$100.000.

2. Desestimar el recurso arancelario deducido por la parte actora, hacer lugar parcialmente al deducido por el perito y declarar extemporánea la apelación arancelaria deducida a fs. 1008 por la demandada.

3. Atento el resultado del recurso, regular los honorarios de primera instancia, para del Dr. ... en la suma de \$23.612,00; y los del perito ingeniero ... en la suma de \$ 10.000.

4. Imponer las costas de Alzada en el orden causado y regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta etapa en el 30% de los de la anterior (art. 15, LA).

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

**Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI - Dr. José I. NOACCO**



**PODER JUDICIAL  
DE NEUQUÉN**

**Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA**