

EXPEDIENTE: 6035084 - S.E.O.C/ TADICOR S.A. Y OTRO - ABREVIADO - COBRO DE PESOS

SENTENCIA NUMERO CIENTO CINCUENTA Y UNO

Córdoba, 23 de abril de 2018.-

Y VISTOS

Estos autos caratulados: **“S., E.O. C/ TADICOR S.A. Y OTRO ABREVIADO COBRO DE PESOS” (N° 6035084) (iniciado el 07-08-2015)**, en los que a fs. 1/19 comparece el Sr. E.O.S. inicia demanda ordinaria en contra de las empresas Tadicor S.A. e Industria Alimenticias Mendocinas S.A. a los fines que oportunamente previo los trámites de ley y en base a las circunstancias de hecho y jurídicas que se expone infra, se condene a las demandadas al pago de los rubros que se discriminan más adelante, con los intereses y las costas.-

Que el día sábado 11 de Julio de 2015 se dirigió acompañado de su pareja Noemí Guadalupe Muñoz y una amiga de ella Sra. Elizabeth Toettli al Hipermercado TADICOR, ubicado en Av. Monseñor Pablo Cabrera esquina Circunvalación de la ciudad de Córdoba, a hacer la compra semanal de su casa. Como de costumbre esas compras incluyen los alimentos y productos de necesidad para su familia. A las 18:31 horas de ese día, pasa por línea de caja para abonar los productos, pagó la suma de \$2.943,51 conforme ticket de compra 00088466. Entre los productos comprados (casi la totalidad son alimentos) uno de ellos fue una botella de salsa de tomate marca ALCO – GRUPO CANALE. La marca que compra siempre. Ese mismo sábado a la noche se disponía a cocinar unos fideos secos con salsa de tomate para su pareja y su amiga. En plena preparación de los elementos de cocina, agarra la botella de salsa que había sido guardada en un estante de la alacena de su cocina (a la altura de la cabeza) y ve algo “raro” en el interior de esa botella. Comienza a observar la botella a través del vidrio girándola para distintos lados y definitivamente confirma que en su interior hay algo “anormal”. De aspecto era chato y tenía un diámetro similar, pareciendo una “tripa” o un “hongo”. Pero la verdad desconoce qué es realmente. Tampoco sabe si es nocivo a la salud en caso que hubiera ingerido parte de la salsa contenida en esa botella sin advertir la existencia de ese elemento raro. En fin, son múltiples las hipótesis. Lo que sí sabe es que ver esa botella e imaginar una salsa de tomate es muy desagradable. En esa situación, envolvió la botella en una bolsa y la dejó en la alacena en un lugar fuera del alcance de la vista. Esa noche no cenaron. La visita (la amiga de su pareja) se fue a su casa. su pareja y yo tomamos unos mates. Después de ver “eso” no había más hambre...Lo que se le venía a la cabeza era

cuán costumbre era en nuestra familia comer una pastas con salsa de tomate marca ALCO – GRUPO CANALE. Era un plato común porque es muy fácil de preparar y fundamentalmente económico para una familia. En 15 minutos y por un valor de \$40 (cuarenta pesos) aproximadamente se pueden preparar unos fideos secos con salsa para una familia. Imaginaba y pensaba si inadvertidamente hubiera preparado e ingerido parte de esa salsa de tomate. El solo volver a imaginarlo le produce náuseas. Imaginar qué infinidad de veces uno ingiere alimentos envasados en los que no se trata de un líquido puro (como sería una gaseosa) sino de un líquido espeso con tratamiento (en este caso tomate triturado, aunque desconoce si en el proceso le agregan otros ingredientes) y que en definitiva los consumidores ignoran cómo ha sido elaborado, y la verdad es que inconscientemente confían en el producto. Por ello las marcas son las que distinguen los productos y, al menos él, compra productos de las marcas que conoce y en las que confía. Pero la realidad es que como consumidor está “ciego” porque desconoce la verdadera procedencia del producto que compra. El sistema y el comportamiento de la sociedad los hace confiar en que no tendrán problemas al punto de comprar e ingerir alimentos sin siquiera pensar de donde vienen. Compra esas marcas porque en experiencias anteriores ha tenido un resultado satisfactorio, sea porque el producto tenía “buen aspecto” o el resultado final fue una “buena comida”. En la ignorancia del consumidor se guían por ese tipo de patrones para definir la compra de un producto de determinada marca, confiando en que el producto ha sido elaborado en cumplimiento de todas las normas bromatológicas y que la fábrica donde se elabora el producto es un lugar “modelo” y ejemplar por sus condiciones de limpieza y aseo. Confían en que las fábricas cumplen todas las normas de calidad para evitar la transmisión de enfermedades a través del consumo de los productos que se elaboran. Todas esas hipótesis son supuestos que para ser honesto desconoce en absoluto. Ni siquiera sabe dónde queda verdaderamente la fábrica en la cual se elaboró este producto. Este hecho le ha hecho tomar consciencia de cuán “confiados” son. En un supermercado, almacén o kiosco respecto cada producto que se compra la realidad es que no se tiene la menor idea acerca de las condiciones del lugar dónde fue elaborado. Simplemente se compra el producto y se lo ingiere, empeñando nuestra salud, credibilidad y confianza a favor de la empresa que lo elabora. Se pregunta si está mal confiar acaso. Y concluye que no tienen como consumidores otra alternativa. No resultaría lógico que como consumidores tengan el deber de analizar minuciosamente el producto adquirido para corroborar que su ingesta no les haga daño. Ni hablar de los productos cuyo contenido no puede ser observado a través del envase. Dijo anteriormente que desconoce de qué se trata esa “rareza” que se encuentra dentro del envase, pero independientemente de ello y conforme las características del hallazgo, fundamentalmente por su tamaño, esto solo pudo ocurrir por una falla adentro de la fábrica que lo elabora. Esa “rareza” y fundamentalmente por su tamaño demuestra que el hecho sólo pudo ocurrir por una grave falla en los controles de higiene, bromatológicos y/o de calidad de la fábrica que elabora el producto. El envase del producto es de vidrio aunque no se trata de un envase “retornable” sino de un envase sin uso. Si bien no es

relevante a los fines de determinar responsabilidad el momento en el cual ingresó la “rareza” al envase, siendo el factor de atribución que el producto fue envasado con esa “rareza” en su interior y que el hecho que la botella no tenga uso lleva a presumir que (en el proceso de fraccionamiento) ingresó al envase juntamente con el producto (la salsa de tomate) pudiendo haber “contaminado” otros envases. El hallazgo de una rareza dentro de un envase de alimento exterioriza de forma evidente un absoluto y ostensible incumplimiento de las normas de control de calidad. Por otra parte, independientemente que se demuestre (por las características del elemento extraño) que la “rareza” se introdujo adentro de la fábrica en el proceso de elaboración, no puede el comerciante TADICOR S.A. desentenderse de su responsabilidad de control señalando el error de la fábrica. El hipermercado TADICOR S.A. además de ser materialmente el último que manipuló el producto, son sus dependientes quienes se encargan de la puesta del producto en góndola y quienes tienen el deber de verificar que el producto se encuentre en condiciones para ser comercializado así como que no se encuentre vencido. TADICOR S.A. es responsable de comercializar mercadería en buenas condiciones. El simple hecho que la mercadería que comercialice haya sido elaborada por terceros no lo exime a TADICOR S.A. de su responsabilidad de controlar (al menos en apariencia) la condición del producto que coloca en sus góndolas. El hipermercado no puede delegar en el consumidor final esa tarea. El personal del hipermercado es quien recibe la mercadería, quien debe custodiarla en lugar y condiciones adecuadas, quien se encarga de colocar la misma en góndola, quien controla el stock y verifica que los productos no se encuentren vencidos. No puede excusarse el comerciante diciendo que sólo vende los productos que compra y que toda responsabilidad es del fabricante puesto que ellos también deben realizar la tarea de control sobre los productos. El fabricante infringe las normas del Código Alimentario; y a su vez los demandados (ambos) violan abiertamente el régimen del consumidor en el que se exige que los productos “...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...” (art. 5).-

Si bien desconoce la existencia de una conducta temeraria o maliciosa en el caso particular, realmente es difícil imaginar que alguien pudiera intencionadamente introducir un elemento extraño y asqueroso a un envase de alimento con la posibilidad de ocasionar un daño a un tercero, no puede pasar por alto que el hecho ocurrido revela un desinterés o indiferencia en el cumplimiento de las normas de calidad con que los alimentos salen de la fábrica y son puestos en el comercio para el consumo de terceros. El incumplimiento de una norma legal es una conducta reprochable y sancionable. Pero nadie razonable incumple una norma legal sino obtiene un beneficio a su favor; y a su vez la sanción por el cumplimiento no es en beneficio de la ley sino en virtud del perjuicio o la repercusión social que dicho incumplimiento provoca. En el caso particular el fabricante al no cumplir con las más elementales normas de calidad (al punto de existir un elemento “raro” de significativo tamaño en el interior de un envase de un producto

alimenticio) y el comerciante al no cumplir con el más mínimo control de la mercadería que pone en venta, exteriorizan un ínfimo o nulo control del producto en el proceso de elaboración hasta su puesta a la venta en la etapa final. Ello refleja un beneficio económico a favor de los demandados que en pos de obtener una mayor ganancia desprecia su obligación de controlar en forma rigurosa el cumplimiento de normas de calidad y control del producto que se pone a la venta. Cumplir las normas de calidad en forma rigurosa tiene un costo para el fabricante y controlar los productos representa un costo adicional para el comerciante. No cumplirlas implica el beneficio de evadir el pago de esos costos para obtener una rentabilidad mayor. Esta conducta demuestra una ostensible indiferencia respecto los derechos y salud del consumidor. El beneficio resulta más notorio en el fabricante, pero también ocurre con el comerciante puesto que cumplir rigurosamente con el control de la mercadería es más costoso que no cumplirlo o que cumplirlo inadecuadamente, por ello la conducta del comerciante también es reprochable. Aunque desconoce cómo verdaderamente se produjo el hecho, no está en su ánimo adherir a una conducta “siniestra” llevada a cabo por los demandados. Sin perjuicio de ello afirma que la conducta de los demandados es “siniestra” porque el incumplimiento de las normas de control de calidad lo fue en pos de un mayor beneficio económico. Puesto que de haberse cumplido rigurosamente las normas de calidad el hecho aquí narrado no hubiere ocurrido. La conducta es “siniestra” porque el elemento hallado dentro del envase, además de ser desagradable, podría ser nocivo para la salud. La existencia del producto (salsa de tomate) con un elemento “raro” (desagradable) en su interior exterioriza una conducta grave e inexcusable de los demandados.-

Refiere que el día 22 de Julio del 2015, se presentó con el envase de salsa de tomate ante la Escribana Gabriela Pogostking a efectos de dejar constancia mediante acta notarial del hecho en cuestión. Ante la funcionaria pública procede a introducir la botella de salsa de tomate dentro de una bolsa Ziploc con doble cierre y a su vez la cerró con un precinto inviolable negro con una clave amarilla que dice A11A. Manifestando que conservará el producto en lugar fresco y seco hasta tanto pueda reservar el envase en la Secretaría del Tribunal. De todo ello consta en escritura N° 81 Folio 218 de fecha 22/07/2015 de escribana Pogostking, adscripta al registro notarial número 6.

En virtud de los hechos expuestos procede a exponer y concretar ante el Tribunal lo que en definitiva es el objeto de la demanda, a los efectos de que previo los trámites de ley oportunamente se los condene a satisfacer los reclamos que se describen, justifican, fundan y cuantifican infra. Cuyos rubros son: 1) La suma de pesos diecinueve con ochenta y nueve centavos (\$ 19,89) en concepto de daño material. Esto es la restitución del monto abonado por el producto. Con más sus intereses desde la fecha de compra hasta su efectivo pago; 2) La suma de pesos cinco mil (\$5.000) en concepto de daño moral con más sus intereses desde la fecha de la demanda hasta su efectivo pago; 3) Se aplique a las demandadas sanción punitiva (multa civil) a su favor, conforme lo prevé el artículo 52 bis de la ley F-1884 según el nuevo Digesto Argentino (antes ley 24.240), por la suma equivalente al momento de la condena al

valor de seiscientos cuarenta jus (hoy equivalente a \$249.658) con más sus intereses en virtud de su conducta desplegada. Más adelante doy los motivos que justifican la pretensión en jus. Asimismo hace expresa reserva de ampliar la suma cuantificada en concepto de daño punitivo (multa civil).

Conforme los hechos que se narran supra, vienen por el presente a aclarar que la presente demanda se entabla en contra de la fábrica Industria Alimenticias Mendocinas S.A. que elabora el producto y del hipermercado Tadicor S.A. en el que se adquirió dicho producto por las siguientes razones:

El producto fue elaborado por Industria Alimenticias Mendocinas S.A. conforme surge de la etiqueta del propio producto. Asimismo el producto tiene un elemento extraño en su interior que de modo inequívoco supone que dicho elemento se introdujo en el proceso previo al envasado y sellado final del producto. Es decir dentro de la fábrica y salió de allí al mercado con dicho elemento extraño en su interior. Por otra parte, el producto fue adquirido en el hipermercado Tadicor S.A., siendo éste el último que manipuló dicho producto antes de ser comprado. La realidad es que desconoce el origen y de qué se trata el elemento que se encuentra adentro del envase. Incluso se podría desechar la hipótesis sugerida por esta parte en el párrafo anterior si de la prueba pericial técnica de alimentos (que en la etapa procesal oportuna se llevará a cabo) se determina que dicho elemento extraño no se trata de una “cosa” que se introdujo al envase durante la elaboración sino de una formación “genuina” en el interior del envase producto de su incorrecta manipulación. Que en caso de demostrar el fabricante un eximente quedaría la responsabilidad en cabeza del comerciante.

Por estos motivos es que tiene razones para litigar contra ambos: el comerciante y el fabricante, no resultando prudente en esta oportunidad y conforme las circunstancias explicadas dirigir la presente acción en contra de uno sólo. Asimismo el artículo 40 de la ley 24.240 de defensa del consumidor que reza: *“Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena.”* La norma expresa con claridad la responsabilidad solidaria de ambos con respecto al consumidor, sin perjuicio de las acciones de repetición que corresponden. Siendo (en ésta acción) ambos responsables por lo sucedido a menos que demuestren de forma fehaciente que la causa del daño le ha sido ajena.

Los fundamentos que motivan su petición resultan obvios: es la solicitud de devolución del monto abonado por la compra de un producto alimenticio con un objeto extraño y desagradable en su interior que no reúne las condiciones normales para su consumo pudiendo provocar un daño a la salud.

En cuanto al daño moral , se trata de una responsabilidad extracontractual por hecho ilícito. Acreditación “in re ipsa”. Se reclama por la suma de pesos cinco mil (\$5.000) en concepto de reparación de daño moral padecido como consecuencia del desagrado que ha padecido la parte actora. La más calificada doctrina local dice: “...*el daño moral es una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquél en que se encontraba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial*”, asimismo dice la Jurisprudencia: “*La noción de daño moral se halla vinculada con el concepto de desmedro extrapatrimonial o lesión en los sentimientos personales, en las afecciones legítimas o en la tranquilidad anímica*”. Entendemos el daño moral como un agravio a la paz interior del ser humano. Es claro que el daño moral, en cuanto se trata de una 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 perturbación espiritual en una persona.

Encontrar en el interior de una botella de alimento de las características de una salsa de tomate (espeso, color rojo, viscoso) un elemento cuya apariencia no permite identificar de qué se trata (parece una tripa) es un evento ostensiblemente desagradable. Quiere remarcar que la reacción y desagrado que produce encontrar la “rareza” que ocurre en este caso y en el producto que se trata (salsa de tomate) se distingue de otros casos en que se encuentra un elemento indebido dentro de otra clase de producto. Es decir no en todos los casos (el hecho de encontrar un elemento extraño dentro de un producto) se produce el mismo efecto de desagrado. En el caso particular, puede afirmar que por un tiempo considerable, que no puede determinar en este momento, no va a volver a probar una salsa de tomate. Ninguna de ninguna marca. También puede afirmar que el día que vuelva a comprar una salsa de tomate no sólo va a chequear el interior desde el exterior del envase, sino también va a chequear (en su casa) el interior del producto. Es tal la desconfianza que se ha generado que de otra forma no consiente volver a probar ese alimento. El sólo hecho de imaginarse abriendo el producto en su casa para chequear que se encuentra “limpio” y encontrar algún otro elemento raro se produce un desagrado que cree que (de solo imaginarlo) va a seguir con la misma postura de no consumir ese producto. No encuentra ninguna anormalidad en esta conducta que ha adoptado. No se trata que sea “especial” o muy “susceptible”, sino que la experiencia vivida no la va a olvidar. Puede afirmar que de acá a 20 años cuando compre una salsa de tomate se le va a venir a su imaginación en ese momento la situación narrada en esta demanda.

Es razonable que si esa experiencia le hubiera ocurrido a cualquier otra persona adopte la misma actitud. Esa alteración generada en su ánimo tiene entidad suficiente para admitir el resarcimiento por la lesión moral provocada. Entiende por otra parte que el daño moral que se reclama se trata de la afectación derivada de la faz extracontractual por hecho ilícito, da razones: Si bien la relación entre el consumidor (actor) y proveedor (demandado) es definitivamente contractual, eso no implica que toda cuestión derivada en la relación

entre las partes se desarrolle en el ámbito contractual. En primer lugar se debe remarcar que el hecho que ha generado el daño que se reclama es concretamente la compra de un producto que no se encuentra en condiciones de ser consumido por la existencia de un elemento desconocido y desagradable en su interior. Por otra parte, se sabe que el artículo 5 L.D.C. prescribe el deber del proveedor o fabricante de proveer los productos suministrados en forma tal que utilizados en condiciones previsibles o normales, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores. Asimismo la protección del consumidor y el derecho en la relación de consumo a la protección de su salud se encuentra receptada en el artículo 42 de la Constitución Nacional. Todas estas normas especiales han sido “abiertamente” violadas por los demandados.

Siguiendo este orden de ideas, conforme el artículo 1717 del Código Civil y Comercial Argentino (Ley 26.994) que reza: “*Antijuricidad. Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada.*” (Recordemos que en el caso particular el nuevo Código Civil y Comercial es de aplicación inmediata conforme art. 7, 3er párrafo). Es por ello que entiende que la cuestión queda comprendida dentro de la órbita de la responsabilidad extracontractual. En el presente caso el daño resulta acreditado “*in re ipsa*” por el desagrado y afectación moral que es consecuencia del incumplimiento de una obligación legal (normas de calidad y ley de alimentos) por parte de las demandadas. Dice la reciente jurisprudencia local “*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. “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.” (Doctrina Judicial. Solución de casos. I. Alveroni Ediciones. Pág. 201.)*”

En lo que se refiere al daño punitivo, señala que debe hacer referencia a este importantísimo instituto que fuera incorporado en la última modificación de la ley 24.240. La incorporación del 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".

El daño punitivo son “*sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que está destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro*”.

Citando doctrina especializada refiere que mediante la sanción punitiva “*...se persigue una disuasión a partir de una pena pecuniaria, en donde el agente dañador del consumidor no sabrá (de manera anticipada) cuál será su extensión económica. Tal*

cuantificación dependerá de factores individual y concretamente valorados y, muchas veces, tendrá como finalidad esencial su imprevisibilidad. Justamente, es esta inseguridad la que fundamenta la eficacia preventiva de la figura punitiva. El responsable, al no tener pautas claras en cuanto a su aplicación y extensión, no “arriesgará” una conducta dañosa por temor a abonar daños punitivos por montos “extraordinariamente elevados”, que no tienen estricta relación con los perjuicios producidos. Recientemente, un tribunal del Estado de Alaska aplicó por veredicto del jurado, una suma sin precedentes en una causa sobre daño ambiental, en concepto de daños punitivos (5.000 millones dólares) incrementando así el rubro compensatorio (200 millones de dólares). La condena recayó sobre la Exxon Corp., a favor de pescadores y habitantes de aquel Estado, por la contaminación de las aguas del mar en la Bahía Prince Williams frente a las costas de su territorio, provocando un cuantioso derrame de petróleo de un buque cisterna de aquella empresa durante 1989. Se consideró que aquella suma fijada sobre la capacidad financiera de la demandada, independientemente del monto real de los perjuicios, sería suficiente para modificar su comportamiento.”

Agrego en la cita doctrinaria el comentario de la condena en contra de Exxon Corp. no porque sea similar al caso de autos sino por una frase que creo que tendríamos que resaltar y que resume la finalidad de este instituto, cuando dice que aquella suma fijada “...sería suficiente para modificar su comportamiento...”.

La frase resulta por demás elocuente. Precisamente este instituto no busca un resarcimiento económico, se entiende que la conducta (u omisión) del agente no tiene entidad suficiente como para reflejar un reclamo económico de gran importancia, pero por resultar (su conducta u omisión) una violación a ciertas exigencias legales que le son impuestas se sanciona con una multa civil de verdadera importancia no para el consumidor sino para el proveedor, cuya finalidad es persuadirlo para modificar su comportamiento.

Nuestro régimen ha previsto (siguiendo la misma línea política del derecho comparado) la multa a favor del consumidor convirtiéndolos en verdaderos “fiscales” del cumplimiento de la ley. 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.

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 mecanismos de control de sus productos.

Es riesgoso que una empresa que elabora alimentos saque al mercado productos “contaminados” o con elementos extraños en su interior, más aún si tales elementos son susceptibles de provocar un daño a la salud; y que el comerciante ponga a la venta ese producto pudiendo haber evitado esta situación si tan sólo hubiese realizado la más elemental tarea de control.

Este nuevo régimen tiene una finalidad preventiva que los jueces pueden y deben desempeñar, implica un cambio cultural de suma importancia que el legislador ha

sancionado y que los jueces se deben adecuar cambiando la mentalidad al momento de resolver estas cuestiones.

Pues son los jueces los protagonistas decisivos para concretar un verdadero cambio de la cultura empresarial. El Juez 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 y que los incumplimientos reciban una sanción judicial.

En la XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil se dijo respecto la nueva reforma: *“La finalidad que se persigue con este tipo particular de sanción no es sólo, castigar aquel grave proceder, sino también prevenir –ante el temor que provoca la multa- la reiteración de hechos similares en un futuro. También contribuye –como sostienen varios autores- al desmantelamiento de los efectos de ciertos ilícitos. La idea es que “frente al riesgo de sufrir la sanción, deje de ser económicamente atractivo enriquecerse a costa de vulnerar derechos ajenos”.*

Dicho esto, debo justificar el monto reclamado en este rubro. No puedo pasar por alto lo difícil que resulta cuantificar este rubro, ello se da porque no existe ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia ni en la ley parámetros claros y objetivos que determinen la forma de cuantificar este rubro. La ley sólo marca un tope en el artículo 47 inciso b): la suma de cinco millones de pesos. Eso es el máximo. Por ello cada caso debe analizarse particularmente para determinar su cuantificación.

En el caso particular el parámetro de cuantificación debe ser la envergadura de la empresa que elabora el producto y el comerciante que lo vende. Esto es porque el valor del producto en sí o la relación con el daño moral padecido no reflejaría la finalidad por la cual el legislador creó el instituto del daño punitivo: esto es evitar que las empresas reiteren su conducta.

El monto reclamado si bien puede no resultar significativa para las empresas accionadas, sin duda resulta apropiada para sostener el carácter preventivo y disuasivo de la multa que se debería traducir en la búsqueda constante por parte de las demandadas de mejorar el sistema de control automatizado y los controles humanos para eliminar las fallas en la elaboración y de la puesta en venta de los productos de consumo, preservando así la salud y la seguridad de los consumidores y la sociedad en general.

Negar (en el caso particular) la procedencia del daño punitivo es admitir que los productos alimenticios que compramos puedan “cada tanto” contener algún elemento extraño (quizás nocivo para la salud) y que ello debe ser soportado por el consumidor. Tal presupuesto es inaceptable.

Se podrían elaborar múltiples argumentaciones dogmáticas (como ya ha ocurrido en casos similares en la Justicia de Córdoba) para justificar un rechazo a la procedencia del daño punitivo, pero en definitiva el mensaje es una licencia a favor de las empresas que fabrican alimentos autorizándoles a incumplir pautas elementales de calidad y de protección a la salud de los consumidores y al comerciante a eximirlos de la más

elemental tarea de control autorizándole a poner en venta los productos en cualquier estado y condición.

La aplicación de la sanción punitiva en el caso de autos es probable que signifique, al menos, un llamado de atención para la empresa quien pondrá su esfuerzo en evitar que un hecho similar suceda y tener que pagar una sanción similar por ello.

Por esta razón la multa civil prevista en la ley es el único remedio capaz de evitar que estas conductas se reiteren en el futuro, de lo contrario seguirán ocurriendo y las consecuencias pueden ser mucho más graves.

Que la petición de que sea en la condena en jus en relación al rubro daño punitivo el hecho que la condena prevista en el art. 52 bis LDC no conlleva la respectiva actualización de intereses a diferencia de lo que ocurre en los restantes rubros de reclamos (daño material, daño moral, etc.) en los que el monto demandado se actualiza con intereses desde la fecha de su petición o desde que ocurrió el hecho hasta su efectivo cobro. Si bien se entiende (al menos para gran parte de la doctrina) que la multa civil prevista en el art. 52 bis LDC implica una sanción no susceptible de actualización por intereses porque no se trata (a diferencia de los otros rubros referidos) de una recomposición económica, no puede perderse de vista lo que ocurre en nuestro país con la moneda y la depreciación de su valor. Tal situación nos lleva a tener que buscar mecanismo en pos de obtener soluciones judiciales justas. Lo que pretende es remarcar algunas consecuencias que pueden surgir si no se prevé un mecanismo correcto para la aplicación de dicho instituto (daño punitivo). Las consecuencias que refiere son, a modo de ejemplo, que los condenados a pagar una multa del rubro previsto en art. 52 bis LDC, estarían alentados a dilatar la efectiva ejecución de la sentencia mediante recursos e incidentes de toda clase, con el único objetivo de disminuir el valor real de la condena al momento del pago aprovechando la depreciación de la moneda.

Tal escenario haría que la resolución dictada por la Justicia pueda ser disminuida en términos reales por el condenado, dando lugar a un sistema sin lugar a duda injusto.

En tal sentido y a los fines de evitar que dicha situación ocurra en el caso de autos es que solicita al Tribunal que imponga la condena de la forma aquí peticionada o de la forma en que estima justa y razonable resguardando la protección del valor requerido.

Es el Tribunal el órgano que cuenta con las herramientas jurisdiccionales necesarias y suficientes para imponer mecanismos que tiendan a evitar o desalentar conductas abusivas.

Si las causas judiciales se resolviesen en unos pocos días no tendríamos que prever éstas cuestiones, pero la realidad es que las causas judiciales pueden durar años hasta resolverse y la otra realidad es que en éstos últimos años el dinero en nuestro país sufre cambios de valor, incluso a veces cambios abruptos en lapsos muy cortos de tiempo. El Tribunal no puede obviar esta realidad.

En definitiva, si el aspecto teleológico de la norma sancionatoria es precisar en una determinación económica punitiva al condenado de la conducta reprochable, la decisión y

el efecto tenido al momento de aplicar la sanción debe ser idéntico al que se dé al momento de que el perjudicado por la conducta haga efectiva a su favor la sanción aplicada. En ese orden de ideas, ya sea lo solicitado o cualquier otro mecanismo que el juzgador disponga, es lo que se pretende con esta presentación. Es oportuno también destacar que en numerosos cuerpos normativos y códigos de procedimientos, en cada oportunidad en que se establecen “multas” se hace en relación a parámetros establecidos que al momento de su efectivo cobro se transforman en pesos a un valor determinado.

Sostiene que en el caso que nos ocupa se cumplen todos los requisitos legales y doctrinarios para la aplicación de la sanción perseguida prevista por el artículo 52 bis L.D.C., a saber: a) Grave incumplimiento de los demandados ya que no cumplieron las prescripciones expresas del artículo 5 LDC. Fallaron los controles de calidad y el envase con el producto jamás tendría que haber salido al mercado y puesto a la venta. En una empresa de las características de la demandada, hallar un objeto extraño en un producto de alimento para las personas es un hecho inaceptable, no puede ser admitido como un hecho leve o menor; b) Violación de obligaciones legales, incluso de rango constitucional (art. 42 de la CN), art. 5 ley de Defensa al consumidor, y código alimentario por parte del fabricante; c) Marcado menosprecio a la salud del consumidor. No cumplir adecuadamente con las normas de calidad y control se traduce en productos alimenticios con elementos extraños en su interior pudiendo ser nocivos a la salud. Las empresas demandados no han cumplido adecuadamente las normas de calidad y control del producto motivado por reducir el costo que implica cumplir rigurosamente con dichas normas; d) Conducta reprochable de las demandadas. El producto adquirido es para ser ingerido por el consumidor, lo cual debe llevar a elevar al máximo los controles de calidad porque está en juego la salud del público consumidor. El bien jurídico a proteger no sólo son los derechos como consumidor, sino principalmente la protección de la salud del consumidor.

No admitir una sanción punitiva en el caso de autos es indirectamente permitir que toda empresa de alimento pueda reducir o quitar los controles de calidad ya que no sería sancionable colocar en el mercado un producto alimenticio con un elemento extraño (probablemente nocivo).

En este sentido resulta absolutamente aplicable el artículo 1725 del Nuevo Código Civil y Comercial que reza: *“Valoración de la conducta. Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias. Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes.”*

Pues el hecho que se trate de un producto de alimento adquirido en una cadena de hipermercado hace suponer a los consumidores que los productos que están en góndola son confiables y le impone al agente un mayor deber de obrar con prudencia y conocimiento, y en caso que no su obrar resulte imprudente mayor será su consecuencia.

La sentencia debe reflejar la desaprobación social frente a hechos de esta naturaleza. No admitir la procedencia del daño punitivo es un permiso a favor de las empresas para que hechos similares puedan ocurrir ya que no tienen que temer una sanción.

En cuanto a los elementos para determinar la cuantificación de la sanción, señala la capacidad económica de la empresa. El monto de la multa debe motivar a la empresa a no reiterar su comportamiento en el futuro. Afirma que es indiscutible que para cualquier empresa elaboradora de alimentos la implementación de mecanismos automatizados y humanos para el control de calidad de los productos implica una inversión y un costo mensual de envergadura. Lo mismo para el caso del comerciante que además de poner el producto a la venta, debe verificar si el producto cumple las condiciones adecuadas al menos en apariencia.

Al punto que si no existiera la exigencia legal para las empresas de alimentos de cumplir con las normas de calidad, la empresa ahorraría millones de pesos, es decir ganaría mucho más dinero aún. También es sabido que muchas empresas no cumplen acabadamente las exigencias de la ley porque no tienen temor de sufrir consecuencias, o en caso que deba afrontarla éstas son menores, pero el ahorro que implica no cumplirlas se refleja mes a mes en las ganancias de la empresa. Por otra parte, muchas fallas de la empresa muchas veces no reúnen las condiciones para realizar un reclamo, tal sería el caso que se hubiera abierto el envase del producto y posteriormente se advertía la existencia de un elemento extraño; o bien porque el damnificado ignorando sus derechos o simplemente desanimado renuncia a realizar un reclamo.

De dicha ecuación surge que la ganancia que se obtiene por los que no reclaman es mucho mayor que los costos que deben afrontarse por los que reclaman. Al respecto se ha expresado que *“ningún sistema preventivo es eficaz, si el responsable puede retener un beneficio que excede el peso de la indemnización.”*

Es probable que el sólo antecedente jurisprudencial y el hecho que se haga publicidad en los medios del hecho ocurrido dañen la imagen de la empresa y en consecuencia hagan modificar su política de control de calidad impulsándolo a invertir lo necesario para implementar un sistema que cumpla con las normas que se exigen en estos tiempos.

En el caso particular existe un evidente incumplimiento a la protección de la salud del consumidor y las normas de calidad por parte de la demandada.

La negligencia e imprudencia de los demandados en su conducta ponen en juego la salud e integridad física del consumidor en el caso particular y del público en general.

Resulta muy complicado, prácticamente imposible, pretender demostrar la intención (dolo) de las demandadas para con un consumidor, pero qué nos queda suponer si los demandados han incumplido las normas de calidad y control. Los demandados debieron haber previsto esta consecuencia como posible si no cumplían esas normas.

Las normas de calidad y control que se exige a las empresas proveedoras de alimentos no se tratan de una imposición deliberada sino precisamente es en resguardo de la salud del público consumidor.

La gravedad del caso es que, el mundo de hoy, el consumidor no tiene más remedio que aceptar y comprar a los comerciantes estos productos (me refiero a productos en general) confiando que su procedencia está garantizada por cumplir los proveedores con las normas de calidad y el comerciante con las normas de control.

Interpretar que lo ocurrido en el caso de autos son situaciones que “pueden pasar” y que como tal no amerita de recibir sanción es inaceptable.

Ofrece prueba informativa, pericial, instrumental, documental, testimonial, presuncional. Funda su acción en los hechos expresados y en el régimen de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor; así también en los artículos 7, 1717 concordantes y correlativos del nuevo Código Civil y/o 902, 1066, 1078 del anterior Código Civil; en el artículo 42 de la Constitución Nacional.

Impreso el trámite de ley, a fs. 44 comparece el Dr. Juan José Castellanos por la representación de Tadicor S.A. y dice que viene a solicitar el rechazo de la demanda, con costas. Que en autos el SR. S. reclama a su mandante y a Industrias Alimenticias Mendocinas SA la suma de \$ 19,89, en concepto de daño material, \$ 5.000 en concepto de daño moral y \$ 249.658 en concepto de daño punitivo. Funda su reclamo en la circunstancia de haber adquirido en Tadicor SA un producto elaborado por Industrias Alimenticias Mendocinas S.A. por la suma de \$ 19,89 el cual tendría en su interior un elemento extraño. Solicita el reintegro del importe del producto (\$ 19,89), pretende además que se condene a su mandante a abonarle la suma de \$ 5000 por daño moral “como consecuencia del desagrado que ha padecido la parte actora” (sic) y se le abone la suma de \$ 249.658 por daño punitivo “que está destinado a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro” (cita jurisprudencia transcripta en la demanda). El producto habría sido adquirido el día 11 de julio de 2015, llevado ante un escribano público para su constatación 11 días después y pocos días más tarde se inició la demanda judicial sin ningún tipo de reclamo previo al vendedor o al fabricante y sin intentar siquiera formalizar queja alguna por vía telefónica y/o informática al servicio al consumidor según se consigna en el envase del producto (consumidor@grupocanale.com.ar) o www.conservasalco.com.ar o al teléfono 0800-333-1551). Esta omisión incurrida por el supuesto consumidor es de singular relevancia, desde que la oportuna denuncia de la existencia de un elemento extraño introducido en el producto hubiera permitido a Tadicor a constatar la fecha de adquisición del mismo, a qué partida pertenecía, efectuar inmediatamente una revisión de toda la partida del producto, formalizar reclamo ante el fabricante, y en definitiva, brindar un tratamiento adecuado y una solución ajustada a derecho frente al reclamo del cliente. Tampoco intentó la vía conciliatoria previa que otorga la Ley de Defensa del Consumidor. Hoy, frente a un abrupto reclamo judicial notificado a casi 3 meses de acaecido el problema denunciado por

el consumidor, su mandante está situado en una posición de debilidad frente al actor, porque no puede en los 10 días conferidos para contestar la demanda, conocer sobre la realidad de los hechos no denunciados oportunamente, ni pronunciarse fundadamente sobre la existencia o no del hecho en cuestión, y por ende, sobre la pertinencia de los rubros reclamados. Solicita al tribunal atenga especialmente en cuenta esta circunstancia que los obliga a negar lisa y llanamente todos los hechos invocados y a solicitar el rechazo de la demanda hasta tanto se acredite el hecho del cual recién contra la notificación de la demanda su parte conocimiento de su existencia, a los fines de merituar la real intención del actor, la procedencia e los rubros reclamados y la imposición de costas.

Dada la intempestividad de la demanda sin reclamo previo ni intimación de ninguna naturaleza, se ve en la obligación de negar todos los hechos descriptos en la demanda, y negar la procedencia de todos los rubros reclamados.

En especial, niega: que el día 11 de julio de 2015 el actor acompañado de su pareja N.G.M. y la Sra. E.T. hubiese concurrido a Tadicor ubicado en Av. Monseñor Pablo Cabrera intersección Circunvalación de esta ciudad. Niega que el actor haya pasado por línea de caja el día 11/07/2015 a las 18,31 hs. y abonado el ticket 00088466 por la suma de \$ 2.943,51 en Tadicor S.A. Niega que el actor haya adquirido una botella de salsa de tomates marca Alco Grupo Canale en la dependencia de su mandante. Niega que el ticket comprobante de compra corresponda a la salsa de tomate aludida. Niega que dentro de la salsa de tomates marca Alco Grupo Canale, que el actor dice haber adquirido en el comercio de su mandante, encontrara en su interior algo “anomal” que pareciera una “tripa” o un “hongo”. Niega que el envase de salsa de tomates en cuestión esté cerrado herméticamente y en consecuencia pueda endilgarse al vendedor y/o al fabricante la introducción de un elemento extraño en el mismo. Niega eventualmente que el actor haya mantenido al producto bajo las condiciones de conservación indicadas en el envase. Niega que la fábrica Grupo Canale pueda tener fallas graves en sus controles de higiene, bromatológicos y/o de calidad. Niega que su representada pueda tener algún grado de responsabilidad por la supuesta “rareza” que el autor dice haber encontrado dentro de la botella de salsa de tomates. Niega que su mandante haya violado el régimen de Defensa del consumidor . Niega que haya un desinterés o indiferencia en el cumplimiento de las normas de calidad por parte de su representada. Niega que Tadicor SA omitiera efectuar controles sobre los productos que pone a la venta. Niega que su representada obtenga algún tipo de beneficio por esta supuesta omisión en los controles de las mercadería, nada más alejado de la realidad. Niega de manera categórica que su representada haya tenido una conducta “siniestra”. Niega que los datos y el acta de constatación que practicó la Escribana Gabriela Pogostking en fecha 22/7/2015 mediante escritura nº8 se corresponda a un producto supuestamente adquirido en el comercio de su mandante. Niega que el producto supuestamente verificado por la Escribana, sea el mismo que se encuentra reservado para la realización de una pericia bromatológica. Niega que existiera conducta alguna de parte de su mandante que sea objeto de reproche subjetivo, cuanto que sea

política de la empresa de comercializar mercadería o productos no aptos para el consumo o en mal estado. Niega que por tanto, se le pueda achacar a su representada culpa grave y negligencia grosera por hipotético incumplimiento de obligaciones y deberes de seguridad, salubridad e higiene. Niega que el Sr. Spahn y/o persona alguna de su familia cuente con capacidad sustancial activa para entablar la demanda en contra de su instituyente. Niega que el Sr. Spahn y/o su pareja, hubieran sufrido daño material, daño moral o cualquier otra especie. Niega que el Sr. Spahn y/ o su pareja sean acreedores de daño punitivo por cualquier importe que se pretenda.

En suma niega que los extremos alegados por la contraria hagan procedente la imposición de daño material, daño moral y menos daño punitivo, ni que el mismo se traduzca en un daño patrimonial cierto o indemnizable. Niega en consecuencia que al reclamante le corresponda la indemnización pretendida de pesos doscientos cincuenta y cuatro mil seiscientos setenta y siete con ochenta y nueve centavos (\$ 254.677,89), ni por cualquier otro importe y/o rubro.

Impugna y desconoce que las fotografías agregadas en autos correspondan al producto adquirido por el actor.

Que como dijera ante el desconocimiento total de la situación planteada previo a recibir lacédula de notificación de esta abultada demanda, se ven obligados a negar todos los hechos invocados y la procedencia de cualquier reclamo vinculado con los mismos. Tienen entonces que el actor aduce haber adquirido una botella de salsa de tomates de marca Alco Grupo Canale, en el comercio de su mandante con una “rareza” dentro, situación que sólo acredita con la imagen de una botella de salsa de tomates. Pretende probar tal situación con la exhibición de un ticket de compras supuestamente expedido por su mandante, pero tal hecho no prueba que dicha compra correspondan al actor. Se debe tener presente que su mandante se dedica al hipermercado tanto mayorista como minorista por lo que a diario recibe unos 500 clientes a los cuales se les emite el ticket correspondiente. Asimismo, se intenta probar que encontró una “rareza” dentro de la salsa de tomates supuestamente adquirido a su mandante mediante el acta de constatación de la Escribana Gabriela Pogostking, lo que sin poner en tela e juicio la fe pública que invisten las declaraciones de un escribano, pueden afirmar que el producto puede haber sido claramente adulterado ya que su empaque no cuenta con un cierre hermético o de seguridad sino que simplemente lo está con una tapa de metal. En esta misma línea de pensamiento nótese que el producto fue constatado por la Escr. 11 días después (el producto fue supuestamente adquirido el día 11/7/2015 y constatado por la escribana el día 22/07/2015, lo que deja abierta la posibilidad de que en ese prolongado lapso (para un alimento perecedero) un tercero haya adulterado el producto introduciéndole la supuesta “rareza” debido a la falta de cierre de seguridad del producto y/o haya sido sometido a condiciones de temperatura o exposición fuera de las estipuladas para su buena conservación, con el propósito (deliberado o no), de que se descomponga y así generar por medios naturales, pero atribuibles al accionar del actor, el mal estado del producto. Cabe

destacar a todo evento, y de ser cierta la plataforma fáctica expuesta en el libelo de demanda, que la conducta apropiada y socialmente valiosa de cualquier consumidor ante la adquisición de un producto que presenta alguna duda sobre su estado, consiste en devolverlo al comercio en donde lo adquirió pidiendo su sustitución o el reintegro del importe abonado. La judicialización de cualquier circunstancia pasible, de ocurrir, que tiene sus carriles de solución establecidos e inclusiva cuenta con sus canales de comunicación telefónicos e informáticos para dejar sentadas situaciones irregulares, es algo que el tribunal debe desalentar.

Que en el caso del actor teniendo a su alcance múltiples alternativas de solución del conflicto, optó directamente por acudir a la vía judicial pretendiendo una suma de dinero desmesurada, lo que habla a las claras que de que su intención es la de engrosar su patrimonio particular, sin ningún interés real de proteger el interés general que invoca.

En efecto, remarcan una vez más que en ningún momento el Sr. Spahn acudió a su mandante a ahcer el reclamo pertinente, tampoco lo hizo al servicio de atención al cliente de la empresa Grupo Canale (tal como claramente se observa en una de las fotografías que acompaña el actor como prueba y menos aún lo hizo ante el organismo de defensa del consumidor, si la intención era la de poner en conocimiento el hecho a autoridades estatales con el fin de proteger al colectivo de la sociedad.

Tan antisocial es la conducta asumida por el actor, que omitió olímpicamente su deber como consumidor y como ciudadano de poner de inmediato en conocimiento de TADICOR la existencia de esa “rareza” encontrada en una botella de salsa de tomate, porque de ese modo el vendedor podía retirar de manera inmediata el lote completo de sus góndolas y ordenar un sobre control exhaustivo sobre toda la mercadería de dicho proveedor.

Pero el actor privilegió su afán de lucro en desmedro de la seguridad alimentaria de la población. Es por ello y atento a la buena fe debida pero omitida por el actor, en que canalizó su disconformidad y/o reclamo, es que configura un claro abuso del derecho. Tal como nos indica el art. 10 del nuevo Código o el antiguo artículo 1071 “...la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría a los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres...”. Adicionalmente se tiene que en el trámite de la prueba anticipada solicitada, se advierten elementos que no pueden ser soslayados. El producto no habría sido conservado en condiciones adecuadas, puesto que el actor en ningún momento expresa cuáles fueron las medidas de conservación que tomó para con el producto antes de su constatación por Escribano público y cerramiento hermético.

No puede dejarse de tener presente que es un producto alimenticio y pro tal motivo de fácil descomposición sin las condiciones adecuadas de conservación. Para concluir con este examen de los extremos generales que surge de la demanda, dirán que la totalidad de los productos exhibidos y ofertados en las unidades de negocio de Tadicor SA se encuentran en condiciones aptas para el consumo humano. Tadicor es una empresa de

capitales cordobeses de reconocida seriedad y solvencia, que se dedica exclusivamente a la comercialización de productos de consumo masivo alimenticios, perecederos y no perecederos y no alimenticios, que con profundo sentido de respeto a sus potenciales clientes ha desarrollado una política de calidad en la comercialización de mercaderías y una accesible política de precios, contando con una infraestructura de tal envergadura que periódicamente es visitada por numerosas personas.

Que toda la mercadería expuesta para su venta en TADICor se encuentra en perfecto y óptimo estado bromatológico, por estar sometido a exhaustivos controles de especialistas y a permanentes inspecciones de los organismos públicos correspondientes, a más que los repositorios de las empresas proveedoras controlan la aptitud de los mismos. Tadicor SA cumple en forma acabada con toda la normativa de higiene, salubridad y bromatología sobre la mercadería que comercializa, de forma tal que quienes los adquieran y consuman no sufran daño alguno. Todos los productos que se comercializan son sometidos a rigurosos controles de calidad y en el caso concreto de autos se trata de un producto que ha sido inscripto en los registros correspondientes (con RNE y/o RMÂ), y que, por tanto ha recibido la venia de la autoridad competente para su puesta a la venta (art. 3 ley 18.284 ycc).

Asimismo el producto cumple con el deber de suministrar la información que impone la normativa citada, ya que con la simple lectura del envase se puede conocer la fecha de vencimiento de la mercadería en cuestión, por lo que los productos están siendo comercializados en forma tal que utilizados en condiciones previsibles o normales de uso no presentan peligro alguno para la salud o integridad física de los potenciales consumidores o usuarios.

En la misma línea argumental, sostenemos que resulta completamente abusivo y contrario a derecho reclamar una indemnización por daño moral por la supuesta desilusión sufrida por el Sr. Spahn y su pareja respecto de los productos Alco Grupo Canale. Resultan risibles los argumentos expuestos para justificar los padecimientos narrados. No hay posibilidad alguna de que se verifique un padecimiento moral o espiritual derivado de la existencia de un elementos extraño en un producto envasado, que ni siquiera llegó a ser abierto (según dichos de los actores) ni mucho menos consumido.

Es que además de no alegar padecimientos concretos resulta algo universalmente aceptado ya con carácter indiscutible, que estos reclamos por daño moral no pueden ser utilizados como un medio que signifique “una fuente de enriquecimiento”. (TSJ 15-06-1999 “Camutto Horacio y otro”). Es unánime el criterio jurisprudencial en el sentido que “no cualquier disgusto, desagrado, contrariedad o aflicción encuadra en el concepto jurídico de menoscabo, sino que ha menester que revista cierta entidad que tenga alguna prolongación en el tiempo y que lesione sentimientos espirituales...”. También se ha dicho que “respecto del rubro y con relación a su admisión en los supuestos de menoscabos a bienes patrimoniales debe postularse una interpretación restrictiva y sólo considerar su procedencia en supuestos en los que se acredite la existencia de un interés espiritual o de

afección ligado al goce del bien”, cosa que no se acredita con los meros dichos del actor, sino con prueba concreta que ni siquiera ha ofrecido diligenciar. Que siendo regla lo resaltado en las líneas precedentes para provocar una decisión jurisdiccional de acogimiento del rubro, debió el accionante ofrecer la prueba que hace a su derecho. En este sentido se ha dicho que “A diferencia de los casos de lesiones corporales que prueban por sí mismas la existencia del daño moral, en aquellos hechos dañosos e los que sólo se generan daños materiales debe requerirse una prueba categórica orientada a persuadir al juzgador de que la alteración de la vida cotidiana tiene una entidad suficiente como para provocar un desequilibrio emocional que afecta la vida de relación y la tranquilidad espiritual (Cam. Nac. De Apelac. Sala M 25-07-08 Viera Gerardo Javier vs Transportes Automotores Plaza SA” La ley online AR Jur 6588/2008). Nada de esto se verifica en el caso de autos, y ninguna prueba ha ofrecido para acreditar, siquiera someramente, la procedencia de este rubro.

En forma subsidiaria y para el supuesto que se acredite la existencia del hecho dañoso o se determine por alguna vía la responsabilidad de su mandante, no puede dejar de apuntar la improcedencia del daño punitivo reclamado. En efecto, debe tenerse presente en primer lugar que el actor, omitió todo reclamo previo ante su mandante y ante el fabricante del producto. A ello debe añadirse que tampoco denunció el hecho ante la autoridad administrativa de aplicación. Niega que sea cierto que la demandada Tadicor SA haya incumplido dolosa o con culpa grave las obligaciones legales o contractuales que tiene a su cargo, menos aún que asumiera conductas de mercado que se alcen como antisociales o reprochables, ni que menosprecie los derechos o intereses de su clientela, ya que son su primera fuente de ingreso. A más de ello, si hubiera sido tan ostensible la “rareza” que denuncia el actor (la cual no fue advertida por ningún repositor o personal de su mandante), se pregunta por qué no la advirtió el Sr. Spahn al momento de retirarlo de la góndola. Lo cierto es que conforme ya se ha explicado, el silencio del Sr. Sahn, desde que advirtiera el supuesto problema en el producto y hasta que iniciara las acciones judiciales, impidió a su mandante que pueda verificar los hechos que se denuncian y que su parte, por desconocerlos, ahora los niega. Que por último deben señalar que el art. 52 bis de la LDC conforme al texto actual incorporado por la ley 26.361, resulta inconstitucional por las siguientes razones.-

En primer lugar, los daños punitivos tienen naturaleza penal, sin embargo la tipicidad prevista por el nuevo art. 52 bis. De la LDC es hasta tal punto abierta, que resulta ostensiblemente inconstitucional.

No respeta ninguno de los principios que dimanar del art. 18 de la CN, y los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (art. 11 Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 8 y 9 Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 15, Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos). Tampoco describe con precisión la conducta prohibida, ni requiere un factor subjetivo de atribución, ni precisa las pautas mínimas que habrán de guiar la graduación de la sanción, siendo del todo insuficiente la

referencia a la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso. Esta señalada deficiencia técnica torna inconstitucional la norma porque pretende generar o sancionar una categoría de ilícito civil que resulta indefinida, tanto por la indeterminación del tipo que se pretende sancionar, cuanto en la sanción propiamente dicha, apartándose del principio de tipicidad que hace al ejercicio pleno de la garantía de defensa y debido proceso.

Que en segundo término, lo es también porque pretende sancionar pecuniariamente un presunto e indefinido tipo ilícito penal, pero con beneficio para un particular, lo que al decir de Lorenzetti “llevaría a un enriquecimiento sin causa de la víctima” poniendo en conflicto el texto legal con la garantía de los arts. 16, 17 y 18 de la Carta Magna. Es que nadie puede enriquecerse incausadamente a costa del patrimonio ajeno. El único daño resarcible, conforme el sistema legal argentino, es el daño cierto y efectivamente inferido a la presunta víctima. Cualquier otro pago, ajeno a este concepto resarcitorio legal, configura el enriquecimiento ilícito por incausado que es inconstitucional.

Esto además, escapa a la categoría de razonabilidad que requiere toda norma en su compulsión de inconstitucionalidad. Es que no hay razón que pueda justificar este enriquecimiento incausado de terceros que resultaría de la aplicación del sistema implementado como daño punitivo. El mismo, como se explica, no está vinculado a un daño cierto sino a situaciones que exceden el marco del reclamante. Repárese el absurdo que se pone precisamente de manifiesto en la demanda en el sentido que el actor ni siquiera expone haber sufrido un daño patrimonial cuya reparación persiga y que hubiere activado la responsabilidad de su mandante, conforme las reglas clásicas de la responsabilidad civil. Ello viene a demostrar la condición irrazonable del texto legal y del llamado daño punitivo que allí se autoriza y que, reitera, en encuentra en franca contradicción con las garantías constitucionales invocadas. Además es inconstitucional la norma impugnada porque la sanción no es derivación de una conducta típica descripta con precisión y con indicación del favor subjetivo de atribución, sino que queda a criterio del iudex aplicar una multa civil a favor del consumidor. O sea, que queda en la discrecionalidad personal del mérito el aplicar o no una pena civil y tal propósito, como es obvio, entra en directa colisión con las garantías ya analizadas. Toda la doctrina reconoce el carácter extraño a nuestro sistema jurídico de este llamado daño punitivo. El art. 52 bis conforme ha sido concebido, por su falta de rigorismo técnico, es francamente inconstitucional y contrario al régimen legal resarcitorio vigente en la Argentina. En el modo y forma en que se ha aprobado el texto legal, por las razones anticipadas es que corresponde que el tribunal al resolver declare la inconstitucionalidad del art. 52 bis de la ley 24.240, texto incorporado por la ley 26.361 declarándolo inaplicable. Ofrece prueba informativa, testimonial, pericial, oponiéndose a la prueba pericial contable.-

A fs. 81/85 comparece el Dr. Ignacio Arrigoni y contesta el traslado del art 510 del C. Proc. y el planteo de inconstitucionalidad planteado por Tadicor SA. Refiere

que la demandada plantea como un atenuante de su responsabilidad que su parte no haya canalizado el reclamo por ante el Centro de Atención al consumidor. En la demanda su parte no hizo ninguna referencia a esa situación. Siguiendo expresas instrucciones de su mandante, viene a manifestar que nieva expresamente que no haya habido contacto previo como el que el demandado expone en su contestación. A continuación y en virtud del traslado corrido viene a relatar hechos no introducidos en la demanda judicial. Relata que ocurrido el hecho el actor procedió a contactar los Centros de Atención al cliente tanto de la fábrica como de Tadicor SA y manifestar la situación, recibió en ambos casos como respuesta que debía entregar el envase para su verificación. Consultado si obtendría (el actor) algún resarcimiento por el hecho acontecido, le respondieron que no. Razón por la que el actor decidió promover la demanda. El hecho consistió en un breve contacto telefónico que no trae novedad a la causa. Por ello ni siquiera se hizo referencia en la demanda, puesto que su exposición en la demanda no modifica la situación, ni perjudica ni beneficia a ninguna de las partes. Que lo absurdo es que la empresa pretende utilizar como atenuante ese argumento. El demandado intenta poner en tela de juicio la buena fe del actor, no siendo ello el eje del debate.

Que en relación a la inconstitucionalidad del art. 52 bis de la LDC, expone que dicha norma no respeta el art. 18 de la C.N., art. 11 de Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 8 y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 15 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

El planteo del demandado constituye un cuestionamiento genérico sin precisar de modo profundo los derechos constitucionales que se vulneran con la aplicación de dicha norma legal. El cuestionamiento intentado por el demandado se presenta endeble, rayano a la deserción. No se verifica que la existencia de la norma atacada por el demandado implique una lesión a otros derechos constitucionales. El demandado no indica ni justifica en qué aspecto se ve dañado alguno de los derechos constitucionales que señala mediante la simple mención de algunos artículos, tales como el debido proceso y su derecho de defensa en juicio. El demandado cuando dice que la norma atacada (art. 52 bis LDC) no respeta otros principios constitucionales, ni indica de modo preciso cuáles son los principios o la forma en que esos derechos señalados se ven afectados. Para analizar la constitucionalidad del instituto del daño punitivo el intérprete se debe remitir a la propia Constitución Nacional, a los fines de verificar si la norma atacada por el demandado entra en contradicción o viola algún derecho consagrado; o si por el contrario se encuentra en plena armonía con su Ley Suprema, o aún más, si se encuentra expresamente respaldada por ella. El análisis los lleva necesariamente a referir al art. 42 de la C. N., que le otorga rango constitucional a la protección de los derechos en la relación de consumo. Indica que las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, y que la legislación establecerá los procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos. Transcribe el artículo. La directriz de la ley suprema de la Nación es clara respecto a la protección de los derechos del consumidor. El art. 52 bis de la LDC tiene una indiscutible finalidad: proteger

los derechos del consumidor otorgándole una herramienta poderosa. Tal como lo prescribe la norma constitucional, se trata de una legislación que ha establecido procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos. Basta analizar la realidad del mercado para concluir que existen proveedores de bienes y servicios que ostentan un poder e influencia por encima de los consumidores. Esa desigualdad de posiciones lleva en ocasiones a los proveedores a cometer abusos en detrimento de los derechos del consumidor. Asimismo los abusos cometidos vistos en su individualidad no tienen entidad suficiente que ameriten sostener un reclamo, sustentados en la clásica teoría de los daños. La teoría moderna instituye la figura del daño punitivo, se trata de un mecanismo equilibrador del mercado, que otorga a la parte más débil una protección eficiente. La ratio legis de esta figura (el daño punitivo) 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 mecanismos de control de sus productos. Cita doctrina. Que la norma cuestionada por el demandado no es otra cosa que una reglamentación y una derivación de una norma constitucional y que tiene como objetivo prevenir la violación de las leyes por parte de los proveedores de bienes y servicios. El demandado no expone un razonamiento crítico respecto del art. 42 de la CN y en relación al art. 52 LDC que ponga en crisis la constitucionalidad del instituto del daño punitivo. Difícilmente una norma (art. 52 bis) que mediante la implementación del daño punitivo busca proteger los derechos del consumidor que encuentran expresa y especial protección en la CN, puede entrar en contradicción con la propia Constitución. Que la norma atacada lejos de contrariar la Constitución se encuentra expresamente respaldada en ella. Por otra parte, además de las justificaciones de índole positivista que no sólo avalan sino que además justifican la constitucionalidad del “daño punitivo”, existen principios de orden “natural” que sostienen el instituto. Según Owen los daños punitivos sirven para proteger el poder, la verdad y la confianza. Con respecto al “poder” se señala que en gran parte los casos de daños punitivos involucran su abuso, entendido como control que una persona tiene sobre el bienestar de otra, motivado por su posición dominante. Que mientras más poder tenga el victimario y menos poder tenga a la víctima será más factible que se produzca un abuso de poder. A medida que el poder se incrementa, también aumenta la posibilidad de dañar a otros, lo que no puede tener otro correlato que un aumento de responsabilidad. Respecto la verdad, entendido como congruencia entre lo afirmado y la realidad cuando existe distorsión entre lo que se ofrece o provee con respecto a la verdadera intención que dicho negocio oculta, es evidente que se falta el respeto a la igual dignidad del otro. Por ello es que se castiga el fraude o las propuestas engañosas. La verdad es esencial para la base de las relaciones, y entre el consumidor y el proveedor existe una relación en la cual el proveedor “dice” y el consumidor “cree lo que le dicen”.

Por último, se habla de la confianza y tiene mucha relación con la verdad, porque la sucesión de “verdades” dichas por el proveedor que el consumidor “le cree” genera una

relación de confianza en la cual se crea expectativa que el proveedor no le hará daño y evitará perjudicar los intereses del consumidor.

Con esto quiere referenciar que el instituto del daño punitivo no sólo se encuentra protegido por la C.N. sino además existen incansables argumentos y principios fundamentales que por razones de equidad y justicia justifican su existencia.

Por otra parte, el derecho de defensa en juicio no se encuentra vulnerado en cuanto la parte actora en la demanda señala los hechos con precisión y cuantifica el monto pretendido. El demandado desde el inicio del juicio puede conocer los hechos por los cuales se los demanda y el monto reclamado y en razón de ello puede elaborar su defensa.

Entrando en el análisis de la naturaleza jurídica del instituto pueden destacar que los daños punitivos consisten en una multa civil, que se añade a las clásicas indemnizaciones por daños (cuyo fin es la reparación del daño), aplicada en beneficio de la víctima, a los fines de castigar a los proveedores de bienes y servicios que incurran en graves inconductas, orientadas a cumplir un fin disuasor para el causante del daño. No son una indemnización ya que no compensan (en sentido literal) el daño padecido ni tienen por finalidad mantener la indemnidad de la víctima, sin perjuicio de lo dicho anteriormente los daños punitivos sí pueden ser considerados como una reparación, en sentido amplio de la palabra.

Por otra parte, se trata de una condena de naturaleza accesoria, puesto que no se trata de una acción autónoma sino que es un plus a la indemnización de un daño padecido. Por último los daños punitivos participan de la naturaleza de una pena privada que se impone al demandado a título preventivo y como sanción a favor del ofendido por haber incurrido en una conducta que se considera sumamente disvaliosa. Cita jurisprudencia en apoyo de su postura.

Otros de los argumentos que expone el demandado de modo “genérico” para justificar su planteo de inconstitucionalidad es el enriquecimiento sin causa. No parece una objeción cálida para poner en crisis el instituto del daño punitivo, además su existencia no es nueva en el Derecho argentino, sin ir más lejos la sanción económica del art. 47 inc. b de la LDC existe desde el año 1993, lo único que cambia aquí es el beneficiario. Pero además existen múltiples leyes que sancionan los incumplimientos normativos imponiendo sanciones pecuniarias.

A fs. 87 toma intervención la Sra. Fiscal en lo Civil y Comercial de 1º Nominación, quien dice que espera la producción de la prueba para expedirse sobre el planteo de inconstitucionalidad formulado.

A fs. 114 la actora solicita se tenga por rebelde a la codemandada, Industrias Alimenticias Mendocinas S.A. y se disponga el diligenciamiento de la prueba.

Diligenciada la prueba anticipada y la ofrecida por las partes que corre agregada a los autos, a fs. 176/179, la Sra. Fiscal de 1º Nominación presenta su dictamen sobre el planteo de inconstitucionalidad formulado solicitando su rechazo.

En primer término, precisa la legitimación procesal del Ministerio Público Fiscal en los juicios en que se invoca la Ley de Protección al Consumidor.

En este aspecto hace suyo los fundamentos expuestos por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Civil y Comercial, en fallo número 72 de fecha 21 de julio de 2003, in re: "JIMENEZ TOMAS C/CITIBANK Y OTRA-RECURSO DIRECTO-". La Constitución de la Provincia de Córdoba establece que el Ministerio Público está a cargo del Fiscal General y de los Fiscales que de él dependan a quienes instruyen sobre el cumplimiento de sus funciones, de acuerdo a las leyes (Art. 171 C.P.). El art. 172 de dicho cuerpo normativo le fija las siguientes funciones: "...1) Preparar y promover la acción judicial en defensa del interés público y los derechos de las personas. 2) Custodiar la jurisdicción de competencia de los tribunales provinciales y la normal prestación del servicio de justicia y procurar ante aquellos la satisfacción del interés social; 3) Promover y ejercitar la acción penal pública ante los tribunales competentes, sin perjuicio de los derechos que las leyes acuerdan a los particulares; 4) Dirigir la policía judicial". Por su parte, la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal, n° 7826, y sus modificatorias establecen las funciones de dicho Órgano (arts. 1 y 9), reglamentando las atribuciones que genéricamente confiere la Ley Suprema local. El art. 3 de la referida normativa dispone que las funciones a su cargo deben ser ejercidas conforme a los principios de legalidad, imparcialidad, unidad de actuación y dependencia jerárquica, puntualizando que todo ello debe efectuarse "con arreglo a las leyes".

Sostiene que a la luz de tales preceptos pueden extraerse dos conclusiones categóricas. En primer lugar que la razón que determina la institución del Ministerio Público se encuentra en el interés público que se encuentre involucrado en el proceso.

El "presupuesto ontológico" de la intervención del Ministerio Público, la justificación de su accionar, consiste, pues, en la defensa de los intereses vinculados al orden público y social. Siendo ello así, la no participación de tal órgano en un proceso en el que se encuentre comprometido el orden público no puede ser subsanada por preclusión o consentimiento del particular.

En segundo lugar, no basta con que se configure el presupuesto ontológico que justifica la intervención del Ministerio Público sino que resulta indispensable además que tal intervención esté habilitada expresamente por ley.

Esto es, que como "presupuesto procesal" deviene necesario que la legitimación al Ministerio Público se encuentre concretamente atribuida por una disposición normativa vigente.

De este modo, si no existe una norma adjetiva que especial y específicamente otorgue competencia al Ministerio Público Fiscal para intervenir en juicio civil, la misma deviene en inadmisibles, aun cuando en la causa se encuentre involucrado el interés público.

Lo expuesto importa ya dos soluciones a la cuestión a resolver y las mismas pueden ser enunciadas del siguiente modo: 1) para que se encuentre habilitada la

legitimación procesal del Ministerio Público Fiscal resulta indispensable que exista una norma atributiva de tal función y 2) La participación del Ministerio se vincula a cuestiones de índole social o pública, y por lo tanto la omisión de la misma no puede ser subsanada por el consentimiento tácito de un particular.

El art. 52, segundo párrafo, de la ley 24.240 literalmente reza: “*El Ministerio Público, cuando no intervenga como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley*”. Ello así, el Ministerio Público Fiscal resulta parte obligada y debe necesariamente dársele intervención en esta clase de procesos.

Una consideración especial merece el sentido de la intervención de este órgano.

Más precisamente creo conveniente puntualizar el carácter de la intervención del Ministerio Público Fiscal en éste tipo de procesos.

En este orden de ideas no resulta ocioso remarcar que el Ministerio Público no interviene en nombre propio ejerciendo la acción de otro, sino que su participación en el litigio de consumo lo es en virtud del ejercicio de una legitimación que le es propia y que tiene un fin distinto al perseguido por el consumidor o usuario.

En otras palabras, la intervención obligada del Ministerio Público no es a los fines que represente al particular damnificado en la relación de consumo, ni que actúe en el nombre de una Asociación de consumidores, sino que interviene por un interés actual, colectivo y relevante, en defensa del orden público y de la ley, resguardando la regularidad del proceso en el que se encuentra en juego un derecho de incidencia colectiva y garantizando la fiel observancia de los derechos expresamente consagrados en la propia Constitución Nacional.

Nótese que la sanción de la ley 24.240, que rige en nuestro país desde el 15 de octubre de 1993, ha significado la consagración de un sistema de normas imperativas que tiende a dar protección y defender al consumidor, partiendo de la presunción de que éste constituye la parte débil de los contratos de consumo. Y en este orden, la intervención del Ministerio Público está prevista a los fines de garantizar un proceso ágil y regular que asegure la realización del valor justicia en una relación jurídica caracterizada básicamente por la desigualdad entre los extremos de la misma.

“La ley 24240 parte de la idea de vulnerabilidad y debilidad jurídica del consumidor y por ello ha establecido normas protectoras y de orden público (art. 67) para garantizar el pleno ejercicio de los derechos del consumidor frente al poder económico de las empresas, pretendiendo así un equilibrio entre ambos polos de la relación de consumo. La intervención del Ministerio Público...a los fines de garantizar ese equilibrio consagrado por la Constitución Nacional en cuanto a la igualdad entre las partes en proceso”.

La intervención del Ministerio Público está ordenada en defensa y garantía de la ley y el orden público, razón por la cual no puede considerarse encaminada a respaldar exclusivamente el interés particular del litigante.

La novel reforma a la ley 24.240 incorpora el daño punitivo a favor del consumidor, la cuantificación la debe realizar el magistrado quien debe graduar la sanción en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, asimismo se establece multas que van de Cien pesos hasta los cinco millones. Dispone el art. 52 "bis" de la LDC: "Daño punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley".

Antes de entrar a analizar el planteo de inconstitucionalidad formulado debemos decir que lamentamos profundamente la pobrísima redacción de la norma en estudio, que va a requerir tanto de la doctrina como de la jurisprudencia grandes esfuerzos interpretativos, a los fines de su aplicación, toda vez que el instituto bajo estudio valioso como desincentivador o de castigo de inconductas, destinados a la prevención y a la sanción, importado del derecho anglosajón, ha sido introducido en nuestra legislación con mayúsculas deficiencias.

Sin más, y adentrándonos al planteo de inconstitucionalidad formulado por el demandado, debemos resaltar que nuestro Tribunal Superior de Justicia en Sentencia N°61 de fecha 10/05/2016 en autos: “Defilippo, Dario Eduardo y otro c/PARRA AUTOMOTORES S.A. y otro – ABREVIADO/CUMPLIMIENTO/RESOLUCION DE CONTRATO – CPO. DE COPIAS – RECURSO DE CASACION E INCONSTITUCIONALIDAD (Expte. 2748029/36), se ha pronunciado sobre la CONSTITUCIONALIDAD del Daño Punitivo.

Así ha dicho: “No es posible desconocer la relevancia que ha adquirido la protección jurídica a los consumidores, usuarios e incluso de quienes se encuentren expuestos en virtud de relaciones de consumo, a partir de la reforma constitucional del año 1994 (con la consagración de tal derecho en el art.42 de la C.N.) y de la sanción de la ley 24.24. Su rango constitucional y el carácter de preceptos de orden público que le ha asignado el legislador, han producido notables cambios en la interpretación, vigencia y análisis de compatibilidad de otras normas del derecho que hasta el advenimiento de la nueva normativa, se tornaban como reglas o principios inconvencionales (Lorenzetti, Ricardo Luis “Consumidores”, Edit. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003, pág. 43 y ss.)”

“Cabe reparar que es la propia Constitución la fuente principal del Derecho consumerista, siendo uno de los denominados “derechos civiles constitucionalizados”.

En orden a la naturaleza jurídica del instituto bajo análisis, el Alto Cuerpo señala: “El punto decisivo radica en la verdadera finalidad de esta institución, la que apunta a dos

objetivos esenciales: prevenir el acaecimiento de hechos similares, favoreciendo la prevención de futuras lesiones y por otro, punir graves inconductas.”.

Por último ponemos de resalto que “...no se está ante una indemnización o reparación por daño sufrido por la víctima, sino ante un instrumento preventivo sancionado, que ha elegido como destinatario a la víctima, con la sola finalidad de fomentar la denuncia de prácticas lesivas del orden económico integral...” (Álvarez Larrondo, Federico M. Revista Civil y Seguros, Año XVI, Número 11, noviembre de 2014, pág.43).

Así esta última cuestión preventiva ha sido receptada y consagrada en forma expresa a partir de la sanción del Código Civil y Comercial donde se ha consagrada. (cfe. Art.1710 del C.C.C.N.). Asimismo, el Tribunal deberá tener especialmente en cuenta el fin del instituto que únicamente se conceden en casos excepcionales y con criterio sumamente estricto y que su objetivo es desalentar las actividades moralmente reprochable en grado extremo o conscientemente dañosa.

Por todo ello, es de opinión de esa Fiscalía que corresponde rechazar el planteo de inconstitucionalidad impetrado, por las razones supra expuestas.

Dictado y firme el decreto de autos, queda la cuestión en condiciones de dictar sentencia.-

Y CONSIDERANDO

I) Que vienen los autos a despacho para resolver el reclamo formulado por el **Sr. E.O.S.** invocando su calidad de consumidor, en contra de **Tadicor S.A.** e **Industrias Alimenticias Mendocinas S.A.**, en la calidad la primera de comercializadora de los productos elaborados por la segunda, vinculadas a su respecto en una relación de consumo en virtud del producto adquirido por el actor en el Hipermercado de Av. Monseñor Pablo Cabrera esquina Circunvalación el día 11 de julio de 2015 (botella de salsa de tomate marca Alco Grupo Canale), el que según refiere presentaba un objeto extraño en su interior, imposibilitándole su consumo. Reclama se le abone el valor del producto (\$ 19,39), el daño mora (\$ 5.000) y el daño punitivo (640 jus estimados a la época de la demanda en la suma de \$ 249.658).-

Citadas las demandadas a estar a derecho, sólo comparece Tadicor SA quien pide el rechazo de la demanda por las razones ya expuestas en la relación de causa, pidiendo se declare la inconstitucionalidad del art. 52 de la LDC, petición a la que se oponen tanto el Ministerio Público Fiscal al que se le da intervención al tratarse de una relación de consumo, como también el actor, ambos por las razones ya referidas.-

Así queda trabada la litis.-

II) Dado que se ha negado la existencia de la adquisición de la botella de salsa de tomate marca Alco Grupo Canale por parte del actor, en el lugar y fecha precisados en la demanda, corresponde analizar en primer lugar la prueba rendida en autos a fin de acreditar la compraventa y la relación de consumo tanto entre la firma Tadicor SA como con la codemandada, Industrias Alimenticias Mendocinas SA, rebelde en autos.-

Anticipo que la prueba rendida permite tener por verosímil la compra por parte del actor del producto de que se trata en el Hipermercado de propiedad de la codemandada.-

En efecto, ha acompañado en primer lugar el ticket de compra n° 88466 (fs. 22/23) del 11 de julio de 2015 en el que consta la adquisición de “Tomate triturado Al” 2,000 x 22,7400 producto identificado por la suma de \$ 19.89, en “Tadicor S.A. CUIT nro. 30-71139384-2”, “Av. Monseñor P. Cabrera Esq. Circunvalación Córdoba”, entre otros productos, lo que permite tener por comprobado que el actor –que es quien tiene en su posesión el referido ticket- compró una botella de dos litros de tomate triturado en la fecha y lugar indicados en la demanda.

En cuanto a que la botella peritada sea la que efectivamente adquirió el actor en esa oportunidad, tanto lo que surge del acta notarial de fs. 21, como de los testimonios rendidos en autos, permite descartar que hubiera habido de parte del actor de una sustitución del producto adquirido en aquella oportunidad.

Así señala el **acta notarial nro. 81 del 22 de julio de 2015**, esto es labrada a los pocos días de adquirido el producto y a pedido del actor, que la escribana constata que se le hace entrega de un envase de vidrio que reza “*Alco alimento de la cordillera, tomate triturado Cont. neto: 950 g. Industria Argentina, Elaborado con 100% de tomates frescos y maduros, Almacenar en lugar fresco y seco. Ingredientes...*”, también refiere la escribana que en la información contenida en el producto se indica “*Una vez abierto el envase mantener tapado y refrigerado....*”. Asimismo, indica que se lee “*Servicio al Consumidor Argentina consumidor@grupocanale.com, 0-800-333-1551, www.conservasalco.com.ar, Ind. Alimenticios Mendocinas SA, Av. Córdoba 1345 Piso 12 C 1055 AAD Capital Federal, Argentina,... Vencimiento, inserto en tapa metálica roja: 24 de Abr 2018,...*”. Refiere la escribana que constata que el envase se encuentra totalmente cerrado y que “*por debajo de la tapa al borde se observa un hongo blancusco, contiene en su interior un líquido color rojo, y una sustancia extraña de color claro, no identificable...*”. En esa oportunidad y dando fe de lo que ocurre, la escribana consigna que el actor introduce la botella dentro de una bolsa Ziploc doble cierre, la cual cierra a su vez con un precinto negro con una clave amarilla que reza A 11 A, comprometiéndose el actor a resguardar el producto en un lugar fresco y seco, a los fin de proceder luego a los peritajes pertinentes.

Si bien es claro que la constatación de la escribana no se hace con la intervención de las otras partes, las precauciones adoptadas por el actor a los fines de preservar el producto aparecen suficientes e idóneas para presumir con un grado de probabilidad bastante elevado que ese frasco preservado dentro de la bolsa y con el precinto, era el que días antes había adquirido el actor. Estimo que todo indica que es el mismo producto porque la descripción que realiza la escribana del estado de la botella se corresponde con el informe pericial luego rendido en autos, y las características del producto que aparece adquiridos en el ticket de compra se corresponde con el exhibido a la escribana pocos días después.-

Señala la perito en su **primer informe (fs. 89/94)** que el art. 948 de la Resolución nro. 197 del 6 de junio de 1995 entiende por “*tomate triturado la conserva elaborada por trituración mecánica de tomates....sanos, limpios, enteros, libres de pedúnculos y hojas, maduros y de estructura consistente, con o sin adición de sal...con o sin concentración de paila abierta o al vacío...*”.

Estos productos han de presentarse en envases “*bromatológicamente aptos, herméticamente cerrados, esterilizados industrialmente...no debe contener ningún resto de fabricación de otras conservas...la proporción de piel, fibras y semillas en conjunto no será superior al 10% en peso, después de un triple lavado y escurrido por tamiz de 1 mm...*”, “*el examen microscópico según la técnica de Howard Stephenson sobre el líquido tal cual como se extrae del envase, o bien diluido (cuando resulte necesario) a la concentración de 8,37 a 9,37 gramos por ciento de residuo sólido no deberá acusar una proporción mayor de 50 por ciento de campos positivos de filamentos de mohos (métodos de Howard Stephenson, f) deberá estar libre de cualquier sustancia extraña al producto y no contendrá residuos de plaguicidas en cantidad superior a las máximas admitidas...g) no contendrá ninguna sustancia conservadora ni colorantes agregados*”.

De acuerdo a la descripción que realiza la botella entregada para peritaje efectivamente se corresponde con el producto adquirido conforme al ticket. En efecto se trata de “tomate triturado”, contenido neto 950 gr. Marca “ALCO”, elaborado por Grupo CANALE, Industria Argentina, con vencimiento 24 de abril de 2018, envasado en botella de vidrio “*con tapa metálica tipo corona*”, por lo que en lo que a la correspondencia entre la botella adquirida y peritada, ninguna objeción de peso ha probado la demandada a fin de contrarrestar estas presunciones e indicios que nos llevan a tener por acreditado que efectivamente el actor adquirió la botella de tomate triturado en el Hipermercado Tadicor en la fecha y por el precio señalado.-

El testimonio de la **Sra. Noemí Guadalupe Muñoz (fs.141)** aunque su testimonio pueda estar teñido de parcialidad ya que es la pareja del actor, lo cierto es que en lo que aquí interesa es suficiente para tener por comprobada la adquisición de este producto en el Hipermercado de la codemandada. Así declara la nombrada que “*salimos...los tres a hacer las compras generales que hacemos siempre, fuimos una tarde y compramos la compra del mes, de ahí salimos, llegamos a casa, la idea era comer algo para cenar y en un momento de la noche mi pareja nos llama y ahí nos muestra la botella y entre los tres...vimos que había algo...como una tripa algo así...*”.

De igual modo el testimonio de la **Sra. Elizabeth Toettli (fs.143)** quien refiere que fueron a comprar a Tadicor y el actor las llamó y les mostró el envase, agregando que “*fue una compra grande*”, mención que se corresponde con lo que exhibe el ticket de compra referido, al ver el interior del envase su apreciación fue que “*parecía carne*”.

III) Acreditada la adquisición por parte del actor de la botella de tomate triturado en el Hipermercado de Tadicor, corresponde encuadrar la situación dentro de una relación de consumo, cuya existencia no ha sido cuestionada por las partes, comprendiendo esta

relación tanto la directa entre el comprador y vendedor del producto (Tadicor SA), como la indirecta con quien lo elaboró (Industrias Alimenticias Mendocinas SA), uno de los eslabones de la cadena de comercialización dirigida al consumidor final, en el caso el actor.-

Siguiendo las enseñanzas de Farina (“Defensa del Consumidor y Usuario”, Editorial Astrea, 1995, pág. 37), cabe definir la **“relación de consumo”**: *“como las múltiples relaciones de índole económica y jurídica, que se desarrollan cotidianamente y que tienen por objeto la circulación de bienes de consumo, entendiéndose por tales, aquellos que sirven a la satisfacción de necesidades, no volviéndose a ser utilizados como bienes de cambio”*.-

De lo normado por los **arts. 1 y 3 de la Ley 24.240 con la reforma de la ley 26.361 (art. 4)** puede afirmarse que la relación de consumo se caracteriza por ser un vínculo jurídico donde el último eslabón de la cadena de producción, fabricación, importación, distribución, comercialización e intercambio de productos, bienes y servicios sea a título gratuito u oneroso, corresponde al consumidor o usuario, como *destinatario final*, instrumentándose en resguardo y defensa de sus derechos e intereses, un *sistema protectorio de orden público*, amén de resultar aplicables las normas contenidas en el Código Civil derogado como por el Código Civil y Comercial de la Nación, por considerarlo *sujeto débil de la relación* desde el punto de vista económico, técnico y jurídico.-

Afirma Molina Sandoval que la **modificación del 3° por la ley 26.361** en lo que se refiere a la relación de consumo ha tenido un efecto expansivo, dando lugar a la aplicación de la ley a toda relación jurídica en la que intervenga un sujeto débil; ya que se considera consumidor o usuario a quien, *“como consecuencia o en ocasión de una relación de consumo”*, adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, así como a quien de cualquier manera esté expuesto a una relación de consumo (en Farina ob. cit., pág. 42/43).-

Por lo tanto, la ley identifica al consumidor o usuario con el destinatario final, resaltando la intencionalidad de éste *al momento de contratar*, aunque no haya participado directamente de la relación de consumo, gozando por ello de las garantías propias del régimen consumeril y siendo indiferente que haya existido o no un vínculo contractual, ya que la tutela al consumidor es independiente de la existencia de cualquier vínculo entre proveedor y consumidor.-

A su vez el **art. 2 de la ley** será “proveedor” aquella *“persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios destinados a consumidores o usuarios...”*, aclarando a renglón seguido que *“todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley”*.-

Al explicar el artículo en cuestión precisa Farina (op. cit. pág. 91) que la expresión “*comercialización de bienes y servicios*” es lo suficientemente amplia como para comprender “*a todas las personas (físicas o jurídicas) que de modo profesional ofrecen bienes o servicios en el mercado, sea por cuenta propia o ajena, como ocurre en el caso del consignatario y también en el supuesto del contrato estimatorio, así como en el franchising*”.

En igual sentido se endereza el **Código Civil y Comercial de la Nación** quien en el **art. 1092** señala “*relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. Se considera consumidor a 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...*”, definiendo como “*contrato de consumo*” en el artículo siguiente a aquel que “*es celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social*”.-

Es de destacar cómo el propio artículo agrega la posibilidad de que la utilización o adquisición sea onerosa o gratuita.-

A su vez, en el **art. 1094** sienta el principio rector en esta materia en consonancia con lo que ya disponía al respecto la ley 24.240 señalando “*las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable. En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor*”.

Concretamente en relación a los contratos de consumo, como el que ahora nos ocupa, dispone el **art. 1095** que “*el contrato se interpreta en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existen dudas sobre los alcances de su obligación, se adopta la que sea menos gravosa*”.-

En base a estos conceptos es correcta la pretensión de la actora en cuanto solicita se encuadre la situación en la ley 24.240.-

IV) Sentado ello estimo imprescindible señalar que la procedencia de la demanda se juzgará en función tanto de las normas que contenía el **Código Civil derogado** como en especial en las normas de la **ley 24.240 (modif. ley 26.361)** y las correlativas contenidas en el **Código Civil y Comercial de la Nación**, actualmente vigente en virtud de la ley 26.994.-

Si bien los hechos que dieron motivo a la controversia ocurrieron antes del 1º de agosto de 2015, fecha de entrada en vigencia del nuevo Código, lo cierto es que el **art. 7 del CCCN** luego de sentar el principio general de irretroactividad, señala que **las nuevas leyes supletorias son aplicables a los contratos en curso de ejecución cuando resultan más favorables al consumidor**.-

Así explicita “a partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales...”, disponiendo en el párrafo final: “Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo”.

Se deberá, en tal sentido, realizar un examen de selección de la norma más favorable al consumidor.-

V) Encuadrada la situación jurídica dentro de una relación de consumo y establecido ya que la solución de la controversia ha de buscarse en las disposiciones de la LDC, las del Código derogado y en las del Código Civil y Comercial de la Nación en cuanto sean más favorables al consumidor, corresponde analizar el resto de la prueba rendida a fin de verificar si efectivamente como afirma el actor, en el interior de la botella adquirida se encontraba un elemento extraño, raro, que por el asco que le dio le impidió consumir el producto adquirido.

En primer lugar, hemos de analizar el resultado que arroja la pericia de fs. 90/94. En ella la perito informa que “se entiende por mohos aquellos microorganismos multicelulares ampliamente distribuidos en el ambiente, alimentos, vestimenta; perjudiciales (patógenos) o no (no patógenos) para la salud. ...”. Agrega que “**se puede observar a simple vista dentro del envase un cuerpo extraño con morfología plana-circular de aproximadamente 7cm de diámetro, de color tiza, este se encuentra a la altura del cuello de la botella...en un primer momento se supone que el cuerpo extraño pudiera llegar a ser un objeto de alguna etapa del proceso por las dimensiones que presenta...al examinar el envase y más precisamente la tapa del mismo se constata que ésta presenta una leve deformación en su lateral, ya que en la misma se observan vestigios del líquido que contiene el envase, al igual que la botella y la etiqueta, presentando la aureola característica que se forma cuando un líquido impregna el papel...**”, en base a esas observaciones “llega a la conclusión que la tapa no está herméticamente cerrada como debería y que el ingreso de aire y de contaminantes del medio ambiente es un hecho evidente...”.

En base a ese indicio estima que la hipótesis más probable es que se trate de “un microorganismo, **más precisamente a un hongo**, y dado que éste ha estado recibiendo las condiciones óptimas para su desarrollo debido al defecto de la tapa pudo alcanzar el **gran tamaño** que se observa”(de 7 x 7 cm según fs. 93).

Luego con procede a realizar la apertura de la botella extrayendo el cuerpo extraño observándose en el microscopio “micelio fúngico, hifas y esporas”, agrega que también se observan en la botella manchas de color negro producto del raspaje de la tapa y de la superficie del líquido, y que al microscopio se identifican como “células vegetales y algunas hifas fúngicas sueltas”.

Dentro del líquido de la botella no se encontró ninguna hifa de hongos, por ese motivo se procedió al recuento y *“hubo que esperar varios días para su desarrollo”* aclarando que *“en lo que respecta al hongo visible a simple vista se pudo confirmar la presencia de hifas que fueron informadas, pero que corresponden solo a la masa macroscópica.”*.

A su entender *“el microorganismo pudo haber estado presente en alguna etapa del proceso y de esta forma se produjo la contaminación. El hongo tuvo la oportunidad de sobrevivir y desarrollarse gracias a que el cierre de la tapa era defectuoso y se dieron las condiciones óptimas de: temperatura, pH, disponibilidad de oxígeno y nutrientes para su crecimiento”*.

Estima que *“se puede pensar que de fábrica salió con los estándares exigidos por el CAA y en el transporte y almacenamiento se produce la deformación de la tapa lo que produjo la contaminación del productor por el ingreso del moho ambiental y dadas las condiciones óptimas...este se desarrolla sin inconvenientes”*.

En base a ello dictamina que *“el objeto extraño, masa macroscópica de color tiza y morfología circular plana es un moho...en este caso la presencia de hongos y una posible ingesta del tomate triturado no sería perjudicial para salud de una persona con un buen funcionamiento de su sistema inmunológico, ya que estos hongos son de origen ambiental y el ser humano convive con ellos. Estos ingresan a nuestro organismo a través de las vías respiratorias y cuando consumimos alimentos, por ejemplo, frutas. Ya que nuestra atmósfera no es estéril. El CAA (Código Alimentario Argentino en su artículo N° 948) contempla la presencia de los mismos por formar parte de la naturaleza del tomate...”,* y aclara que *“el desarrollo exagerado del microorganismo presente en la botella se ha dado por las condiciones en las cuales se ha almacenado hasta su exhibición en góndola y luego hasta que se realizó la pericia”*.

En su **ampliación de fs. 103/112** informa que según lo establecido por el art. 948 citado *“el tomate triturado que estaba contenido en la botella se considera **“inapto para el consumo”**, ya que el envase no se encontraba herméticamente cerrado, presentando una leve deformación en la tapa la que permitía la entrada de contaminantes ambientales, perdiendo de esta forma la esterilidad del producto”*, a su vez, *“de acuerdo al tamaño macroscópico que presentaba el hongo en el medio y a su avanzado desarrollo, indica el **mal estado de conservación del producto”***.

La perito informa además que el líquido de la botella no muestra hifas de micelio en el líquido por lo que decide incubar la muestra en medio apropiado para el crecimiento con la finalidad de poner de manifiesto la presencia de elementos microscópicos. Concluyendo que *“el tomate triturado que se encontraba contenido en la botella,...”inapto para el consumo humano”* ya que el envase no se encontraba en condiciones bromatológicamente aptas, debido a la falta de hermeticidad, presentando una leve deformación en la tapa, dado paso a contaminantes ambientales y perdiendo la esterilidad del producto y del envase”.

Asimismo, “*el tamaño macroscópico que presentaba el hongo en cuestión determina las malas condiciones de conservación. El hongo, objeto de análisis, se identifica como un Basidiomycetes, estos hongos no generan toxinas, y se constató...que al momento del análisis, observación microscópica directa...no muestra hijas de micelio en el líquido, por lo tanto no supera el valor permitido del inciso f) del art. 948 del C.A.A.*”.-

De la lectura del dictamen entonces, se extraen las siguientes conclusiones en primer lugar, que efectivamente dentro del interior de la botella había algo extraño, en el caso un hongo de gran tamaño; en segundo lugar, que el producto en esas condiciones no era apto para el consumo dado que no se encontraba herméticamente cerrado, más allá de la toxicidad o atoxicidad del hongo encontrado; en tercer lugar, que la tapa presentaba una leve deformación, observándose a más del hongo en el interior, el derrame del líquido al punto de manchar la etiqueta del producto (ver fotografías fs.105/108); en cuarto lugar, que ese líquido derramado permitió el desarrollo no sólo del hongo en el interior de la botella sino también en la tapa corona que poseía el envase tanto por fuera como por dentro de ella y por último y en quinto lugar, que en el líquido ubicado dentro de la botella no se encontraron hifas de micelio.

Es claro entonces que en algún momento posterior al llenado de la botella con el tomate triturado, sea al colocarse la tapa o luego en el transporte y manipulación del producto, esta sufrió una deformación tal que permitió que el líquido se derramara e ingresaran agentes externos, perdiendo hermeticidad, llegando en ese estado a manos del consumidor, que desprevenido adquirió el producto en condiciones ya no aptas para el consumo.

De acuerdo al testimonio del **Sr. Casimiro Eduardo Herrada Acosta (fs. 136)** quien se desempeña como director técnico bromatológico de Tadicor SA, tenemos que “*Tadicor no elabora alimentos. Lo que hace es comprar y revender. Los productos llegan a un depósito de Tadicor que está en la misma planta. Dependiendo el producto que sea va a cámara frigorífica, y si no, a los depósitos de “no perecederos”. Tienen sus temperaturas controladas ambas, dependiendo del producto, y de allí se hace la reposición al salón de venta....*”. Respecto del control relata el testigo que *es visual. La gente de Tadicor que hace la reposición ve que el envase primario no se encuentre deteriorado o con alguna otra alteración visible. Es todo lo que hace Tadicor hasta el momento de la venta. Si hubiera algún problema en un lote, o si se abollara una lata o se deteriora algún envase, inmediatamente se saca de la fenta y el lote o el producto deteriorado es devuelto al proveedor. Agrega que si se observara que los envases están hinchados o con espuma o cambio de coloración, se retira todo el lote y es devuelto al proveedor....la Municipalidad de Córdoba, concretamente de la Dirección de Calidad Alimentaria, hace controles periódicos e informa a los bromatólogos, es decir al testigo y a su equipo, que se retire tal lote del mercado. ...los hace periódicamente, al año dos veces al menos... ”.*

En relación al hongo del que da cuenta la **fotografía de fs. 38**, el testigo responde que “*está seguro que se originó en la tapa de la botella, donde luego se*

desprende por el movimiento de la botella y el manipuleo de la persona que la compró. Agrega que ese hongo es difícilmente visualizable porque habría estado pegada en la tapa y en el movimiento de la botella al llevarla en el baúl del auto, se habría desprendido”.

Preguntado si recibió algún tipo de denuncia relacionada con una salsa de tomate en mal estado, en el mes de julio de 2015, responde que “no recuerda, pero puede ser que hayan hecho la denuncia en Tadicor...”. Preguntado si existe personal de Tadicor SA dedicado en forma exclusiva al control de los productos dijo que “los reposidores son los que hacen una primera revisión antes de poner en góndola los packs. El testigo luego hace un muestreo del producto, en base a una muestra. Ejemplo: se toma una botella del pack o lote y se ven las características del producto y toda la información que tiene en el rótulo, fecha de vencimiento, habilitación del producto vigente o no, información del producto nutricional, etc. No se revisa el lote entero, sino se hace un muestreo”. Asimismo aclara que Tadicor SA es un autoservicio por mayor y menor, “en el cual hay compradores que se llevan el pack sin abrir, por lo cual no hay manera de saber si hubiera un envase deteriorado en el centro del pack o lote...”. Luego concluye diciendo que nunca tuvieron una clausura por ninguna causa.

El testimonio precedente permite inferir en correlación con el resto de la prueba ya analizada la factibilidad de que la botella o haya salido de la fábrica ya mal cerrada sin la hermeticidad necesaria, o que por alguna circunstancia durante su transporte, manipulación, reposición, etc., haya perdido a posteriori, esa hermeticidad, llegando a manos del consumidor en un estado inapropiado para su consumo. También resulta útil para corroborar que el sistema de control visual y por muestreo que desarrolla la demandada, no le permitió advertir el estado en que se encontraba el producto posteriormente adquirido por el actor.

Asimismo, es útil para corroborar que el gran tamaño que presentaba el hongo, del que da razón no sólo la pericia sino las fotografías acompañadas a la demanda integrantes del acta notarial y que -como refiere el testigo, probablemente se originó en la tapa- indicaba un tiempo de desarrollo por demás importante, de donde concluyo que el control de los productos, sea por parte de los reposidores y luego por el equipo de bromatología de la firma demandada, no fue suficiente para evitar poner a disposición del consumidor un producto no apto para el consumo, o no tuvo en definitiva, la periodicidad necesaria para advertir a tiempo el mal estado en que se encontraba la botella de tomate triturado comprada por el consumidor.

VI) Conforme lo señala con precisión la Cámara 8ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial al resolver en autos “**Atay, Manuel José c/Embotelladora del Atlántico SA ordinario otros Expte n 5495321**” del 8 de marzo del corriente año, el régimen de responsabilidad previsto en el Derecho del Consumidor es netamente objetivo y de interpretación más restrictiva que la prevista en el art. 1113 CC, hoy arts. 1722, 1757 y 1758 CCC por encontrarse en juego los derechos del consumidor cuya protección tiene

jerarquía constitucional (art. 42 CN), concibiéndoselo “...como un régimen de protección intensificado”.

Así el art. 40 de la LDC “...contempla la responsabilidad **de todos los agentes de la cadena de comercialización de un producto –por riesgo o vicio de esta- o prestación de un servicio, de manera solidaria, y eximiéndolos total o parcialmente si demuestran que la causa del daño le ha sido ajena. Se ha dicho que la causa de este criterio de atribución radica en la potencialidad riesgosa y el beneficio que se obtiene con las actividades económicas (conf. LOVECE, Graciela I., “El consumidor ante las reparaciones no satisfactorias”, LA LEY, 31/12/2013, 6, Cita Online: AR/DOC/3889/2013, p. 2). Al consumidor solo le basta con probar el daño y la relación de causalidad con el hecho, pesando sobre la cabeza del proveedor la ruptura del nexo causal ya sea por culpa de la víctima, de un tercero por el cual no debe responder o caso fortuito o fuerza mayor (“causa ajena del daño”)-**”.-

Asimismo, en la relación de consumo, y sobre todo en relación a Tadicor SA en la relación contractual que lo une con el actor, rige además el **deber u obligación de seguridad** “...en virtud de la cual una de las partes del contrato se compromete a devolver al otro contratante, ya sea en su persona o sus bienes sanos y salvos a la expiración del contrato, pudiendo ser asumida tal obligación en forma expresa por las partes, impuesta por la ley, o bien surgir tácitamente del contenido del contrato, a través de su interpretación en base al principio de buena fe”... Esta obligación de seguridad tiene su fuente en el principio de buena fe (art. 1198 CC, art. 9 CCC y art. 37 LDC), en el art. 42 de la Constitución Nacional, y en los arts. 5 y 6 LDC. El art. 5 de la LDC expresa que las cosas o servicios **no deben implicar peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores en condiciones normales de uso. Mientras que el art. 6 contempla dicha obligación de seguridad al ordenar que las cosas o servicios cuya utilización pueda suponer un riesgo para la salud o la integridad física de los consumidores, deben comercializarse observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas o razonables para garantizar la seguridad de ellos**”.

Dado que este deber pesa sobre todo proveedor de bienes y servicios (art. 2 LDC), y constituye una obligación de carácter principal y autónoma (que hace a la esencia del contrato de consumo) transformándose en virtud de la normativa citada, en una obligación central de seguridad real y concreta (conf. LOVECE, Graciela I. “Las relaciones de consumo. La prevención, la seguridad y el riesgo empresario”, LA LEY 04/08/2016, 7, Cita Online: AR/DOC/2349/2016), es que estimo que en el caso bajo examen tanto debe ser condenado a resarcir los daños que se le hubieran irrogado al actor, Tadicor SA, como a la sociedad que elaboró el producto y de manera solidaria, ya que ninguna de ellas acreditó la ruptura del nexo de causalidad adecuada entre el vicio que efectivamente presentaba la cosa (falta de hermeticidad con un hongo de gran tamaño en su interior) y el resultado dañoso (imposibilidad de consumo del producto), daño directo, o

los perjuicios derivados de manera indirecta pero provocados por el mismo hecho en la esfera extrapatrimonial, sobre lo que volveré más adelante.

A las demandadas les correspondía acreditar que la cosa no tenía el vicio o defecto que la hacía inepta para el consumo, o que en definitiva, los daños irrogados al actor provenían de una causa que le era ajena.-

Este deber de seguridad se agrava cuando se trata de la provisión de bienes destinados al consumo humano. Así el **Código Alimentario Argentino (CAA)** en el que se basa el dictamen pericial, establece (art. 2º) que: *“Todos los alimentos, condimentos, bebidas o sus materias primas y los aditivos alimentarios que se elaboren, fraccionen, conserven, transporten, expendan o expongan, deben satisfacer las exigencias del presente Código...”*, y en correlación con ese mandato en el art. 6 bis expresa que: *“Queda terminantemente prohibida la tenencia, circulación y venta de alimentos y sus primeras materias, alterados, contaminados, adulterados, falsificados y/o falsamente rotulados bajo pena de multa, prohibición de venta y comiso de la mercadería en infracción”*, explicitando el art. 6º inc. 7 que un alimento adulterado es aquel que *“...ha sido privado, en forma parcial o total, de sus elementos útiles o característicos, reemplazándolos o no por otros inertes o extraños; que ha sido adicionado de aditivos no autorizados o sometidos a tratamientos de cualquier naturaleza para disimular u ocultar alteraciones, deficiente calidad de materias primas o defectos de elaboración...”*.

Si de acuerdo a lo que expone la perito, el Código Alimentario exige que cuando se trata de la venta de una conserva *“elaborada por trituración mecánica de tomates”*, debe elaborarse con tomates *“...sanos, limpios, enteros, libres de pedúnculos y hojas, maduros y de estructura consistente...”*, y presentarse en envases *“bromatológicamente aptos”*, esto es, *“herméticamente cerrados, esterilizados industrialmente...”*, sin *“...ningún resto de fabricación de otras conservas...”*, etc., va de suyo que el régimen de atribución de responsabilidad objetiva debe aplicarse con estrictez ya que la ingesta en malas condiciones puede provocar daños a la salud (art 42 CN).

Con razón señala la Cámara que venimos siguiendo que *“las consecuencias que podrían derivar de un hipotético vicio en estos productos deben ser juzgadas con mayor severidad. Es que en cuestiones donde puede hallarse comprometida la salud, el criterio a adoptarse tendría que ser de “tolerancia cero” (arg. conf. CNCom. esta Sala, in re, “Raspo Miguel Ángel y otros c. Swiss Medical S.A. s/ ordinario” del 02/06/2015). (cit. por CNCom. Sala B, en autos: “Barrera, Jorge Ramón c. Coto Centro Integral de Comercialización S.A. s/ ordinario”, 10/03/2016, Cita Online: AR/JUR/13494/2016).”*.-

En conceptos referidos al CCCN pero que estimo útiles referir en relación al presente caso, Vallespinos y Pizarro (*Tratado de Responsabilidad Civil*, t. II, Parte Especial, p. 477 y ss) enseñan que *“el régimen de responsabilidad contractual presupone la existencia de una vinculación directa de esa naturaleza entre el adquirente y el consumidor y el empresario demandado (fabricante, vendedor etc.)....La responsabilidad contractual pro productos se configura cuando: 1) el adquirente o el consumidor adquiere*

el producto defectuoso directamente de del proveedor profesional. 2) En aquellos supuestos en los cuales, habiendo una cadena de eslabones en el proceso de comercialización, el adquirente o el consumidor final damnificado, pretende el resarcimiento de quien contrató con él (v.gr.el vendedor). 3) cuando los daños los experimenta un intermediario, que dirige su acción contra quien contractualmente le suministró la cosa. ...La responsabilidad contractual...se enmarcará en las previsiones de la ley de defensa del consumidor 24.240 cuando concurren los requisitos previstos por los artículos 1º y 2º de la misma y por los artículos 1092 y 1093 del código civil y comercial. En caso contrario regirán las normas del derecho común. Dentro de ese contexto es posible distinguir dos situaciones claramente diferenciables, según el daño causado por el producto derive de la lesión del interés de prestación o de otro distinto del acreedor". En el primero el defecto lesiona el interés de prestación del consumidor provocándole un daño. "Se trata de detrimentos que provienen de deficiencias en el producto objeto de la contratación, que lo tornan inapto para el uso o finalidad para la cual está destinado, aspecto que debe ser ponderado atendiendo a su naturaleza, al uso que razonablemente era dable esperar del mismo conforme al curso normal y ordinario de las cosas, a las condiciones de la oferta y a las precisiones efectuadas en la publicidad...y naturalmente a los propios términos de la contratación". Se trata de un incumplimiento negocial por defectos o deficiencias de calidad por inadecuación del producto a lo prometido, "lo cual conlleva la frustración total o parcial, absoluta o relativa, según los casos, del interés que el acreedor procuraba satisfacer a través de la prestación...". Tanto comprende la responsabilidad contractual por incumplimiento del régimen legal obligatorio de garantías convencionales o legales de calidad, inocuidad y buen funcionamiento ara bienes de uso durables, como la responsabilidad por vicios redhibitorios (arts. 1051 y ss, CCCN y arts. 18 y concs.ley 24.240).

Luego explican los maestros cordobeses que *"también pesa sobre el proveedor profesional una obligación de seguridad y garantía respecto del adquirente o del consumidor con el que ha contratado, que le impone suministrar productos que no causen daños a este último en su persona o en sus bienes". Así dispone el art. 5 de la LDC 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 para la salud o integridad física de os consumidores o usuarios". Se impone de tal modo, una obligación expresa de seguridad, de resultado, de mantener la persona y bienes del cocontratante en condiciones de indemnidad, la cual no se cumple cuando el producto , a raíz de sus deficiencias, ocasiona un perjuicio a su persona o a sus bienes...no estamos aquí frente a daños intrínsecos sino extrínsecos, que derivan de la lesión a intereses no ligados al objeto mismo de la obligación sino a otros bienes materiales o inmateriales del acreedor. La responsabilidad por incumplimiento de la obligación de seguridad que expresamente determinan los arts. 5º, 6º y conc, de la ley 24,240 y modo implícito por el artículo 961 del código civil y comercial tiene...naturaleza contractual, y es en todos los casos alcanzada*

por un factor objetivo de atribución (art. 1723 del CCN). Por aplicación del artículo 40 de la ley 24.240 (to. Ley 24.999) el consumidor damnificado también tiene acción resarcitoria en contra de otros legitimados pasivos no vinculados a él contractualmente (v.gr. el fabricante, el importador, etc.). Dicha responsabilidad es de naturaleza extracontractual...”.-

De acuerdo al **art. 40 de la LDC** frente al consumidor responden solidariamente por los daños resultantes del vicio de la cosa tanto el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor como el vendedor (op.cit. p. 487).

Al explicar las eximentes señalan que guardan estricta coherencia con el carácter objetivo en que se fundamenta la responsabilidad “*de allí que sólo se admita el hecho del damnificado (art. 1729 CCCN) el hecho de un tercero extraño (art. 1731) y el caso fortuito de fuerza mayor extraños al riesgo de la actividad desplegada (arts. 1730 y 1733 inc. e) CCCN)...en el ámbito de los daños causados al consumidor, las eximentes se valoran con criterio restrictivo, particularmente el hecho de la víctima...la exoneración del proveedor profesional sólo procede cuando “el comportamiento de la víctima manifiesta un rechazo a las precauciones más elementales, o cuando su comportamiento atestigüe una temeridad activa es decir un esfuerzo hecho para desafiar las reglas de la seguridad...”*”

VII) Sentada entonces tanto la responsabilidad de la vendedora como del fabricante al poner a disposición del consumidor un producto inepto para el consumo contraviniendo las reglas dispuestas en el Código Alimentario Argentino para su comercialización, corresponde entrar a considerar la indemnización debida al consumidor.

En orden al daño material, el actor reclama se le reintegre la suma que debió pagar por la botella de tomate triturado Alco , en el caso la suma de \$ 19.89 según ticket de fs. 23.-

El pedido es procedente en tanto se advierte que se vio frustrada de manera total la posibilidad de consumo del producto adquirido.

En base a ello corresponde condenar a la demandada a restituirle la suma referida **de pesos diecinueve con ochenta y nueve centavos (\$ 19,89)** con más los intereses que más abajo se explicitan a partir del 11 de julio de 2015, fecha en que tuvo lugar la compra.-

VIII) En orden al daño moral el actor reclama se mande a pagar la suma de \$ 5.000 como consecuencia del desagrado que padeció con motivo del estado que presentaba la botella con un objeto extraño en su interior, al punto que no pudo cenar ese día y por un tiempo considerable le impidió volver a probar una salsa de tomate.

Se ha rendido prueba suficiente que permite tener por verosímil el asco que el actor refiere haber padecido la noche que se disponía a consumir el producto tanto en virtud de las testimoniales rendidas como en especial, en razón de la magnitud que tenía el hongo que había en la botella, visible ya en ocasión del acta notarial y que al tiempo de la pericia ya presentaba un gran tamaño. Si tenemos en cuenta que la hipótesis más probable es que el hongo que estaba adherido a la tapa del producto cayera dentro de la salsa de tomate con

motivo de los movimientos de su transporte luego de la compra (ver testimonio del Sr. Herrada Acosta ya referido), surge verosímil que el consumidor no hubiera podido advertir su presencia cuando adquirió la botella y como altamente probable la sorpresa y el razonable disgusto que debió sentir al advertir –afortunadamente- antes de abrirla que algo raro tenía en su interior.-

Los testimonios de las Sras. Muñoz y Toettli son claros y convincentes sobre lo sucedido. Dice Muñoz (fs.141) *“entre los tres empezamos a mirar la botella y vimos que había algo. Obvio que esa noche no comimos porque al ver la botella y parecía como una tripa o algo así....fue un asco, mucha impresión. No llegamos a abrirlo, lo vimos, nos dio un asco, yno comimos nada...luego del evento no volvieron más a Tadicor SA y que no compraron más ese producto en botella”*. Su testimonio ha sido corroborado por Toettli (fs. 143) quien sobre el punto refiere que *“parecía carne...fue totalmente un asco”*, lo que permite desechar la impugnación que realiza la codemandada sobre la veracidad de sus dichos, ya que pese a la estrecha relación que la une con el actor, su relato se corresponde con lo que de ordinario sucede en situaciones como la descrita en la demanda.

De modo que el pedido de reparación del daño moral resulta procedente en tanto se ha acreditado no sólo la imposibilidad inmediata de consumir el producto sino también el disgusto padecido y la molestia que luego soportó al verse en la necesidad de encauzar su reclamo ante Tadicor SA, presumiblemente de manera telefónica, sin obtener la satisfacción que el actor estimaba le correspondía.

En ese sentido advierto que no se descarta la existencia del reclamo extrajudicial por parte del consumidor, contrariamente a lo afirmado en el responde, en tanto el Sr. Herrada Acosta (fs. 136), si bien no lo recuerda no lo descarta (ver testimonio de fs.141).

No considero no obstante que las molestias y gastos en los que luego incurrió al pedir la intervención de un notario (fs. 21 y 24/30), tengan relación directa con el hecho mismo de la compra de un producto no apto para el consumo, ya que todo indica que la diligencia se enderezaba a preservar la prueba de lo ocurrido en miras al posterior reclamo judicial.

En base a lo expuesto considero suficiente mandar a pagar por este rubro la suma de **pesos dos mil (\$ 2.000) a valores al día de la fecha**, a la que se adicionarán los intereses que más abajo se establecen.-

IX) Dado que Tadicor SA ha introducido el planteo de **inconstitucionalidad del art. 52 de la LDC**, corresponde señalar que éste reza: *“Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil*

que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley.”-

Al respecto cabe señalar que nuestro Máximo Tribunal Provincial en autos **“Defilippo, Dario Eduardo y otro c. Parra Automotores S.A. y otro s/ abreviado - cumplimiento/resolución de contrato - recurso de casación e inconstitucionalidad”** – en posición que compartimos- se ha expedido por la constitucionalidad de dicha norma, enfatizando que el daño punitivo no se encuentra en pugna con norma constitucional alguna pues *“...los daños punitivos se enmarcan en el principio protectorio de rango constitucional, que resguarda los derechos de los consumidores y usuarios, y que es el que da origen y fundamenta el Derecho del consumidor”*. Que *“desde la vigencia del nuevo texto constitucional (art. 42, C.N.) ‘...la protección del consumidor ha sido admitida como un principio general informador del ordenamiento jurídico de Derecho Privado, de tal modo que ello le confiere a ese sector del Derecho una dinámica y una lógica propias que obligan a los jueces —y a cualquier otra autoridad— a actuar de conformidad con las valoraciones inherentes, al mismo tiempo de interpretar y aplicar la normativa especial o general que rige las relaciones de consumo”* (TSJ, Sent. N° 60 del 10/05/2016). Resalta el Tribunal que los “daños punitivos” han sido definidos como *“...sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro”* (PIZARRO, Ramón D., *“Daños Punitivos, en Derecho de Daños”*, Segunda Parte, la Roca, Buenos Aires, 1993, pág. 291/292).

Arriba dicho Tribunal a la conclusión de que la figura es de naturaleza de Derecho Privado, en razón de que *“...es posible colegir que existe una total correspondencia entre los objetivos a que tiende el instituto de los daños punitivos, con los diversos propósitos que en la actualidad se asignan al Derecho de Daños, el que además de contener una finalidad resarcitoria, también cumple particular relevancia la faz preventiva, como la faceta punitiva, destinada a sancionar los comportamientos dañosos”*.

Y así agrega que *“...el propósito punitivo del instituto no le otorga sin más el carácter penal, ya que el Derecho de Daños puede y debe cumplir una finalidad de esta índole, la que no es excluyente del Derecho Penal, con lo cual no se advierte inconveniente alguno en su emplazamiento en la esfera privada (...) La sanción punitiva en el Derecho del consumidor se explica por la función de tutela que la Ley 24.240 atribuye al Estado, a los efectos de disuadir a las empresas proveedores de incurrir en conductas reiteradas que lesionen a los bienes jurídicos protegidos por la ley de Defensa del Consumidor.”* Y por otro lado que: *“La prevención es hoy un objetivo esencial del Derecho Civil y ello ha quedado claramente evidenciado a partir de la sanción del Cód. Civil y Comercial donde se ha consagrado en forma expresa la función preventiva de los daños”*.

En este sentido, el nuevo Cód. Civil y Comercial menciona expresamente en su art. 1708, junto con la reparación, a la prevención del daño como uno de los principios sobre los cuales sus normas deben ser interpretadas y aplicadas, incluyendo dentro de dicho ordenamiento jurídico una sección específicamente denominada “Función preventiva y punición excesiva”, dentro de la cual se puede destacar el art. 1710 que enuncia una suerte de principio general sobre el “deber de prevención del daño”.-

Tales funciones del Derecho Privado, se condicen plenamente con *“la verdadera finalidad de esta institución [el daño punitivo], la que apunta a dos objetivos esenciales: prevenir el acaecimiento de hechos similares, favoreciendo la prevención de futuras lesiones y por otro, punir graves inconductas”*.-

En síntesis, atento su naturaleza civil, concluye el TSJ que no puede sostenerse la inconstitucionalidad por la inobservancia de garantías penales en materia no criminal. Hacemos nuestras las razones expresadas por el T.S.J.-

Asimismo, compartimos lo señalado por la doctrina en cuanto a que, de igual modo, la figura bajo análisis no es contraria a las garantías penales del art. 18 de la CN ya que *“...cumple con el principio de legalidad, pues está expresamente consagrado en el art. 52 bis de la LDC y la doctrina y jurisprudencia han delineado sus principales requisitos que se añaden a los legales; también se cumple con el debido proceso, pues siempre son aplicados en sede jurisdiccional, en un procedimiento en el que se desarrollan todas las etapas, se concede al proveedor el derecho de defensa en juicio y a ofrecer toda la prueba que hace a su derecho, en el que finalmente el juez puede condenarlo al pago del daño punitivo; y por último, existe un juez natural que será el que corresponda a la jurisdicción y competencia que corresponda según el caso, pero no es posible que el daño punitivo sea aplicado en sede administrativa”* (GARZINO, María Constanza; “La constitucionalidad del daño punitivo: una nueva convalidación por el TSJ de Córdoba”, La ley online, Publicado en: LLC 2016 (julio) , 5).-

Finalmente, cabe destacar lo señalado por el Dr. Ibarlucía en cuanto a que: *“El análisis debe partir de la base de que, como ha dicho la Corte Suprema Nacional reiteradamente, la declaración de inconstitucionalidad es la última ratio del orden jurídico* (Fallos: 256:602; 302:166; 307:531; 316:188; 324:3219, entre otros). Es decir, es el último recurso al cual debe acudir, dado que debe presumirse que el legislador actúa respetando la Constitución. Ello conduce a que debe hacerse el esfuerzo de la interpretación conforme a la Constitución y a los tratados de derechos humanos de igual jerarquía, máxima que hoy consagra expresamente el art. 1 del C.C.C. (...). Ello implica que si una norma ofrece dos (o más) interpretaciones posibles, una de las cuales conduce a su inconstitucionalidad y otra a su validez constitucional debe optarse por esta última.-

Es cierto que, tal como está redactada la norma, parece irrazonable (art. 28 C.N.), toda vez que contempla la sanción por el sólo incumplimiento de obligaciones legales o convencionales, sin ninguna especificación acerca de la conducta pasible de ella ni gravedad alguna, dejando su imposición y graduación a la mera discrecionalidad del juez

sobre la base de pautas tan abiertas como la “*gravedad del hecho y demás circunstancias del caso*”. Pero, paradójicamente, es precisamente esta discrecionalidad judicial la que permite una interpretación conforme a la Constitución. Es decir, el juez debe interpretar el art. 52 bis en armonía con el art. 42 de la C.N. y con resto de la ley.” (Cám. CC de Mercedes, sala I, “Lespade, Carlos Matias c. Telecom Personal SA s/ daños y perj. incump. contractual (exc. estado)”, 28/06/2016).-

En consecuencia, entendemos que el instituto bajo estudio respeta el principio de legalidad por lo que deviene constitucional.-

X) Con respecto a las pautas para su procedencia, se ha dicho que éstas, de acuerdo a una interpretación sistemática y funcional de sus notas típicas, son: a) el incumplimiento de obligaciones legales y contractuales; b) la gravedad de la falta, como dato objetivo que no requiere necesariamente de un daño físico o patrimonial, pero que de algún modo debe impactar en el consumidor, tal como sería la hipótesis del art. 8° bis de la LDC; c) la situación particular del dañador, especialmente en lo atinente a su fortuna personal; d) los beneficios procurados u obtenidos con el ilícito; e) la posición de mercado o de mayor poder del punido; f) el carácter antisocial y reprochable de la conducta y su repercusión en el medio social, es decir, el factor de atribución subjetivo, que se descubre ante el menosprecio a los derechos de los consumidores y usuarios; g) la finalidad disuasiva futura perseguida; h) la actitud ulterior del demandado, una vez descubierta su falta, debiendo también considerarse muy especialmente la conducta asumida sea en sede administrativa, sea en sede judicial; i) el número y nivel de empleados comprometidos en la conducta de mercado; j) los sentimientos heridos de la víctima.” (JUNYENT BAS, Francisco, “Recaudos de procedencia del Daño Punitivo. A propósito de la disparidad de criterios en "Teijeiro" y "Esteban"”, LA LEY 14/08/2017,7, Cita Online: AR/DOC/2153/2017).-

Corresponde poner de resalto la necesidad de un factor de atribución de responsabilidad de índole subjetiva donde adquiere especial importancia la conducta desplegada por la demandada.-

X) Trasladando estos conceptos al caso de autos, estimo que en la especie la procedencia de la aplicación de la sanción ha de ponderarse en función del objetivo perseguido con ella, esto es, el castigo al incumplidor con una finalidad ejemplificadora o moralizadora con el objetivo de prevenir conductas similares que afecten los derechos de otros consumidores. La conducta ha de ser reprochable y a su vez, la imposición de la multa debe tener como objetivo disuadir al infractor de la comisión de nuevos comportamientos similares.

En este sentido y analizando la prueba rendida en autos, se advierte que el sistema ideado para controlar el estado en que se encuentran los productos en la góndola respecto de Tadicor SA, es falible ya que en el caso bajo examen ni los reposidores ni el personal especializado en bromatología, dependientes de la codemandada, fueron capaces de advertir que la tapa de la botella con tomate triturado, había perdido su hermeticidad al punto de derramarse líquido manchando la etiqueta, presentar hongos alrededor de la tapa y tener un

hongo en desarrollo en su interior, y si bien tampoco lo advirtió el consumidor al retirar el producto, lo cierto es que el consumidor confía en que si está exhibido y a su alcance es porque previamente fue chequeado su buen estado y nada le impedía su consumo.

Por su parte, y en relación a la empresa elaboradora del producto, la falta de previsión de un sistema que asegure la hermeticidad del cierre de la botella (tapa corona) por algún medio que ante un golpe o su manipulación le impida perder esa hermeticidad, me inclinan a considerar oportuna la admisión de la sanción punitiva solicitada en aras a prevenir que este suceso vuelva a ocurrir en el futuro dejando al alcance de los consumidores un producto mal cerrado y que por las reglamentaciones vigentes su contenido no sea apto para el consumo humano.

Como señala el TSJ en el antecedente citado *“la prevención es hoy un objetivo esencial del Derecho Civil y ello ha quedado claramente evidenciado a partir de la sanción del Código Civil y Comercial donde se ha consagrado en forma expresa la función preventiva de los daños. En este sentido, el nuevo Código Civil y Comercial menciona expresamente en su art. 1708, junto con la reparación, a la prevención del daño como uno de los principios sobre los cuales sus normas deben ser interpretadas y aplicadas, incluyendo dentro de dicho ordenamiento jurídico una sanción específicamente denominada “función preventiva y punición excesiva”, dentro de la cual se puede destacar el art. 1710 que enuncia una suerte de principio general sobre el “deber de prevención del daño”. Por su parte el art. 1711 contempla una “acción preventiva” general aplicable a cualquier acción u omisión antijurídica que haga previsible la producción de un daño, su continuación o su agravamiento. La responsabilidad civil asume así una función tripartita: preventiva, reparatoria y punitiva, dentro de las cuales el daño punitivo tiene un desempeño y rol primordial.”.-*

No se ha rendido prueba que permita conocer la cantidad de repositorios que trabajan a las órdenes de la demandada, la frecuencia diaria, semanal o quinquenal que estos hacen el control de los productos remanentes de las góndolas, ni tampoco cuántas personas tiene a cargo la dependencia que se ocupa de realizar los controles de los lotes, con qué frecuencia lo hace y qué tipo de medidas dispone cuando encuentra un producto en condiciones no aptas para el consumo, ni tampoco el costo adicional que representaría para un producto como el adquirido por el actor la colocación de un precinto o cierre más hermético que evite el ingreso de aire o el derrame del producto, por lo que la cuantía de la sanción se estimará prudencialmente tomando como valor de referencia la escala salarial de los empleados de comercio vigente a julio de 2015 fecha de la compra (\$ 10.000) multiplicado por diez (<http://www.faecys.org.ar/escalas-salariales-abril-de-2015-a-octubre-2015>), quedando fijada la indemnización en la suma de **pesos cien mil (\$ 100.000)** al 20 de abril de 2018.-

Tengo en cuenta por un lado, la actividad propia de las demandadas, y por el otro, que la sanción debe guardar cierta correspondencia con la finalidad disuasiva que le cabe a la sanción punitiva. La sanción debe ser de tal entidad que disuada a la demandada a

repetir conductas ilegales similares y a su vez, no ser tan exigua que desaliente reclamos como el presente que auxilian a mantener vigentes las reglas de buena fe y confianza recíprocas que resultan fundamentales en este tipo de relaciones.

XI) En base a lo expuesto corresponde hacer lugar parcialmente a la demanda y en consecuencia, condenar a Tadicor SA y a Industrias Alimenticias Mendocinas S.A. a abonarle al actor la suma de **pesos ciento doce mil diecinueve con ochenta y nueve centavos (\$ 112.019,89)**, en el término de diez días, la que se integra por la suma de \$ 19,89, por daño emergente, la de \$ 2.000 por daño moral y la de \$ 100.000 por daño punitivo en el marco del art. 52 de LDC, desechando la inconstitucionalidad impetrada por la codemandada Tadicor S.A..-

XII) En lo que hace a los intereses se fijan en el equivalente a la tasa pasiva promedio que publica el BCRA con más un dos por ciento mensual (2%), y correrá hasta el efectivo pago, en el primer caso (\$ 19,89) desde el 11-07-2015, y en los otros dos rubros desde el 20 de abril del cte. año.

Descripción	Desde	Hasta	Tasa Actualización	Tasa Interés	Monto
Valor producto	11/10/2015	20/04/2018	0,00%	0,00%	\$19,89
Tasa pasiva + 2% mensual	11/10/2015	20/04/2018	150,49%	156,69%	\$61,10
Daño moral	20/04/2018	20/04/2018	0,00%	0,00%	\$2.000
Daño punitivo	20/04/2018	20/04/2018	150,49%	156,69%	\$100.000
>>Total Capital					\$112.080,99
>> Total General					\$112.080,99

XIII) El principio general en los procesos por indemnización de daños y perjuicios, es que las costas integran el resarcimiento aunque la demanda no prospere íntegramente, ya se trate de daños y perjuicios emanados de hechos ilícitos o cuasidelitos o los provenientes de la culpa contractual. En este sentido ha dicho la jurisprudencia: *"Conforme al principio general, las costas deben ser impuestas al demandado en su carácter de vencido y en razón de que se le imputa el 100% de responsabilidad, aunque la demanda no prospere íntegramente, pero ello siempre que se trate de rubros en que su fijación definitiva dependa de una estimación judicial y no se haya incurrido en plus petición"* (cfr. Loutayf Ranea "Condena en costas en el proceso civil", pág. 139).-

En base a lo expuesto estimo que las costas han de quedar a cargo de las demandadas vencidas (art. 130 del C. Proc.) regulándose los honorarios del letrado del actor en el 21% de la base regulatoria y la de los peritos oficiales en alimentación y médico, en un equivalente a 15 jus y 8 jus, respetivamente.-

Los honorarios de los peritos de control no se regulan en esta oportunidad en función de no haber presentado el dictamen y ser de aplicación del art. 26, a contrario sensu, del C. Arancelario conforme la remisión del art. 47 del C.A., sin perjuicio de que los interesados concurren a solicitar la respectiva regulación.-

Por todo ello, normas legales citadas y lo dispuesto en los arts. 36, 39 y conc. del C. Arancelario,

RESUELVO

1º) Hacer lugar parcialmente a la demanda y en consecuencia, condenar a Tadicor SA y a Industrias Alimenticias Mendocinas S.A., de manera solidaria, a abonarle al actor la suma de pesos ciento doce mil diecinueve con ochenta y nueve centavos (\$ 112.019,89), en el término de diez días, con más los intereses fijados en el considerando XII y las costas del juicio.-

2ª) Regular de manera definitiva los honorarios del Dr. Ignacio Arrigoni en la suma de pesos xxxxxxxxx(\$xxxxx), no regulándose los honorarios del Dr. Juan José Castellanos y Emilio J. Crespo en atención a lo dispuesto por el art. 26, a contrario sensu, del C. Arancelario.-

3º) Regular los honorarios de perito en industria alimentaria, Técnico Sup. Paola Vanesa Sepúlveda de Prado, en la suma de pesos xxxxxxxx (\$ xxxxx).-

4º) Regular los honorarios de la perito médico Dra. María Elena Fernández Sosa en la suma de pesos xxxxxx (\$ xxxxx).-

Protocolícese, hágase saber y dese copia.-

VILLAGRA de VIDAL, Raquel
JUEZ/A DE IRA. INSTANCIA