

Voces: DEFENSA DEL CONSUMIDOR - DAÑO PUNITIVO - LEGITIMACIÓN ACTIVA - LEGITIMACIÓN PASIVA - CULPA CIVIL - NEGLIGENCIA - DETERMINACIÓN DEL MONTO INDEMNIZABLE

Partes: Teijeiro ó Teigeiro Luis Mariano c/ Cervecería y Maltería Quilmes SAUCA y G -Abreviados- otros

Tribunal: Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Córdoba

Sala/Juzgado: 5ta

Fecha: 23-mar-2011

Cita: MJ-JU-M-66743-AR | MJJ66743

Producto: SOC,MJ

La existencia de la botella de gaseosa a los fines de ser consumida en el mercado, que, por el elemento que contiene en su interior, no cumple con dicho objetivo, y constituye un acto ilícito y por ello comprendido dentro de la órbita de la responsabilidad extracontractual, conforme la doctrina de la responsabilidad civil.

Sumario:

1.-La defensa del consumidor ha tenido consagración legislativa, luego de un proceso evolutivo, con el dictado de la ley 24240 , promulgada el trece de Octubre de mil novecientos noventa y tres. Reconoce esta norma como uno de sus principios el de la reparación de los daños patrimoniales y morales, tanto individuales como colectivos y respecto de la noción de consumidor, la ley 24240, con anterioridad a la reforma introducida por la ley 26.391, disponía en su art. 1 La presente ley tiene por objeto la defensa de los consumidores o usuarios. Se consideran consumidores o usuarios, las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social .

2.-Con la sanción de la ley 26361 se expande el concepto de consumidor, introduciéndose importantes reformas en el texto original, el que dispone qué se entiende por consumidor o usuario. 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 . Sin lugar a dudas y sin perjuicio de las fallas que pueda presentar la norma y que diera lugar a debates doctrinarios, lo cierto es que demuestra una decisión política de ampliar el ámbito o radio de actuación de la Ley de Defensa del Consumidor. Es decir, se busca ampliar o beneficiar con la aplicación de la ley a otros sujetos que no se encontraban comprendidos en la norma anterior.

3.-En tiempos recientes, se introdujo una reforma a la LDC por medio de la ley 26.361, promulgada el 3 de abril de 2008, la cual, entre otras cosas, amplió el ámbito de los legitimados activos al incluir,

además de los consumidores propiamente dichos, a los terceros dañados - corrientemente denominados bystanders.. y se reconoce legitimación activa para reclamar la tutela del crédito o la concesión de resarcimientos, al consumidor, al usuario, al beneficiario y al expuesto a una relación de consumo, conforme lo dispone el último párrafo del art. 1° de la LDC. Se reemplaza el término contrata por adquiere o utiliza , ampliando de tal forma el campo de aplicación de la ley, incluyendo asimismo a las adquisiciones o utilidades gratuitas, considerándose a estos sujetos inmersos dentro de lo que se denomina relación de consumo.

4.-El sólo hecho de tener la botella de gaseosa en su poder, como usuario, a los fines de su consumición, lo legitima para accionar invocando una relación de consumo.

5.-La LDC describe en su art. 2 la persona del proveedor: Es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aún ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes o servicios, destinados a consumidores o usuarios. El Proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley . Como se desprende de la reforma de la ley 26.361, se amplía el listado de actividades que se consideran incluidas dentro de la ley, y para que no existan dudas sobre la legitimación pasiva, la ley postula que todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley , describiéndose en el el art. 3 de la ley 24240 a la relación de consumo, como el vínculo jurídico entre proveedor y el consumidor o usuario .

6.-Si la sociedad demandada reconoce ser productor de determinadas gaseosas, del tipo de la botella que se encuentra reservada en el tribunal y el hecho de haber proveído el artículo a la parte actora a través de un intermediario, no impide reconocer la existencia de un vínculo entre las partes, que encuadra dentro de la denominada relación de consumo.

7.-La definición de relación de consumo previsto por el art. 3° de la ley 24240 no significa que sólo quedan dentro del ámbito de protección los que son partes en esa relación de consumo, ya que el párrafo final del art. 1 ha extendido la protección a aquellos que sin serlo pueden ser afectados por esta relación de consumo. Se debe considerar, entonces, que hay dos situaciones subjetivas que reciben la protección normativa del sistema; a) las partes/ consumidores de una relación de consumo, y b) los que resultan afectados (sin ser partes) por esa relación de consumo.

8.-El art. 5° de la LDC consagra, en forma expresa, una obligación de seguridad de resultado a cargo del proveedor, cuyo incumplimiento lo hará incurrir en una responsabilidad de carácter objetivo.

9.-La ley 24999 , del 24 de Julio de 1998, con total acierto, determinó la reviviscencia , o, con otras palabras, la reposición del artículo 40, con diferencias menudas. El texto establece que si se produce un daño al consumidor que resulta del riesgo o vicio de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. 10. El art. 40 de la ley 24240 consagra una responsabilidad objetiva fundada en el riesgo. De ahí que sólo puede liberarse el sujeto (o sujetos) que pruebe un hecho de la víctima, un hecho de un tercero por el que no debe responder o un caso fortuito genérico.

11.-La reforma constitucional de 1994 consagra en el art. 42 C.N., la protección de los consumidores y usuarios, como el derecho a la salud, seguridad, intereses económicos, a una información adecuada y veraz: a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Hace referencia el texto constitucional a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, calidad de servicios públicos y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

12.-Nuestra CSJN en la causa Mosca , reconoció como consumidor a una persona que había sido

dañada por una piedra arrojada desde un estadio de fútbol y en el que se encontraba desarrollando un partido y encontrándose ella fuera del recinto aguardando a personas que habían contratado sus servicios para transportarlas en su automóvil. De ese modo, el alto tribunal dejó aclarado que la relación de consumo a la que aluden el art. 42 de la CN. y la ley 24240 debe interpretarse con laxitud, y abarca no sólo a quien adquiere bienes y servicios para su consumo final, sino también a quien los utiliza sin haberlos adquirido, aún a aquellas personas que, sin siquiera utilizarlos, han actuado en respuesta a la oferta emanada del proveedor.

13.-El concepto de consumidor, al que la ley le otorga protección de sus derechos como tal, resulta ser abarcativo de todo aquel que, en una relación de consumo, adquiere bienes o servicios para su consumo final, en beneficio propio o de su familia o núcleo social, y a quien de cualquier forma esté expuesto a una relación de consumo.

14.-La tutela del consumidor importa, como base, el reconocimiento de los derechos que emanan de su posición en la relación conmutativa.

15.-Ha subrayado y destacado la doctrina, en el análisis de la relación de consumo y la defensa de los derechos del consumidor, la situación de inferioridad o debilidad en que se encuentra este último frente a su proveedor y en perspectiva jurídica, la ley 24240 presupone una situación de desequilibrio genético en la relación derivada de un negocio de consumo, y, en tal mérito, la necesidad de contemplar esta situación al momento de la interpretación de los casos concretos que se presenten a análisis y resolución.

16.-La ley 24240 presupone irrefragablemente la situación de debilidad en que se halla el consumidor. De allí que, enfrentadas las partes en un conflicto, se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor.

17.-La defensa de los intereses de los consumidores hace responsable a los fabricantes, productores, proveedores, de la calidad de los productos que ponen en el mercado a los fines de su consumo. De allí surge la necesidad de imponer al empresario un estricto deber de asegurar la eficacia, calidad e idoneidad del bien o servicio, para el cumplimiento de la finalidad a la que están destinados de acuerdo a su naturaleza y características.

18.-La protección que confiere la defensa del consumidor no se restringe a un aspecto meramente económico, sino que a su vez aplica sanciones para las cuales no es requerida la comercialización directa de los productos a los usuarios, en tanto dicha producción o fraccionamiento forma parte de una cadena económica cuyo último eslabón es el consumidor, respecto del cual rige la norma del art. 5to. de la ley 24240, que intenta evitar la obtención de productos que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, presenten peligro para la salud o integridad física.

19.-La ley de defensa del consumidor protege al consumidor frente a quien interviene en toda la cadena de comercialización del producto, independientemente de que sea quien haya comercializado en forma directa al público consumidor sus productos elaborados, y exige, en aras de la protección del consumidor, que las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios.

20.-La exigencia de la ley 24240 en el sentido de que los artículos de consumo, puestos en el mercado, y utilizados por el destinatario de los mismos, no contengan o impliquen un riesgo para la salud de los consumidores, presupone que dichos productos sean consumidos o se encuentren en tales condiciones. La botella de gaseosa que el actor tenía en su poder no se encontraba en condiciones de ser consumida, sin perjuicio de que se pueda discutir sobre si el elemento que se encuentra en su interior, es nocivo o

no, para la salud del consumidor.

21.-En tanto el producto elaborado por la empresa demandada, en poder del actor, como consumidor, no se encontraba en condiciones de ser consumida, nace de tal forma la responsabilidad de la empresa demandada ante el incumplimiento de la obligación que le impone la ley de elaborar y distribuir productos de calidad y que cumplan adecuadamente la finalidad perseguida.

22.-Tratándose de una responsabilidad objetiva, la que surge de las relaciones de consumo, en el caso, por haber lanzado al mercado una cosa viciosa, en el sentido de cosa que contiene un defecto que le impide cumplir la función para la que está destinada, la obligación de responder surge clara, debiendo en consecuencia la demandada entregar a la parte actora una botella de similares características a la que nos ocupa, como forma de reparación en especie.

23.-En materia de responsabilidad por productos elaborados, el demandante únicamente tiene que probar el daño y la relación de causalidad, estando eximido de probar la negligencia del fabricante, en razón de tratarse de una responsabilidad objetiva que se presume por la sola existencia del daño, pudiendo en tal caso el proveedor eximirse de responsabilidad acreditando culpa de la víctima o de un tercero, por quien no deba responder.

24.-El daño causado por un producto elaborado deja de ser un daño contractual para pasar a ser un daño extracontractual, siendo el factor de atribución objetivo, y por ende la observancia de diligencia en el productor resulta irrelevante a los fines de eludir su responsabilidad.

25.-En el análisis de lo relativo a la prueba del daño moral, que debe realizarse una comparación respecto a si se trata de la afectación derivada de la faz extracontractual por hecho ilícito, o si lo es derivado de responsabilidad contractual. En el ámbito extracontractual, la reparación del daño moral se encuentra establecida en el art. 1078 del CCiv., el que establece que además del daño patrimonial, es resarcible el daño moral.

26.-El daño moral, en el caso de la responsabilidad extracontractual, no requiere de una prueba directa de su existencia y entidad, ya que se manifiesta in re ipsa . Es decir no se necesita de un profesional en la materia, de un psicólogo o psiquiatra para comprobar los sufrimientos que un determinado hecho pueden provocar en la víctima.

27.-El daño moral se infiere por lo común in re ipsa, es decir, a partir de una determinada situación objetiva, si ésta permite inducir un menoscabo en las afecciones legítimas de la víctima.

28.-Tratándose, conforme surge de la botella reservada en el tribunal, de un sobre conteniendo en gel íntimo, con uno de sus bordes cortados, de modo tal que la existencia de esta botella de gaseosa a los fines de ser consumida en el mercado y que, por el elemento que contiene en su interior, no cumple con dicho objetivo, implica una abierta violación al art. 5 de la ley de la ley 24240 y como tal constituye un acto ilícito, conforme el encuadre jurídico previsto por el art. 1066 del CCiv.. Es por ello que la cuestión queda comprendida dentro de la órbita de la responsabilidad extracontractual, conforme la doctrina de la responsabilidad civil.

29.-Si el daño moral es una alteración emocional profundamente subjetiva, la apreciación por el juez para fijar en dinero aquella compensación, debe ser necesariamente objetiva y abstracta. La indemnización del daño moral no está en función de la representación que de él se hace la víctima (no en concreto) sino de su constatación por los jueces y de su evaluación objetiva, considerando objetivamente cuál pudo ser el estado de ánimo de una persona común colocada en las mismas circunstancias concretas en las que halló la víctima del hecho lesivo. De lo contrario, sería imposible cualquier valoración en la práctica, pues tampoco ningún juez puede haber experimentado todos los

desmedros espirituales susceptibles de afectar a las personas. Los punitive damages , constituyen una figura del Common Law anglosajón, cuya traducción al español sería la de daños punitivos, aunque en realidad se trata de una sanción o pena que se aplica en razón de ciertos hechos ilícitos graves, y no de daños en si mismos. Se impone la obligación de indemnizar no como excedente o agregado a la indemnización que se establece en concepto de daños, sino como una sanción ante una conducta que produce daño a otro infringiendo el ordenamiento jurídico, en forma deliberada, a los fines de obtener un rédito o ganancia, o, con grave menosprecio de los derechos de terceros, conducta desplegada con una negligencia grave.

30.-Los tribunales norteamericanos admiten la operatividad de los llamados daños punitivos, en especial, en los dos siguientes casos 1)cuando según el cálculo del autor del ilícito, el resarcimiento del perjudicado será inferior a las ganancias obtenidas por él (por ej. Fabricante que prefiere pagar los daños a reparar los productos defectuosos, o a no cesar en la fabricación) y 2)cuando la conducta dañosa , sobre la base de un cálculo de probabilidades, presenta poco riesgo de ser judicialmente sancionada, lo que puede ocurrir porque la antijuridicidad de la conducta no es fácilmente reconocible; porque el daño particular es modesto en relación al coste del eventual proceso; o porque el autor del ilícito tiene una posición dominante y no se siente intimidado por el proceso de resarcimiento .

31.-El daño punitivo cumple una triple función: 1)Sancionar al causante del daño intolerable: ante una conducta intolerablemente nociva, con desprecio a los bienes y derechos ajenos, el derecho debe expresar su desaprobación, 2)Hacer desaparecer los beneficios injustamente obtenidos a través de la actividad dañosa, con fundamento en que ningún sistema preventivo puede ser eficaz si el responsable puede retener un beneficio que excede el peso de la indemnización y 3)prevenir o evitar el acaecimiento de hechos lesivos similares al que se impusiera punición: en definitiva evitar que el daño se vuelva a producir y comprende tanto a las conductas dolosas como a las gravemente negligentes.

32.-Si el resarcimiento por daños punitivos persigue volver la situación de la víctima al momento anterior al hecho lesivo, eliminando el perjuicio injusto (art. 1083 del CCiv.), debe del mismo modo retrotraer la situación fáctica del responsable, quitándole el beneficio que obtuviera indebidamente. De otra manera, se alentaría la especulación nociva al medrar el dañador con las ganancias que le podría deparar el daño injusto que va a ocasionar.

33.-Ningún sistema preventivo es eficaz, si el responsable puede retener un beneficio que excede el peso de la indemnización.

34.-El daño punitivo (smart money), que también se otorga en los casos de responsabilidad extracontractual (torts, negligence), ha funcionado adecuadamente como advertencia para quienes están en condiciones de tomar precauciones para evitar dañosidades , por lo que puede ser de utilidad en ciertos casos que, además de la reparación integral, se incluya en la indemnización un plus sancionatorio conforme el modelo del daño punitivo norteamericano. Se trata de un mecanismo eficaz que apunta a proteger la vida, la salud, etcétera, de los consumidores.

35.-El art. 52 bis de la ley 26361 introduce en nuestro ordenamiento legal los daños punitivos, (se considera más adecuado el término penas pecuniarias privada o multa civil) cuyo origen se remonta al derecho anglosajón, siendo un instituto de amplio desarrollo en los Estados Unidos, y en nuestro país ha tenido consagración legislativa con el dictado de la referida norma legal. Se trata de multas o penas privadas que no tienen finalidad compensatoria o reparadora, sino que se adicionan al monto del resarcimiento, y se imponen a quien ha manifestado una conducta dolosa o de grave negligencia en la producción o elaboración de un producto, incumpliendo con sus obligaciones legales y contractuales, y con una finalidad claramente sancionatoria, por un lado, y disuasoria de conductas similares futuras.

36. Los daños punitivos (punitive damages o exemplary damages , según el derecho angosajón) se establecen no con carácter compensatorio sino con la finalidad de imponer una sanción a quien con su

conducta dolosa o gravemente negligente, causa un daño, como asimismo de disuadir o desalentar conductas similares futuras.

37.-Se mencionan entre los requisitos que deben configurarse para la procedencia de la imposición de daños punitivos, la de un daño resarcible, imponiéndose daños punitivos como un plus, haber actuado con dolo o culpa grave o desaprensión por los derechos de terceros y que con dicha conducta se hayan obtenido beneficios económicos o tenido en la mira obtenerlos, ya sea por ganancias o ahorro en implementar medidas de prevención. Las finalidades de la norma son, tal como se expresara precedentemente, punitivas, preventivas, eliminar beneficios obtenidos con actividad ilícita y finalmente proteger el equilibrio del mercado.

38.-Según el art. 52 bis de la LDC, se encuentran legitimados para reclamar la multa civil, los consumidores, debiendo entenderse el término en un sentido amplio, comprendiendo a los usuarios y asociaciones de consumidores y usuarios.

39.-Atento lo dispuesto por el art. 52 bis de la LDC, que textualmente prescribe Daño punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable de incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el art. 47 , inc. b) de esta ley . En esa inteligencia, el actor, en cuanto consumidor, se encuentra legitimado para accionar, solicitando la imposición de la multa en contra de quien se presenta como productor, elaborador y distribuidor del producto en el mercado, producto defectuoso que habilita la acción resarcitoria, y lo legitima como accionado, ante el incumplimiento de sus obligaciones legales o contractuales.

40.-Respecto de la legitimación pasiva en materia de imposición del daño punitivo, hay que hacer una distinción: la Ley de Defensa del Consumidor en su art. 40 establece la responsabilidad objetiva de toda la cadena de comercialización frente a la víctima. Así ésta puede reclamar la reparación al vendedor, al fabricante, al importador, al que pone la marca, etcétera. Pero en lo que hace al daño punitivo no puede existir responsabilidad objetiva, pues por definición es una pena privada en la que el factor de atribución es subjetivo y agravado.

41.-Es posible que en un mismo juicio, el consumidor reclame los daños sufridos a toda la cadena de comercialización, pero los daños punitivos sólo a un miembro de ella.

42.-El actor como consumidor final se encuentra legitimado a reclamar la aplicación de los daños punitivos a quien resultara ser el proveedor del producto defectuoso, encontrándose de tal forma válidamente constituída la litis.

43.-El daño que pueda causarse a los consumidores ha sido el fundamento de la adopción, primero a nivel jurisprudencial y luego legislativo, de los daños punitivos. Mucho se ha hablado de la culpa lucrativa, según la cual el fabricante, productor o proveedor del bien o servicio, realizando un cálculo de costos, y en el convencimiento de que su producto puede dañar, se convence de que aún pagando indemnizaciones por daños, tendrá una ganancia considerable que lo impulsa a continuar con su actividad, sin tomar recaudos o precauciones para evitar provocar dichos daños. Se trata de una actitud dolosa, o de una negligencia grave, que evidencia un total desprecio por el daño que se pueda causar ante el cálculo que efectúa y que le reditúa ganancias que superan con creces el monto de las indemnizaciones que eventualmente deba abonar por daños provocados a terceros consumidores.

44.-Nuestra ley 26361 se aparta de la postura restrictiva en materia de daños punitivos y postula que pueden imponerse los mismos al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor. Al mencionar la norma no sólo las obligaciones contractuales sino también las legales, amplía el espectro de consumidores que pueden solicitar la imposición de estos daños punitivos o multa civil, a los terceros consumidores, no contratantes.

45.-La indemnización por daños punitivos se justifica en el carácter de la conducta desplegada por el demandado y no en el daño inferido a la parte actora y respecto de la graduación del mismo, se ha entendido que depende de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, en referencia a la posición del dañador en el mercado, la cuantía del beneficio que hubiere obtenido con su accionar, el grado de intencionalidad, gravedad del riesgo, conducta reincidente y generalización de la falta.

46.-La ley de defensa del consumidor no establece criterios a seguir en lo que respecta a la relación que deba existir entre condena indemnizatoria o compensatoria y la punitiva.

47.-A la hora de cuantificar la condena por daños punitivos, se deben atender a las circunstancias o aristas que revista el caso, tales como ganancias o beneficios obtenidos con su conducta, la reprochabilidad de ésta y la situación económica del demandado, ya que su nivel o poderío económico debe guardar relación con el monto de la condena. No debe perderse de vista que esta sanción cumple una función, además de sancionatoria, disuasiva y ejemplificadora frente a otros productores de bienes o servicios y la ley remite en este punto de la determinación del monto, a la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, lo que es de una gran vaguedad e imprecisión.

48.-A los fines de evaluar la cuantía del daño punitivo reclamado al fabricante de la gaseosa en mal estado, estimado en la suma de dos millones de pesos, resulta relevante evaluar la conducta desplegada por el empresa productora de la gaseosa, los riesgos que de ella se derivan, el lucro indebidamente obtenido y su situación económica en el mercado consumidor.

49.-Ante la existencia de un elemento introducido en la botella de la gaseosa y su permanencia en la misma al ser ésta introducida en el mercado consumidor, no resulta suficiente la explicación del fabricante, quien se limitó a negar responsabilidad en el hecho, desplegando una actividad tendiente a probar que en el proceso de elaboración y embotellado del líquido cumple con todas las normas impuestas por el Código de Alimentación y los controles de calidad correspondientes. De lo contrario, no se puede sino concluir en que existen fallas, vicios en el proceso de limpieza de la botella, lo cual implica un grave riesgo para la salud de los consumidores, ya que permite vislumbrar la posibilidad de que dentro del envase se introduzcan elementos potencialmente nocivos. N.R.: Sumarios elaborados por Ricardo A. Nissen.

Córdoba, 23 de marzo de 2011.

Y VISTOS: Estos autos caratulados "TEIJEIRO Ó TEIGEIRO LUIS MARIANO C/ CERVECERIA Y MALTERIA QUILMES S.A.I.C.A. Y G. -ABREVIADOS- OTROS - 1639507/36" iniciados el 06-02-2009, de los que resulta que a fs. 1 comparece el Sr. Luis Mariano Teijeiro entablado formal demanda en contra de la firma Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. Y G. motivada en la compra de una botella de gaseosa de la marca "Pepsi" en la cual se encontró un envoltorio de gel íntimo para preservativos marca "Prime" , abierto y usado.

Reclama la entrega de un producto equivalente al defectuoso que adquirió, caso contrario la suma equivalente para adquirirlo en el mercado; la suma pesos Un mil quinientos (\$ 1500) en concepto de daño moral y por último la aplicación de la nueva figura del "daño punitivo", estimando por dicho

rubro la suma de pesos dos millones (\$ 2.000.000).

Afirma que la pretensión se enmarca en una relación de consumo. Que le cabe el encuadramiento en el art. 1 de la ley 24.240 de defensa al consumidor, reformada por ley 23361, el que transcribe. Agrega que la accionada es un proveedor en los términos del art. 2 de dicho ordenamiento. Expone que el día 24 de octubre de 2008 compró una botella de la marca Pepsi en un kiosco de esta Ciudad. Que se trató de una botella de vidrio de 1,25 litros envase retornable, que al momento de abrirla advirtió que en su interior flotaba un cuerpo extraño, que al dejar la botella quieta el cuerpo empezó a subir a la superficie y se hizo plenamente visible, que se trataba de un sobre color plateado de la marca de preservativos "Prime", con un logo que expresa "aloe Vera" "gel íntimo" "contenido neto 1 gramo", con sus bordes oxidados. Señala que la tapa de la botella no ha sido abierta, alterada ni manipulada, que esta tapa en el plástico azul expresa "elaborado por Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. Y G. camino Jesús María Km. 6 Córdoba. Agrega que la tapa tiene un sello con una serie de numeros y letras " 8213L1112:36" y más abajo "P527/04/09". Afirma haber llamado al 0-800 de la empresa sin obtener una respuesta satisfactoria.

Manifiesta que la legitimación pasiva de la demandada resulta del art. 40 y 52 bis de la ley aludida, que establece la responsabilidad solidaria de todos los integrantes de la cadena de comercialización. Señala que la norma alude a las calidades de productor, distribuidor y proveedor, las cuales son ostentadas por la accionada.

Agrega que conforme las características del hecho, ésto solo pudo ocurrir por alguna falla de adentro de la elaboradora.

Manifiesta que en este caso tanto el transportista, como el comerciante minorista no están involucrados.

Asimismo expresa que conforme las características del hallazgo, ésto solo pudo ocurrir por una falla adentro de la elaboradora. Que por ello sería intrínsecamente injusto dirigirse contra el transportista de la botella (en caso de que el transporte sea efectuado por otra sociedad, extremo que no le consta) o bien al comerciante minorista. Afirma que ellos nada han tenido que ver. Que las características del hallazgo -cuerpo sólido adentro de un envase con tapa cerrada no adulterada- demuestran que el hecho sólo pudo ocurrir por una falla en los controles de higiene, bromatológicos y/o de calidad de la empresa demandada. Que lo más probable es que el gel íntimo haya sido introducido en el interior de la botella por alguien que la compró anteriormente y que los sistemas de limpieza de la empresa no lo hayan extraído. Afirma que la hipótesis de algún "sabotaje interno" - empleado que deliberadamente hubiera introducido dicho objeto en el envase, en modo alguno disminuye el reproche contra la demandada. Que lo importante no es si el gel íntimo ingresó en la botella afuera o adentro de la fábrica. Que tampoco es relevante si eso sucedió antes o después de que el envase fuera llenado con la gaseosa. Que el nudo es que ese elemento estaba cuando la botella fue tapada en las instalaciones de Cervecería Quilmes. Que lo crucial y dirimente es que esa botella jamás debió haber salido de la fábrica con esa asquerosidad adentro, que jamás debió ser introducida en el mercado. Que estamos, como mínimo, ante un absoluto y ostensible incumplimiento de las normas de control de calidad. Que se ha violado abiertamente el Código Alimentario y la ley de defensa de la competencia y que los derechos de los consumidores han sido vulnerados y ofendidos. Que ha sido absolutamente transgredida la manda legal contenida en el art. 5 de la ley de defensa al consumidor, la cual transcribe.

Afirma que un sobre usado de gel íntimo, cuya utilización se realiza al practicar relaciones sexuales puede contaminar la gaseosa y poner en riesgo la salud.

Sostiene que una de las principales pautas para cuantificar el daño punitivo es la capacidad de pago de la demandada ya que a mayor capacidad de pago, mayor debe ser la indemnización punitiva. Que no es lo mismo multar a un kiosquero que a una multinacional. Que una suma significativa para aquél será

irrisoria para ésta. Que por ello los norteamericanos hablan de los deep pockets (bolsillos profundos) como parámetro básico a la hora de fijar el monto del castigo a la empresa que no ha cumplido con las pautas más elementales para con los consumidores. Sostiene que en su propia página web la aquí demandada se jacta y publicita su poderío económico y su presencia en el mercado argentino. Acompaña impreso extracto de la página web de la empresa demandada. Transcribe párrafos textuales, que entiende sumamente reveladores y que eximen de mayores consideraciones, y transcribe asimismo los productos que produce, elabora, distribuye y comercializa en la Argentina.

A continuación detalla los rubros pretendidos, a saber: Reparación en especie: peticiona se condene a la demandada a entregarle un producto equivalente al defectuoso que adquirió o en su defecto la suma necesaria para adquirirlo. Se basa en lo dispuesto por el art. 10 bis inc. B de la ley de defensa al consumidor.

Sostiene que debe tenerse en cuenta que los créditos indemnizatorios -aún los surgidos de incumplimientos contractuales - tal como sucede en la especie - constituyen una obligación de valor y no una estrictamente dineraria. Daño moral: expresa que el hecho ha causado un daño moral in re ipsa, proveniente de la desagradable sorpresa de encontrar un objeto de semejantes características adentro de una botella que contenía líquido destinado a ser ingerido. Solicita que el tribunal se coloque en su lugar e imagine personalmente el asco y la repugnancia que habría experimentado en su situación. Que fue un evento sumamente desagradable, el cual no requiere prueba alguna, y que ha lesionado la confianza en una reconocidísima marca, la segunda en el mercado de gaseosas, luego de la "Coca Cola" . Afirma que si bien se trata de un daño moral de escasa entidad, igualmente debe ser indemnizado por el responsable, por el principio de reparación integral. Lo estima en la suma de pesos Un mil quinientos (\$ 1500.). Daño punitivo: Solicita se aplique al presente la importantísima reforma introducida por la ley 26361 como artículo 52 bis de la ley de defensa al consumidor, el cual transcribe.

Demanda por la suma de pesos dos millones (\$ 2000.000) .

A continuación realiza una exposición de los fundamentos del daño punitivo. Señala que el art.52 bis significa un profundo cambio de paradigma, que ahora los jueces civiles no sólo deben indagar el daño causado por el responsable sino que si el damnificado así lo solicita, deben castigar a los empresarios que hayan incumplido las obligaciones a su cargo, deben dictar sentencias ejemplificadoras a fin de "moralizar el mercado". Sostiene que el legislador ha partido de la premisa de que la justicia penal está colapsada y ha receptado el daño punitivo con el fin de estimular a los consumidores a denunciar los incumplimientos. Que con el daño punitivo los consumidores se convierten en " fiscales " de la ley, que de ahora en más pueden acudir a los jueces civiles a fin de demostrar los incumplimientos de las empresas y a fin de lograr que ellas sean castigadas. Que se trata de un mecanismo equilibrador del mercado, otorgando al más débil una poderosa herramienta. Que de esta manera el daño punitivo se torna en una herramienta más eficaz que las sanciones penales o administrativas.

Insiste en que la ratio legis de la nueva figura es que las empresas luego de la condena judicial, sean más cuidadosas y no actúen desaprensivamente. Que el afán de lucro no las lleve a aflojar o relajar los controles de calidad de los productos que salen de la fábrica y son colocadas en el mercado minorista. Que existe una finalidad preventiva que los jueces pueden y deben desempeñar. Que hay otro aspecto en que debe cambiar la mentalidad del juez y es que no debe centrar la mirada en el caso individual, sino que debe pensar en la repercusión de la sentencia que se dicte, en el fin social que ahora la ley adjudica a su resolución. Que lo que se busca es enviar un mensaje a las empresas, en el sentido de que aumente el riesgo de que los incumplimientos reciban una sanción judicial.

Que en otros supuestos, se ha entendido que los daños punitivos deben proceder en los casos donde la antijuridicidad ha sido significativa pero el daño ha sido de escasa entidad. Que se ha enfatizado que de no existir el daño punitivo, ese tipo de hechos quedarían impunes. (que nada impediría que la empresa

reitere esa antijuridicidad) que no habría ningún interesado en poner de resalto y en probar la transgresión. Que con el daño punitivo, " aumenta el riesgo de que la conducta sea judicialmente sancionada" (transcribe autor y obra citada.) Afirma que antes de que el daño punitivo fuera concretado por una norma legal positiva, la inmensa mayoría de los civilistas argentinos más reputados (Mosset Iturraspe, Alterini, Lorenzetti, Zavala de Gonzalez, Pizarro, Trigo Represas) se pronunciaron a favor de su recepción. Que el legislador no ha hecho otra cosa que atender al reclamo de los autores que pusieron de manifiesto la justicia intrínseca de esta institución.

Cita artículos de doctrina, que avalan el daño punitivo, y que han sido antecedentes de la nueva ley, reveladores del consenso sobre la justicia intrínseca y eficacia moralizadora de la figura.

Sostiene que el tema fue abordado en las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Santa Fe, 1999), en donde, entre otras, se formularon recomendaciones, que transcribe. Sostiene que el renombre de los autores citados y el prestigio científico de las referidas jornadas de Derecho Civil, exigen de mayor defensa de la institución en sí. Que más allá de que la institución ya está receptada positivamente por el legislador, lo que quiere destacar es que antes de la sanción de la ley existía un marcado consenso sobre la justicia intrínseca y eficacia moralizadora de la figura y sobre la conveniencia de su consagración legislativa. Sostiene que el proyecto de Código Civil contemplaba la figura de una manera todavía más amplia, no sólo para las relaciones de consumo, sino que el art. 1.587 preveía este tipo de sanciones para cualquier sujeto que actuara " con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos". Que quedaban expuestos a recibir esta sanción situaciones tales como violación de los derechos intelectuales, contaminación del ambiente, competencia desleal entre empresas, acoso laboral, etc. Cita y transcribe doctrina.

Afirma que en el caso que nos ocupa se cumplen todos los requisitos legales y doctrinarios para la aplicación de la sanción perseguida, así enumera los siguientes:

a) Grave incumplimiento ya que fallaron los controles de calidad, y la botella con el objeto aludido ingresó al mercado, lo que jamás debió suceder.

b) Violación de obligaciones legales, incluso de rango constitucional (art. 42 de la CN), art. 5 de la ley de Defensa al consumidor, y se ha violado el Código alimentario.

c) Mercado menosprecio al derecho del consumidor, ya que no están hablando de un objeto pequeño o que pueda ser aséptico desde el punto de vista bromatológico. Que se trata de un sobre plateado, que brilla y resalta ante un líquido oscuro como el de la gaseosa cola. Que además se trata de un elemento que las personas usan cuando tienen relaciones sexuales, de algo que se emplea al momento de colocarse un preservativo en el pene, lo cual aumenta la antijuridicidad y reprochabilidad. Que la reprochabilidad aumenta porque se está hablando de un producto destinado a ser ingerido, a ser bebido, a ingresar al organismo del consumidor. Afirma que en los envases de bebidas cuyo destino es ser ingeridas, el control debe ser mucho mayor

d) la demandada ha puesto en riesgo la salud

e) La conducta es más reprochable para una empresa tan prestigiosa. Señala la regla contenida en el art. 902 del C.C.f) La sentencia debe reflejar la desaprobación social frente a hechos de esta naturaleza, debiendo dictarse un pronunciamiento ejemplificador, que cumpla una función de prevención especial (que la empresa en cuestión no vuelva a cometer un hecho de igual naturaleza) y general (que la sentencia a dictarse sea docente y llegue a otras empresas incentivándolas para que no haya fallas en los controles).

En cuanto al monto pretendido, señala que la ley habilita a reclamar una multa de \$1 a \$ 5.000.000,

(cinco millones) con lo cual el monto reclamado de \$ 2.000.000 (dos millones) representa menos de la mitad de la escala. Afirma que distinto sería si estuvieran hablando de un gel íntimo encontrado dentro de una botella de cerveza artesanal elaborada por una pequeña empresa familiar, que si bien la antijuridicidad sería igualmente grave (que ninguna empresa puede despachar un producto en tales condiciones) lo cierto es que la magnitud de la multa en ese caso debería ser prudente. Que en esa hipótesis una suma relativamente moderada podría cumplir cabalmente con la finalidad legal (atento la capacidad de pago de la pequeña empresa). Se pregunta cuánto puede incidir la suma de pesos.

Dos millones en las ganancias anuales de una empresa como Cervecería Quilmes, que incluso, es miembro del Holding Internacional InBev, el más poderoso del mundo en el rubro bebidas. Afirma que una suma inferior sería irrisoria para la demandada.

Ofrece prueba Documental y acompaña el envase que motiva el presente en un envoltorio de seguridad, con medidas para evitar su deterioro y adulteración. Hace reserva del Caso Federal.

A fs. 12 se imprime trámite abreviado a los presentes.

A fs. 20 comparece la Dra. Mariana Miseta en el carácter de apoderada de la accionada solicitando participación de ley. A fs. 80 comparece la apoderada de la accionada junto con el Dr. Gustavo Viramonte (H) en el mismo carácter y evacúan el traslado de la demanda, solicitando su rechazo, con especial imposición de costas. En primer lugar, niegan todos y cada uno de los hechos denunciados por el actor en su demanda, como también el derecho invocado. Niegan que el actor revista el carácter de "consumidor" y destinatario final en los términos de la norma que transcribe, ya que no ha acompañado constancia que acredite la adquisición del producto, ni ha ofrecido prueba sobre su medio de vida, caducando su posibilidad de hacerlo, atento el trámite impreso a la presente causa, lo que determina su falencia a fin de demostrar su legitimación activa.

Niegan que se haya establecido entre el actor y su representada una relación de consumo, tutelada por la ley 24240, y que le asista a la misma el beneficio de justicia gratuita consagrado en la LDC. Por ello peticionan que al dictar sentencia se lo condene al pago de tasas y aporte correspondientes.

Niegan que el actor haya comprado en la fecha la botella descrita en un kiosko de esta ciudad y las demás circunstancias fácticas alegadas en la demanda. Resaltan conforme dichos del actor, que la misma nunca fue consumida.

Niegan que el elemento existente en el interior de la botella sea un gel íntimo para preservativos con los demás características denunciadas. Niegan que el elemento haya sido usado, abierto y/o cerrado.

Aseveran que dicho envoltorio jamás puede ser contaminante o riesgoso para la salud, ya que es público y notorio que esta destinado a ser consumido por millones de personas en sus relaciones sexuales.

Niegan, por no constarles, que los bordes del elemento estén oxidados por la pretendida acción corrosiva de la gaseosa, que la botella esté cerrada, inalterada y no manipulada, y que el 0-800 de su representada no diera respuesta al actor.

Afirman que, según las constancias informáticas del sistema de 0-800, el actor se comunicó recién con fecha 23-12-2008 y al ser requerido de los datos de la botella y verificación solicitó un ofrecimiento "porque sino iría a los medios", afirman que ello sumado a los meses transcurridos desde la fecha en la que el actor afirma haber adquirido la botella y la comunicación telefónica, denotan que no fue tan profundo el asco que manifiesta haber experimentado.

Niegan la responsabilidad atribuida por el actor a su representada, niegan que la misma haya incurrido en incumplimiento legal o contractual.

Niegan lo afirmado por el actor en orden a la exoneración de responsabilidad del transportista o comerciante minorista, en virtud de que a su criterio ellos no han tenido nada que ver. Sostienen que esto trasluce que al actor no le interesa acreditar la calidad de consumidor, ya que al menos debió individualizar el kiosco en el cual adquirió la botella, y así también preservar el derecho de defensa de CMQ.

Que el fin del actor ha sido litigar contra una única parte, cuya solvencia patrimonial nadie duda.

Niegan que el elemento y supuesto hallazgo invocado por el actor, constituya un hecho grave, imputable y reprochable a C.M.Q. Niegan que existan fallas en los controles de higiene, bromatológicos y/o de calidad. Niegan que las aludidas falencias sean atribuibles a defectos, desperfectos ni vicios de elaboración, embotellamiento, envasado ni de seguridad y calidad alimentaria de C.M.Q. Afirman que ésta observa los más altos y sofisticados patrones y controles de calidad y seguridad alimentaria.

Niegan las conjeturas formuladas por el actor, niegan que la botella haya sido comprada con anterioridad y que los sistemas de limpieza no hayan extraído el elemento encontrado en la botella.

Niegan la hipótesis de sabotaje interno. Afirman que en modo alguno el hallazgo habido en la botella pueda serle imputado a su representada.

Que es pública y notoria la envergadura económica de CMQ, pero sin embargo niegan que tal extremo resulte una pauta para justificar la pretensión de daños punitivos planteada. Remarcan que su representada no se jacta ni publicita su poderío económico, simplemente se enorgullece de ser una gran empresa con 118 años de antigüedad, que invierte en el país, siendo a su vez una de las mayores empleadoras privadas del mismo. Disienten con las apreciaciones del actor, sosteniendo que el orgullo no es jactancia.

Señalan que de la propia página web, que dejan ofrecida como prueba, y a la que toda persona tiene acceso, surge toda la labor a nivel de responsabilidad social empresaria, los programas educativos, las campañas masivas de consumo responsable, las relaciones con la comunidad, y las actividades de la empresa en gestión ambiental, seguridad industrial, y promoción de salud. Adjunta impresiones de la página aludida.

Niegan los rubros y los importes pretendidos. Niegan que el pretendido daño moral surja in re ipsa de los hechos descriptos, y que las molestias derivadas del asco que el actor expresa haber tenido, lo que niegan, pueda trasuntar en una modificación disvaliosa del espírutu, apta para generarle un daño moral.

Niegan que el supuesto hecho haya lesionado la confianza del actor en la marca, ya que de ser así no hubiere reclamado la reparación en especie que pretende en este proceso, la cual también rechazan y ofrecen a título de donación y no de reparación una botella de similares características, dejándola a disposición en el tribunal, por lo cual sostienen que el planteo en este punto se torna abstracto. Sostienen que la afirmación del actor, atribuyendo a CMQ incumplimientos contractuales, deja en evidencia que no reviste la calidad de consumidor. Afirman que su representada no comercializa en forma directa con el público sus productos, sostiene que éstos llegan al mismo a través de una cadena de comercialización intermedia, (comercios mayoristas, minoristas) que son los que por su cuenta y riesgo venden dichos productos. Esto revela que Teijeiro no reviste la calidad de consumidor, ya que jamás CMQ celebra contratos de venta de gaseosas con consumidores.

Afirma que tales términos no resultan calificables como un simple error material, ya que el elevado rigor científico de la demanda revela a las claras el amplio dominio dogmático de la materia. Niegan que el elemento existente en la botella haya ingresado afuera y/o dentro de la fábrica, que haya ingresado antes o después del llenado y que haya estado en la botella cuando esta fue tapada en la planta de CMQ y que saliera en estas condiciones de la elaboradora.

Niegan que CMQ sea responsable de que la botella haya llegado al mercado con el elemento encontrado dentro de la misma. Niegan que su representada haya incumplido las normas de control de calidad, haya violado el Código Alimentario (cuya autoridad de aplicación es el poder ejecutivo) y la ley de defensa de la competencia, niegan que su representada haya vulnerado los derechos de los consumidores y ofendidos y menos los del actor, cuya calidad de consumidor y ofendido han rechazado. Afirman que la utilización de las vías legales planteadas refleja un ejercicio abusivo y por ende irregular de los derechos consagrados en la L.D.C., buscando obtener una injustificada y desmesurada suma de dinero, que en el improbable caso de ser acogida, cualquiera sea su extensión, trasuntaría en un arbitrario enriquecimiento sin causa.

Niegan que se haya configurado antijuridicidad y reprochabilidad alguna imputable a C.M.Q. Niegan que CMQ haya puesto, ni siquiera hipotéticamente, en riesgo la salud del actor. Señalan que es el mismo actor el que reconoce sus fundamentos como hipotéticos, lo que origina que el supuesto daño también sea hipotético e irreal.

Resaltan que ninguna persona ingirió el contenido de la botella, sosteniendo la inocuidad del gel aludido, que esta hecho a base de agua, aloe vera y caléndula, todas sustancias inocuas. Adjuntan extracto de la pagina web de Prime. Niegan que resulte aplicable el art. 902 del C.C . Rechazan y disienten con el actor respecto de la diferencia entre los controles bromatológicos de un pequeño productor a los de una empresa multinacional. Sostienen que el criterio debe ser inverso, ya que esta última cuenta con tecnología de última generación, lo cual difícilmente observe un pequeño productor, con el riesgo que ello conlleva.

Niegan, impugnan y rechazan no sólo la pretensión de daños punitivos, sino también el irrazonable, injustificado, abusivo y desmesurado importe pretendido por este concepto. Remarcan que la magnitud económica de C.M.Q. en modo alguno justifica que deba transferir parte de su patrimonio al actor, sin causa alguna que lo justifique. Por último impugnan la documental acompañada a la demanda, negando su autenticidad y veracidad.

Oponen la defensa de fondo de falta de acción respecto de la demanda deducida por el actor. Afirman que las circunstancias que sostiene el actor, ya negadas, en modo alguno resultan imputables a CMQ dado que resulta material, física y químicamente imposible que en el proceso de elaboración, envasado y embotellado de gaseosas se filtre elemento extraño alguno que pueda ingresar en las botellas, que el elemento que motiva este proceso no constituye un vicio o falla atribuible a su representada, negando asimismo que este resulte lesivo ni riesgoso para la salud.

Ponen de relieve que todo los envases de vidrio que ingresan a la planta de CMQ son meticulosamente higienizados mediante equipos de alta tecnología utilizando soluciones de limpieza y desinfección a altas temperaturas, que luego las botellas son sometidas a diferentes controles de inspección, para luego continuar a través de cintas hacia la máquina llenadora, que luego se efectúa el tapado y finalmente el etiquetado.

Sostienen que la elaboración de la gaseosa se realiza con un equipo denominado mixer, de varios tanques donde se mezcla y produce el jarabe, que es conducido a la llenadora por medio de cañerías. Señalan que tanto tanques como cañerías son de acero inoxidable y que en ninguna de dichas etapas entra el producto en contacto con personal de la empresa dado que todo el proceso está íntegramente

automatizado.

Remarcan que CMQ ha certificado todo el proceso de elaboración y envasado bajo los parámetros de seguridad alimentaria e inocuidad de Lloyds Register lo que asegura que desde la materia prima hasta el producto final, esté asegurado, impidiendo que existan situaciones riesgosas o dañinas para la salud. Afirman que el hecho denunciado por el actor es ajeno a CMQ, por lo cual ésta no resulta responsable.

Ausencia de daño moral: Niegan que el supuesto hecho tenga relación de causalidad adecuada para infringir al actor "daño moral". Sostienen que la reparación de este daño exige la presencia de una aflicción seria y no tan sólo de molestias o inconvenientes, ya que no ha sido dispuesta para engrosar la indemnización por el menoscabo patrimonial. Citan jurisprudencia en este sentido.

Afirman que debe constituir una lesión, de razonable envergadura, producida al equilibrio espiritual que la ley tutela.

Remarcan que la supuesta botella nunca fue abierta ni consumida, con lo cual el hecho no supera el valladar de una molestia no indemnizable.

Citan jurisprudencia que rechaza reclamos similares al de autos.

Por último solicitan el rechazo de la suma reclamada, con costas al actor.

A continuación encaran el rubro reclamado del "daño punitivo", transcriben los conceptos vertidos por la doctrina y la jurisprudencia de Estados Unidos, país que ha hecho el mayor aporte tanto doctrinario como jurisprudencial en este tema.

Así lo definen como "multas privadas impuestas por jurados civiles para castigar conductas reprochables y disuadir su futura ocurrencia". Señalan que la finalidad del instituto es de castigo y prevención.

Que el daño punitivo no es una indemnización y posee una naturaleza accesorio, pues constituye un plus a la indemnización por los daños ciertos sufridos. Sostienen que el daño punitivo no tiene vida por sí mismo, que no existe una acción autónoma para reclamar el mismo, que deben reclamarse dentro de la acción de daños y perjuicios, y que la circunstancia de la conducta temeraria, dolosa intencional y agravante del demandado es lo que justifica su imposición.

Sostienen que es un instituto de procedencia excepcional, que la nota tipificante reside en el elemento subjetivo, que debe ser agravado, ya que la mera negligencia no es suficiente para imponerlos.

Afirman que en relación a este punto disienten con la postura sostenida por el abogado patrocinante del actor y la prestigiosa Dra. Matilde Zavala de Gonzalez, en cuanto señalan que no es necesario que medie un factor subjetivo de atribución contra el responsable, con relación específica con el hecho perjudicial, bastando una conducta objetivamente descalificable desde el punto de vista social. Señalan conforme lo sostenido por el Dr. Edgardo Lopez Herrera que funciona exactamente al revés, es la subjetividad vista desde un punto de vista de rechazo social la que hace procedente estos daños, y radica su importancia en la posibilidad que tuvo el sujeto de prevenir el hecho.

Afirman que no existiendo en el caso conducta subjetiva y agravada, no puede tener cabida la sanción requerida.

A continuación relatan los casos mas resonantes de aplicación de este instituto en los Estados Unidos, a fin de evidenciar la irrazonabilidad del planteo y lo exorbitante de la cuantificación pretendida.

Expresan que de ellos se concluye que sólo se han receptado casos extremos, graves y con daños ciertos enormes. Seguidamente analizan e interpretan el art. 52 bis de la LDC, manifestando la improcedencia en su aplicación al caso de marras. Expresan que el artículo señala que es necesario para la procedencia de los daños punitivos la configuración de incumplimientos legales o contractuales, que sin embargo tal circunstancia no es suficiente para derivar en su aplicación. Expresan que sin incumplimiento no puede haber daño punitivo, pero puede haber incumplimiento sin daño, que es lo que sucede generalmente. En consecuencia concluyen en que no existiendo en este proceso daños ciertos, y no habiendo CMQ incurrido en ningún incumplimiento legal ni contractual y mucho menos ninguna conducta temeraria, grave, ni dolosa agravada, la pretensión de daños punitivos resulta improcedente e infundada.

Asimismo afirman que de lo expuesto se desprende que la exagerada cuantificación excede toda razonabilidad e incurre en una plus petición inaceptable. Plantean excepción de plus petición por las razones expuestas.

Ofrecen prueba Documental-Instrumental, Pericial, Testimonial, Informativa. Hacen reserva del Caso Federal.

A fs. 150 toma intervención la Sra. Fiscal Civil, Comercial y Laboral de 1ra. Nominación, y emite dictámen, el cual se encuentra glosado a fs. 550/552.

A fs. 170 se provee a la prueba ofrecida por las partes. Diligenciada la misma y vencido el período respectivo, se dicta el decreto de autos. Firme y consentido el mismo queda la causa en estado de resolver.

Y CONSIDERANDO:

1) Que interpone el actor, Sr. Luis Mariano Teijeiro, formal demanda ordinaria tendiente al resarcimiento de los daños y perjuicios que dice haber sufrido cuando, el veinticuatro de Octubre de dos mil ocho, al comprar una botella de la marca "Pepsi" en un kiosco de esta ciudad - botella de vidrio de 1,25 litros, envase retornable - advierte que en su interior flotaba un cuerpo extraño. Expresa que al dejar la botella en reposo, el cuerpo comenzó a subir, haciéndose plenamente visible al llegar a la superficie, observando en ese momento que se trataba de un sobre color plateado de la marca de preservativos Prime. Lo describe como un envoltorio que en su anverso reza "Prime" y luego tiene un logo que expresa "aloe vera", "gel íntimo", con sus bordes oxigados, probablemente por la acción corrosiva de los componentes de la gaseosa. Reclama a la empresa Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. Y G. como productora, distribuidora y proveedora del producto que describe como defectuoso, alegando la existencia de una falla en la elaboración del mismo, sólo imputable a la empresa demandada. Reclama la reparación en especie, consistente en la entrega de un producto equivalente al defectuoso que adquiriera o la suma necesaria para si Cola), el que resume en las siguientes etapas: 1) Obtención y tratamiento del agua, describe que se trata de agua de pozo, potable y sometida a un proceso de purificación, que también describe. 2) Preparación de los jarabes: el que se realiza según lo regulado en el art. 986 del Código Alimentario Argentino, utilizándose agua potable, se realiza el preparado en locales separados de la sala de embotellado, donde las condiciones de higiene, orden y seguridad de estos locales cumplen con lo exigido por ley, realizándose controles Físicoquímicos y Microbiológicos de cada lote. 3) Preparación y lavado de los envases: informa que esta etapa comienza con el tratamiento de las botellas vacías que ingresan a la planta dispuestas en cajones de plásticos, que estos cajones se dirigen a una máquina desencajonadora automática, que despacha (ref: leg 4020) las botellas en una cinta transportadora que las traslada a las máquinas lavadoras, que en ellas son lavadas las botellas con agua caliente y a presión y con soluciones limpiadoras autorizadas por la autoridad sanitaria competente, y posteriormente son enjuagadas con agua potable. Que a la salida de la máquina lavadora se realizan controles permanentes para verificar el correcto

estado de los envases, descartándose aquellos defectuosos. Continúa expresando que las botellas lavadas, son transportadas por medio de cinta transportadora hasta un equipo electrónico llamado " inspector de botellas" cuyo objetivo es detectar algún defecto en la botella y/o cualquier elemento extraño que pudiese quedar alojado dentro de la botella, que por pequeño que éste sea, el equipo aparta automáticamente la botella objetada, trasladándola a una segunda cinta transportadora que la deriva a su descarte. Que desde una consola de mando pueden observarse ampliadas las no conformidades, mientras la botella es automáticamente rechazada en la línea de producción. Aclara que en ese punto realizó una prueba, se retiró una botella lavada de la cinta, se le introdujo un trozo de papel color blanco de 1cm x 1 cm., y se la volvió a colocar sobre la cinta antes del Inspector de botellas, y que su resultado fue la detección y rechazo automático de la botella. Termina diciendo que las botellas que superan este control ingresan luego a la máquina embotelladora por medio de una cinta transportadora.4)

Llenado de los envases, describe minuciosamente este proceso, durante el cual se realizan en forma permanente auditorías del laboratorio central de la planta. Manifiesta que las botellas pasan por un equipo controlador de nivel, que las que no superan el nivel de llenado, son descartadas, desviándose a otra cinta transportadora. Finalmente describe el paletizado y stockeado de los cajones. A continuación sostiene que pudo comprobar en CMQ una serie de medidas en relación al control y verificación del contenido y calidad de los productos que se envasan y luego se comercializan: alta tecnología de primer nivel mundial, meticulosidad en el cumplimiento de las normativas de Calidad, Seguridad, Higiene y Medio Ambiente, controles físicoquímicos y microbiológicos, equipos automatizados, sistema de aseguramiento de la calidad vigentes a nivel internacional. Considera que las medidas descriptas son adecuadas para un estricto control de calidad del producto y responden a las normativas vigentes (CAA) y al standard internacional. Agrega que el establecimiento se rige y se monitorea on-line según normas internacionales a través de la Estructura Central Corporativa de la Compañía Certificada por ISO 9000. Que el organismo que certificó a este establecimiento es el " National Accreditation of certification bodies", un organismo internacional de acreditación. Según datos que le proporcionan, el total de botellas producidas ronda los ochocientos millones de envases por año. Finalmente se expide en el sentido de que " dada las instalaciones, la tecnología y los controles de calidad aplicados por CMQ, " es prácticamente imposible" que se envasen botellas con elementos extraños a la gaseosa, cualquiera sea la marca, incluida la Pepsi". Se advierte que no se ha presentado pericia en disidencia, razón por la cual y ante la falta de impugnación ni prueba que la contradiga, deben ser debidamente valoradas las conclusiones expuestas. De las mismas se extrae que, confirmando las declaraciones testimoniales, la planta observa los controles de calidad adecuados y requeridos a nivel internacional, utilizando en los procesos, tanto de elaboración del líquido, como del de lavado y llenado de los envases, las reglas legales impuestas por el Código Alimentario y demás disposiciones aplicables en la materia y la planta se halla acreditada de HACCP (Análisis de Riesgos y puntos críticos de Control). A fs. 251 obra informe expedido por Lloyds Register, empresa que ante la pregunta sobre si ha certificado a Quilmes en las normas de HACCP, de control de puntos críticos de producción y de todos los riesgos, sostiene que no ha certificado a Cervecería y Maltería Quilmes SAICA Y G en HACC., que ha certificado el sistema de análisis de peligros para la seguridad alimentaria (HACCP) en la producción de algunos de los productos en algunas de las plantas de la Quilmes. Agrega que debido a que no cuentan con más información, no pueden suministrar más detalles como por ejemplo, respecto de qué productos se ha certificado información, etc., que para determinar el alcance de la certificación, necesitan conocer de qué producto se trata y en qué planta fue elaborado y tener acceso al certificado correspondiente. Con posterioridad, a fs. 544/546, obra agregado informe presentado por la misma firma Lloyds Register que manifiesta que ha certificado el sistema HACCP de la planta Córdoba de Cervecería y Maltería Quilmes SAICAY G., según el Codex Alimentarius Annex to CAC/RCP 1-1969 Rev. 4 (2003). Agrega que la aprobación quedó asentada mediante el certificado N SQA 702135, emitido el 29 de diciembre de 2006 y con fecha de caducidad el 28 de diciembre de 2009, así como mediante el certificado Nro. SAC 702135 emitido el 29 de diciembre de 2009 y con fecha de caducidad el 28 de diciembre de 2012. Informa que los puntos críticos de producción controlados y que determinan el alcance de la certificación conciernen a la " Fabricación y Envasado de Bebidas sin Alcohol y Agua Gasificada" para lo cual se utiliza una

metodología propuesta por el mencionado Codex Alimentarius y la información científica y técnica que tenga disponible Quilmes, que permite controlar riesgos para la salud del consumidor. Describe y define a continuación lo que es el Codex Alimentario. Del análisis integral de la prueba producida por la demandada, se llega a la conclusión de que la empresa demandada cumpliría con todas las reglas de control de calidad impuestas por las normas legales en la materia, teniendo asimismo la certificación correspondiente del sistema HACCP, que permite identificar peligros específicos y medidas para su control con el fin de garantizar la inocuidad de los alimentos. Es decir, la prueba avala la postura defensiva de la demandada en cuanto niega negligencia en el proceso de elaboración del producto y en el lavado de envases de vidrio, como el que diera origen al presente proceso. Sin embargo, no puede soslayarse que, frente a prueba que aparece como concluyente, se presenta otra, que resulta incontrovertible, y es el producto defectuoso incorporado al mercado consumidor, consistente en la botella reservada en el tribunal. Al respecto es de destacar la conducta procesal asumida por la demandada, quien se limita a negar el hecho, a negar que la botella, con el elemento que contiene en su interior, haya salido de la fábrica en ese estado, sin dar explicación alguna al respecto. Es decir, la prueba incorporada referida a la diligencia puesta por la empresa en el proceso de producción, observando las reglas correspondientes, realizando los controles respectivos, utilizando máquinas de última generación, capacitando a sus empleados, contrasta con el hecho incontrovertible, con la evidencia que obra reservada en el tribunal y que consiste en una botella de gaseosa marca Pepsi, con tapa cerrada, no adulterada, cuya elaboración no niega la demandada, que contiene en su interior un elemento extraño, consistente en un sobre color plateado de la marca de preservativos "Prime". La ausencia de explicación seria y válida por parte de la demandada, su postura de negar el hecho, sin dar satisfacción en cuanto a la forma en que entiende puede haber sucedido aquel, no obstante encontrarse en condiciones de hacerlo, por ser justamente el fabricante del producto, me llevan a concluir en que, no obstante la prueba a que hiciera referencia y la valoración que cabría hacer de la misma, ha existido en el proceso de llenado de los envases de vidrio retornable, una falla que a mi entender implica una negligencia que califico de grave. Sin lugar a dudas ha habido en la cadena de producción (quizás más concretamente en el lavado de las botellas retornables) una falla que implica o denota una negligencia que entiendo grave. Frente al reclamo por daños punitivos, encontrándonos en el campo de la responsabilidad subjetiva, se requiere la prueba de la negligencia del fabricante, difícil de probar, estando por ende obligadas las partes litigantes a contribuir al esclarecimiento de lo que realmente sucedió, sobre todo aquella parte que, conforme el principio de la carga dinámica de la prueba, se encuentra en mejores condiciones de hacerlo. El daño punitivo es una multa o pena privada, siendo el factor de atribución subjetivo y agravado. En este caso particular, la demandada se ha empeñado en probar la seguridad del producto, sin que su fatiga probatoria se encaminara a dar una explicación satisfactoria de la causa de la puesta en el mercado de un producto defectuoso. Ello nos lleva al convencimiento de que existió una falla y que la falta de limpieza adecuada posibilitó que se introdujera y permaneciera en el interior de la botella, puesta en el mercado de consumo, un elemento que puede o no ser nocivo para la salud. Atento no haber sido abierta la botella, este punto, es decir si el elemento es perjudicial o no para la salud del consumidor, no se encuentra en discusión, ni ha sido motivo de debate. Sin embargo, me pregunto si no podría suceder que se filtrara o introdujera en una botella un elemento claramente nocivo para la salud de una persona y que debido a su deficiente lavado llegara con aquel en su interior, con el consiguiente daño potencial para el eventual consumidor. Es decir, un deficiente lavado de un envase retornable, implica una conducta, por parte de la embotelladora, absolutamente negligente y que potencia la posibilidad de producir daño, al no existir un control estricto de lo que lleva dentro el producto que se introduce luego 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, reitero, podrían ser eventualmente nocivos para la salud del consumidor. Es por ello que considero justificada la pretensión del actor en cuanto a la imposición de una multa que tenga el efecto de prevenir daños, disuadiendo conductas ilícitas, antijurídicas, futuras. Si bien, no puede hablarse de malicia, ni fraude, considero que ha existido una negligencia culpable que demuestra indiferencia por los intereses ajenos y que permite calificarla de grosera. Esta conducta se ha manifestado asimismo en la actitud procesal de negar el hecho, sin dar satisfacción alguna a la actora, en cuanto a explicar la

causa de tamaña infracción, demostrando total indiferencia por las consecuencias de una conducta que a todas luces aparece como negligente o desaprensiva y reñida con las claras disposiciones legales de protección a los derechos del consumidor.

Una vez determinada la procedencia de la aplicación de los daños punitivos, surge el serio problema de determinar el monto de los mismos. El actor reclama la suma de pesos Dos millones, a la que se opone terminantemente la parte demandada, entendiendo que la misma "excede toda razonabilidad, incurriendo en una inaceptable pluspetición.". Es importante dejar establecido, en este punto, que la indemnización por daños punitivos se justifica en el carácter de la conducta desplegada por el demandado y no en el daño inferido a la parte actora. Respecto de la graduación se ha entendido que depende de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, en referencia a la posición del dañador en el mercado, la cuantía del beneficio que hubiere obtenido con su accionar, el grado de intencionalidad, gravedad del riesgo, conducta reincidente y generalización de la falta. La ley no establece criterios a seguir en lo que respecta a la relación que deba existir entre condena indemnizatoria o compensatoria y la punitiva. La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en " State Farm v. Campbell " determinó que " rara vez una condena punitiva que sea diez veces más grande que una compensatoria será razonable y por ende no violatoria del debido proceso. Es decir, que bien podría el juez imponer una condena que sea, por ejemplo, el 20% de la condena compensatoria o común, o del doble o el triple. El único límite que la ley le ha puesto es el valor de la infracción del art. 47, inc.b, que se fija en \$ 5.000.000". (Lopez Herrera. Ob. Cit. Pág.369). A la hora de cuantificar la condena por daños punitivos, se deben atender a las circunstancias o aristas que revista el caso, tales como ganancias o beneficios obtenidos con su conducta, la reprochabilidad de ésta y la situación económica del demandado, ya que su nivel o poderío económico debe guardar relación con el monto de la condena. No debe perderse de vista que esta sanción cumple una función, además de sancionatoria, disuasiva y ejemplificadora frente a otros productores de bienes o servicios. La ley remite en este punto de la determinación del monto, a la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, lo que es de una gran vaguedad e imprecisión. Al respecto se ha entendido que frente a tal imprecisión, deben tenerse en cuenta las pautas que determina el art. 49 LDC, cuando establece la graduación de las sanciones administrativas que prevé el art. 47, debiendo tenerse en cuenta el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario, la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, y las demás circunstancias relevantes del caso. Cabe analizar, a las luz de las pautas mencionadas, el monto reclamado en concepto de multa civil, de pesos Dos millones. Entiendo al respecto, que en el caso que nos ocupa resulta relevante evaluar la conducta desplegada por el empresa productora de la gaseosa, los riesgos que de ella se derivan, el lucro indebidamente obtenido y su situación económica en el mercado consumidor. Respecto a la conducta, ya me he pronunciado sobre su reprochabilidad, atento negar responsabilidad en el hecho, negar que el elemento haya ingresado afuera o adentro de la fábrica, que haya ingresado antes o después del llenado del envase y que haya estado en el envase al tapado de la botella. Es importante destacar que según certifica el tribunal y corrobora el perito oficial, la botella se encuentra cerrada, " tapa rosca cerrada de fábrica con número de identificación.". No obstante esta evidencia, la empresa se limita a negar responsabilidad en el hecho y despliega actividad tendiente a probar que en el proceso de elaboración y embotellado del líquido cumple con todas las normas impuestas por el Código de Alimentación y los controles de calidad correspondientes. Sin duda, no resulta suficiente, se impone una explicación que satisfaga y aclare el origen, la causa de la existencia del elemento introducido en la botella y su permanencia en la misma al ser ésta introducida en el mercado consumidor. De lo contrario, no se puede sino concluir en que existen fallas, vicios en el proceso de limpieza de la botella, lo cual implica un grave riesgo para la salud de los consumidores, ya que permite vislumbrar la posibilidad de que dentro del envase se introduzcan elementos potencialmente nocivos. Se trata de botellas que contienen un líquido destinado a ser ingerido, por lo que se deben extremar los recaudos destinados a evitar defectos que puedan ser potencialmente nocivos para la salud de los consumidores. La ausencia de explicación racional alguna, que se impone ante la evidencia del producto defectuoso y ante el reconocimiento por parte de la empresa de producir y

elaborar esta gaseosa Pepsi, a mi entender, supone una postura de indiferencia o desinterés por el derecho de los terceros consumidores o usuarios de los productos por ella introducidos en el mercado. Esta indiferencia unida a lo que entiendo es una prueba terminante de que la actividad que despliega la empresa en el proceso de elaboración de la gaseosa y su embotellamiento, contiene fallas, vicios, concretamente en el lavado de las botellas retornables, ameritan calificar su conducta como de una negligencia grosera, desaprensiva y culposa. Establecida la negligencia en el control de calidad del proceso, el lucro indebidamente obtenido está constituido, sin dudas, por el ahorro en costos de producción, al evadirse controles necesarios para evitar vulnerar derechos ajenos. En cuanto a la posición económica de la empresa CMQ en el mercado, es por todos conocida, en cuanto a su importancia en la comercialización de los productos que elabora. La propia empresa en su contestación de demanda reconoce su "envergadura económica" se "enorgullece de ser una gran empresa de 118 años de antigüedad que invierte y apuesta fuertemente en el país, con gran protagonismo en el mercado, siendo a su vez una de las mayores empleadoras privadas del país", aunque sostiene que la suma reclamada es irrazonable e injustificada. Atento ser una de las pautas a considerar, en la determinación del monto de esta multa, la parte actora ofrece prueba tendiente a acreditar el nivel económico de la Cervecería Quilmes, consistente en declaraciones juradas de impuesto a las ganancias correspondientes a los años dos mil ocho y siguientes, y copias de balances (estado de resultados) certificados por el Concejo de Ciencias Económicas, correspondientes a los años dos mil ocho y siguientes, donde constan tanto la ganancia bruta como la neta de cada ejercicio. Si bien el tribunal proveyó a esta prueba favorablemente, designando audiencia a los fines de la exhibición de dicha documental, ante la oposición de la demandada, quien recurriera el decreto, el tribunal lo revocó por resolución que quedó firme. En esta resolución se meritó la prohibición legal de exigir en juicio la exhibición de las declaraciones juradas que se presentan ante la AFIP, salvo renuncia expresa del interesado (Según jurisprudencia de la C.S.J.N.) y respecto de las copias de los balances la prohibición legal de trasladarlos al lugar del juicio, cuando se hallaren fuera de la residencia del tribunal. La férrea oposición de la demandada unida a la prohibición legal, impidieron la producción de una prueba que resultaba determinante de la capacidad y poderío económico de la empresa, aunque, como ya se expresara, y se encuentra reconocido por la misma, es de gran importancia en el mercado consumidor. Esta carencia probatoria me impide justificar una disminución en el monto solicitado de pesos dos millones, que según la demandada resulta irrazonable por excesivo. No encuentro parámetro que me indique que el monto reclamado, es realmente injustificado y exagerado. Alega la demandada que existe plus petición, sin embargo no da razones ni acompaña prueba tendiente a acreditar sus dichos y por el contrario se opone a su producción. En definitiva y no encontrando razones suficientes que justifiquen apartarme de la suma reclamada, entiendo la misma procedente, y ese sentido me pronuncio. A mérito de lo expuesto deberá condenarse a la empresa demandada a abonar al actor la suma de pesos Dos millones en concepto de daños punitivos. El argumento de la demandada referido a que en caso de hacerse lugar al reclamo existiría un enriquecimiento sin causa a favor del actor, no resiste el menor análisis, ya que la procedencia de la condena a favor del consumidor surge de la clara disposición del art. 52 bis L.D.C. La ley es terminante al respecto, no obstante que existen posturas doctrinarias encontradas al respecto, que consideran que esta multa civil no debió ser fijada a favor del consumidor, sino destinada a un fondo especial, y otras que adoptan una posición mixta, considerando que debe por lo menos destinarse una parte importante al consumidor, ya que de lo contrario se desalentaría a los damnificados a iniciar demandas por la multa civil.

IV) COSTAS: Atento a que la demanda prospera en su totalidad, se imponen a la parte demandada, por estricta aplicación del principio objetivo de la derrota. (art. 130 del C. de P.C.), debiendo regularse los honorarios de los Dres. Rodolfo Gonzalez Zavala y Arturo Echenique (h.), en conjunto y proporción de ley, tomando como base el monto de condena y aplicando a la misma el porcentaje correspondiente a dos puntos sobre el mínimo de la escala del art. 36 de la ley 9459. Por lo expuesto y normas legales citadas,

RESUELVO: 1) Hacer lugar a la demanda interpuesta por Luis Mariano Teijeiro ó Teigeiro y en

consecuencia condenar a Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. Y G., I) a entregarle una botella de gaseosa marca Pepsi, condena que podrá hacerse efectiva sobre la que se encuentra depositada en el tribunal, II) a abonarle en el término de diez días la suma de pesos Un mil quinientos en concepto de daño moral y la suma de pesos Dos millones en concepto de daños punitivos, bajo apercibimiento de ley.

II) Imponer las costas a la parte demandada.

III) Regular los honorarios profesionales de los Dres. Rodolfo M. Gonzalez Zavala y Arturo J. Echenique (H) en conjunto y proporción de ley, en la suma de pesos Trescientos veinte mil (\$ 320.000).

PROTOCOLICесе, HAGASE SABER Y DESE COPIA.