

**Voces:** RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE - DAÑOS Y PERJUICIOS - DAÑO PUNITIVO - PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR - DAÑO MORAL - DEFENSA EN JUICIO - DEBIDO PROCESO - RESPONSABILIDAD OBJETIVA - PRINCIPIO DE INOCENCIA - RELACIÓN DE CONSUMO

**Partes:** Tejeiro (o) Teigeiro Luis Mariano c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G. | abreviado - otros

**Tribunal:** Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba

**Sala/Juzgado:** Tercera

**Fecha:** 17-abr-2012

**Cita:** MJ-JU-M-71797-AR | MJJ71797

**Producto:** COR,SOC,MJ

Se revoca la multa civil del art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor y la indemnización por daño moral acordadas a favor del consumidor -quien, tras adquirir una botella de gaseosa, advirtió que contenía un envoltorio de gel íntimo- y se ordena al fabricante restituir una botella idéntica a la adquirida.

#### **Sumario:**

1.-Corresponde confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto condenó a la empresa demandada a restituir al actor -quien tras adquirir una botella de gaseosa, advirtió que contenía un envoltorio abierto y usado de gel íntimo para preservativos- una botella igual a la adquirida, pues se ha configurado objetivamente un hecho antijurídico imputable a la demandada en su condición de proveedora, que consiste en un incumplimiento de sus obligaciones para con el consumidor derivadas de la relación de consumo, pues basta con observar la botella para comprobar que el producto que ha recibido el consumidor tiene un defecto ostensible que lo torna no apto para ser ingerido.

2.-Corresponde modificar parcialmente la sentencia de primera instancia -que admitió la demanda de daños y perjuicios incoada por un consumidor quien, tras adquirir una botella de gaseosa, advirtió que contenía un envoltorio abierto y usado de gel íntimo para preservativos-, dejando sin efecto la condena a indemnizar el daño moral, pues si bien el solo hecho de verse impedido de consumir la gaseosa en el momento en que había decidido hacerlo significa ya una contrariedad, a lo que se suma que el destino que tiene el producto cuyo envoltorio abierto se encontró en la botella pudo haberle añadido al disgusto una dosis de aprensión, esas circunstancias, que objetivamente no pasan de ser disgusto, fastidio, incomodidad y aprensión, no alcanzan a configurar una lesión espiritual susceptible de generar el derecho a ser indemnizado.

3.-Corresponde modificar parcialmente la sentencia de primera instancia -que admitió la demanda de daños y perjuicios incoada por un consumidor quien, tras adquirir una botella de gaseosa, advirtió que contenía un envoltorio abierto y usado de gel íntimo para preservativos-, dejando sin efecto la multa civil, pues no se está frente a lo que se denomina daño lucrativo, es decir, aquellos que se producen por una omisión deliberada de ciertos cuidados o precauciones exigibles, con el propósito de abaratar costos o incrementar la ganancia, ni frente a un defecto generalizado ni reiterado en algún número significativo de casos.

4.-Para la imposición de la multa civil a que se refiere el art. 52 bis de la LDC, no bastan las circunstancias que autorizan a atribuir objetivamente la responsabilidad al proveedor por su calidad de tal, sino que es necesario que concurra un reproche subjetivo de gravedad tal que torne conveniente adoptar esa medida excepcional con el objeto de disuadir al dañador de la actitud que ha generado el ilícito, para evitar que continúe repitiéndose.

5.-La multa civil tiene un carácter esencialmente punitivo o sancionatorio y, por tanto, no puede ser aplicada en base a factores objetivos de atribución de responsabilidad sin violar los principios constitucionales de inocencia, del debido proceso y de la defensa en juicio (art. 18, CN.).

6.-La ausencia de pruebas que demuestren que el cierre de la botella no ha sufrido alteración o manipulación después de haber salido de la planta embotelladora de la accionada no obsta a que se concluya que se configuró un hecho antijurídico atribuible a ella, pues la botella, que contiene un defecto visible, no presenta signos que a simple vista permitan sospechar que ha sido abierta con posterioridad al proceso de embotellamiento en la planta, sino que más bien debe presumirse lo contrario, porque lo que ocurre conforme al curso normal y ordinario de las cosas es que una botella con tapa a rosca no puede ser abierta sin que se rompa el precinto colocado por debajo de ella.

---

En la ciudad de Córdoba a los diecisiete días del mes de Abril del año dos mil doce, se reúnen en audiencia pública los señores Vocales de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Tercera Nominación Dres. Beatriz Mansilla de Mosquera y Guillermo E. Barrera Buteler con la integración del Dr. Jorge Arrambide, con el objeto de dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: "TEIJEIRO (O) TEIGEIRO, LUIS MARIANO C/ CERVECERÍA Y MALTERÍA QUILMES S.A.I.C.A. Y G. - ABREVIADO - OTROS - (EXPTE. N°1639507/36)", venidos del Juzgado de Primera Instancia y 5° Nominación Civil y Comercial, en virtud de los recursos de apelación interpuestos a fs. 595 por la parte demandada contra la Sentencia Número Noventa y siete de fecha veintitrés de marzo de dos mil once y su aclaratoria Auto Número Doscientos ochenta y nueve de fecha veintitrés de mayo de dos mil once (fs. 628), a fs. 602/605 por la Dra. Mariana Miseta, apoderada de la demandada, por honorarios en contra de la sentencia mencionada anteriormente al cual se adhiere la parte actora a fs. 613 y a fs. 618 por la demandada en contra del decreto de fecha diez de mayo de dos mil once (fs. 612).

El Tribunal sienta las siguientes cuestiones a resolver:

Primera: ¿ Son procedentes la apelación de la demandada contra la sentencia, las apelaciones de la Dra. Mariana Miseta por honorarios y contra el decreto de fs. 612 ?

Segunda: ¿Qué resolución corresponde adoptar ?.

Conforme lo dispuesto previamente por el Sr. Presidente y de acuerdo al sorteo que en este acto se realiza los señores Vocales emitirán sus votos en el siguiente orden: Dres. Guillermo E. Barrera Buteler, Beatriz Mansilla de Mosquera y Jorge E. Arrambide.

A LA PRIMERA CUESTION:

EL SEÑOR VOCAL DOCTOR GUILLERMO E. BARRERA BUTELER DIJO:

1. En estos autos el actor, invocando su condición de consumidor, ha promovido demanda en contra de la accionada en su calidad de proveedora, diciendo que el 24 de octubre de 2008 adquirió una botella de gaseosa marca "Pepsi" y cuando se aprestaba a consumirla advirtió que ésta tenía en su interior un envoltorio abierto y usado de gel íntimo para preservativos marca "prime".

La sentencia de primera instancia ha hecho lugar íntegramente a la acción condenando a la demandada a entregarle al actor una botella de la bebida que adquirió, a abonarle la suma de Un Mil Quinientos Pesos en concepto de reparación del daño moral y la suma de Dos Millones de Pesos en concepto de daños punitivos y a hacerse cargo de las costas del juicio.

Esa resolución ha sido apelada por la demandada que se agravia diciendo: 1) Que la demanda debió haber sido rechazada porque el actor no probó que la botella de Pepsi de que se trata se encuentre inalterada y no manipulada. 2) Que el actor carece de acción en su contra para reclamar por los "vicios internos" del producto que únicamente pudo haber sido dirigida contra el vendedor, ya que el art. 40 L.D.C. sólo regula los supuestos de daños causados por el riesgo o vicio del producto en intereses distintos al de la prestación. 3) Que no existe en el caso daño moral indemnizable. 4) Que no procede la indemnización de daños punitivos.-

2. El primer agravio debe ser desestimado porque una correcta valoración de los elementos de prueba arrojados a la causa conduce necesariamente a tener por cierto que se ha configurado objetivamente un hecho antijurídico imputable a la demandada en su condición de proveedora y que consiste en un incumplimiento de sus obligaciones para con el consumidor derivadas de la relación de consumo.

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

Por otra parte, la ausencia de pruebas que demuestren que el cierre de la botella no ha sufrido alteración o manipulación después de haber salido de la planta embotelladora de la accionada no desvirtúa aquella conclusión porque esa botella, que contiene un defecto visible, no presenta signos que a simple vista permitan sospechar que ha sido abierta con posterioridad al proceso de embotellamiento en la planta, sino que más bien debe presumirse lo contrario, porque lo que ocurre conforme al curso normal y ordinario de las cosas es que una botella con tapa a rosca del tipo de la que tiene la que nos ocupa en esta causa, no puede ser abierta sin que se rompa el precinto colocado por debajo de ella. La hipótesis de que haya sido abierta sin afectar ese precinto no puede presumirse sino que, en todo caso, debió haber sido acreditada por quien tenía interés en hacerlo, esto es la demandada.-

En realidad, al formular este planteo, lo que hace implícitamente la accionada es alegar la culpa ajena (de un tercero o de la propia víctima) para interrumpir el nexo causal conforme la previsión del segundo párrafo del art. 40 L.D.C. y no caben dudas que la carga de la prueba de esa circunstancia exigente recae sobre quien la invoca en su defensa, por lo que mal puede la apelante escudarse en ese déficit probatorio. Esto es así en la presente acción fundada en la Ley de Defensa del Consumidor, atento que se trata de una defensa opuesta por el proveedor sobre quien pesan los deberes que establece el párrafo tercero del art. 53 L.D.C.-

3. Tampoco puede ser atendido el agravio fundado en la falta de acción por la pretendida ausencia de

legitimación pasiva de la demandada en razón de no haber sido quien contrató directamente con el consumidor.

La postura de la apelante se basa en que, pese al modo en que la ha nominado el actor, la acción ejercida es la de vicios redhibitorios del art. 18 L.D.C. que, sostiene, únicamente puede ejercerse contra el vendedor. Pero hay dos razones que excluyen este argumento: Por un lado, si el vicio puede ser apreciado a simple vista como he podido hacerlo personalmente, el caso no encuadra en la previsión de los arts. 2164 y sgtes. del C.Civil ni en la del art. 473 del C.Com. y, además, el citado art. 18 L.D.C. está contenido en el Capítulo IV de este cuerpo normativo, que se refiere a las cosas muebles no consumibles, por lo que no es aplicable a la adquisición por el consumidor de una botella de bebida gaseosa.

Coincido con la apelante en que la responsabilidad del proveedor por el incumplimiento (o cumplimiento defectuoso) de sus obligaciones no está comprendida en el art. 40 L.D.C. que regula el resarcimiento de los daños producidos una vez que el proveedor ha cumplido o mientras está cumpliendo su prestación, mientras que lo referido al cumplimiento de las obligaciones emergentes de la relación de consumo queda regulado por el art. 10 bis de la misma ley (véase Farina, Juan M, "Defensa del Consumidor y del Usuario", Astrea, 2009, pag. 454). Pero de todos modos subsiste la responsabilidad de la demandada como proveedora en los términos del art. 2 L.D.C. y, aunque la norma mencionada en segundo término no haga referencia expresa a la solidaridad de todos los responsables, ésta no se excluye. Por otra parte, si -tal como lo hemos dicho en el punto anterior- debe tenerse por cierto conforme a la prueba rendida que la introducción del "elemento extraño" en la botella se ha producido en la etapa de embotellamiento de la gaseosa en la planta de la demandada, mal puede ponerse en duda su responsabilidad frente al consumidor. Más aún, si cupiera alguna duda, el principio favor consummatoris consagrado en el art. 3 in fine de la ley 24240 impondría resolverla a favor de la pretensión del accionante.-

Más allá de la discusión respecto de si se trata en el caso de responsabilidad contractual o aquiliana, cuyos contornos se diluyen en el régimen específico de defensa del consumidor, de lo que no caben dudas es que estamos frente a una responsabilidad emergente de la relación de consumo (art. 3 L.D.C.) que vincula jurídicamente al actor, como consumidor (art. 1 L.D.C.), con la demandada en carácter de proveedora (ART. 2 L.D.C.). Se trata de una institución prevista por el legislador para regular los principios contenidos en el art. 42 de la Constitución Nacional.

Lo dicho pone de manifiesto que resulta estéril la discusión que plantea la apelante respecto de si la condena a entregar al actor una botella de gaseosa marca Pepsi de las mismas características de las que quiso adquirir el actor es o no una "indemnización de daños y perjuicios" y si se corresponde o no con el concepto de "daño resarcible" y de "responsabilidad civil". Es que en el régimen específico de defensa del consumidor la responsabilidad del proveedor impone dar satisfacción al reclamo del consumidor frente al incumplimiento de alguna de las maneras previstas en el art. 10 bis L.D.C. y la reparación en especie, mediante la entrega de un producto equivalente, es una de ellas.-

Tampoco puede recibirse el cuestionamiento por el que se considera abstracto un pronunciamiento sobre este punto por el hecho de que la demandada había puesto a disposición del actor una botella similar, porque surge claro de los términos de la contestación de la demanda (fs. 82 vta.) que a ese ofrecimiento la actora lo ha hecho en calidad de donación y ésta no ha sido aceptada por el actor.

La condena en este aspecto debe ser confirmada, aunque no a título de resarcimiento de daños, sino de cumplimiento de las obligaciones emergentes de la relación de consumo.

4. Pero las razones arriba expuestas, que me llevan a rechazar los agravios en lo relativo a la condena a resarcir el perjuicio derivado del incumplimiento de las obligaciones del proveedor en la relación de

consumo, no son aplicables a la condena por los denominados "daños punitivos". En este sentido advierte Fernando Colombres que "el juzgador deberá analizar seriamente las constancias de la causa antes de condenar por daños punitivos y no limitarse a constatar que hubo un incumplimiento contractual" (DJ 19/10/2011,1).

Es que, para la imposición de la multa civil a que se refiere el art. 52 bis L.D.C., no bastan como en aquel caso las circunstancias que autorizan a atribuir objetivamente la responsabilidad al proveedor por su calidad de tal, sino que es necesario que concurra un reproche subjetivo de gravedad tal que torne conveniente adoptar esa medida excepcional con el objeto de disuadir al dañador de la actitud que ha generado el ilícito, para evitar que continúe repitiéndose.-

No desconozco que la doctrina se encuentra dividida en este punto ya que autores de la talla de Jorge Mosset Iturraspe ("El daño punitivo y la interpretación económica del Derecho" en Revista de Derecho de Daños, 2011-2, Rubinzal Culzoni, pag.158) y Matilde Zavala de González ("Indemnización punitiva" en "Responsabilidad por daños en el tercer milenio", Lexis Nexis, Bs. As. 1997) defienden la tesis según la cual basta la responsabilidad objetiva del art. 40 L.D.C. para la procedencia de la multa civil, apoyándose en que el citado art. 52 bis no hace referencia alguna a la culpa o el dolo y que únicamente hay una referencia a la "gravedad del hecho" con relación a la graduación de la sanción.

Pero, aunque es cierto que la norma legal que nos ocupa únicamente menciona como presupuesto de procedencia de la multa civil el incumplimiento por el proveedor de sus obligaciones legales o contractuales y la instancia de parte, omitiendo toda referencia a factores subjetivos de atribución de responsabilidad, también es cierto que la aplicación de esta multa no está prevista como una consecuencia necesaria de cualquier incumplimiento, sino como facultativa del juez que "podrá" aplicarla (Cfr. Colombres, Fernando M., "Daño punitivo. Presupuestos de procedencia y destino de la multa", DJ 19/10/2011,1).-

Sin lugar a dudas la redacción de la norma deja mucho que desear por su amplitud e imprecisión, pero de lo que no cabe duda es que el legislador ha dejado librado totalmente al arbitrio judicial la apreciación en cada caso concreto de la procedencia o improcedencia de la multa civil y un prudente ejercicio de esa amplísima atribución no puede perder de vista la naturaleza y características que tiene este instituto en los ordenamientos jurídicos que le han servido de fuente, como así también la construcción que en nuestro país han realizado la doctrina y la jurisprudencia.-

Desde este punto de vista no se puede dejar de señalar que en la jurisprudencia norteamericana la noción misma de "daño punitivo" (punitive damages) está indisolublemente unida a la de "conducta reprochable". Así en "Gertz v. Robert Welch" (1974) la Corte Suprema de los E.E.U.U. definió a los daños punitivos como "multas privadas impuestas por jurados civiles para castigar conductas reprochables y disuadir su futura ocurrencia" (cit. por López Herrera, "Daños punitivos en el derecho argentino. Art. 52 bis, ley de defensa del consumidor", J.A., n°12, 2008, pag. 6 y sgtes.). Por su parte, el art. 908 del "Restatement of de Law, Torts 2nd, American Law Institute" los daños punitivos pueden ser otorgados por conducta que es escandalosa debido a los motivos malvados del demandado o su temeraria indiferencia respecto de los derechos de terceros" (Kelly, Julio, "Los daños punitivos en el Derecho de los Estados Unidos de América", en Revista de Derecho de Daños, 2011-2, Rubinzal Culzoni, pag. 263).-

La jurisprudencia norteamericana sobre el tema, citada por en el trabajo arriba citado, como así también en el de Edgardo López Herrera sobre "Los daños punitivos en el derecho angloamericano" en la misma publicación (pag. 277 y sgtes.) permite verificar que en todos los casos citados hay una explícita referencia a un obrar doloso o, al menos, gravemente culpable.

Idéntico criterio prevalece en la todavía escasa jurisprudencia de nuestro país. Así en el caso

"Machinandiarena Hernández c/ Telefónica de Argentina" se tuvo en cuenta para aplicar la multa que existió "un abuso de posición de poder del proveedor que evidencia un menosprecio grave de derechos individuales y de incidencia colectiva" (CCCom. de Mar del Plata, Sala II, 27/5/2009 en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Año XI, N°7, julio 2009). En "Rueda, Daniela c/ Claro Amx Argentina S.A." se habla de "graves inconductas de los proveedores de bienes y servicios" (C.C.Com. Rosario, Sala II, 29-7-2010). En "Fasán, Alejandro c/ Volkswagen S.A.de Ahorro para fines determinados"(ref:mjj66 la Cámara Nacional Comercial rechazó la pretensión por no advertir "en el caso una conducta particularmente grave, caracterizada por la presencia de dolo o, como mínimo, de una grosera negligencia por parte de la administradora" (sentencia del 26/4/2011 cit. por Hernández, Carlos y Sozzo, Gonzalo en "La construcción judicial de los daños punitivos", en Revista de Derecho de Daños, 2011-2, Rubinzal Culzoni, pag. 388). En "Navarro Mauricio c/ Gilpin Nash David Iván" la Cámara Civil de 1ª Nominación de esta Ciudad hace referencia un daño causado "con malicia, mala fe, grosera negligencia" y agrega que "lo que se intenta es evitar que esa conducta que aparece reprobada pueda ser reincidente, con más razón si se detecta que a las empresas infractoras les resulta más beneficioso económicamente indemnizar a aquellos damnificados que puntualmente han reclamado la aplicación de la ley, que desistir de su práctica lesiva" (sentencia n° 181 del 27 de octubre de 2011).-

Pero lo más importante y dirimente desde mi punto de vista es que esta "multa civil" tiene un carácter esencialmente punitivo o sancionatorio -de ahí la impropia denominación de "daños punitivos"- y, por tanto, esas sanciones no podrían jamás ser aplicadas en base a factores objetivos de atribución de responsabilidad sin violar los principios constitucionales de inocencia, del debido proceso y de la defensa en juicio (art. 18 C.N.) que rigen por igual en sus aspectos esenciales, aunque ciertamente con distinto grado e intensidad (C.S.J.N. Fallos 203:399; 256:97; 282:193; 284:42; 289:336; 290:202; 295:195; 303:1548; 310:316), sea que se trate de "penas" penales, administrativas o civiles (cfr. Bueres, Alberto y Picasso, Sebastián, "La función de la responsabilidad civil y los daños punitivos" en Revista de Derecho de Daños, 2011-2, Rubinzal Culzoni, pag.59 y sgtes.).

Por esas razones coincido con la doctrina que entiende que "para la procedencia de los llamados daños punitivos es necesaria la concurrencia de dos requisitos: 1) el elemento subjetivo, que es más que la culpa o la debida diligencia; se trata de conducta deliberada, culpa grave o dolo, negligencia grosera, temeraria, actuación cercana a la malicia; 2) el elemento objetivo, esto es una conducta que produzca un daño individual o de incidencia colectiva, que supere el piso o umbral que le confiera, por su trascendencia social, repercusión institucional o por su gravedad una apoyatura de ejemplaridad" (Galdós, Jorge Mario; Llamas Pombo, Eugenio; Mayo, Jorge A.; "Daños Punitivos"; La Ley 5/10/2011, 5).

Desde esta perspectiva, mientras el solo hecho objetivo comprobado de que la botella de Pepsi que adquirió el actor tiene un vicio que la hace impropia para su destino y que la demandada no ha acreditado culpa ajena como eximente de su responsabilidad, son motivos suficientes para que prospere la acción por la que se persigue el resarcimiento del daño, esas mismas circunstancias no bastan para que se torne aplicable en el caso la multa civil peticionada.-

En efecto, considero que la demandada ha demostrado que en el proceso de producción y embotellamiento de la bebida gaseosa que nos ocupa, adopta las medidas de precaución para preservar la higiene y calidad del producto que se requieren conforme a parámetros internacionales. Ello se desprende del informe pericial de fs. 294/316, de los certificados de aprobación del sistema de gestión de calidad que corren a fs. 320/322 y de las testimoniales rendidas en autos que, pese a provenir de personal dependiente de la demandada se tienen en consideración en la medida en que los dichos de los testigos resultan concordantes entre sí y con las conclusiones del informe pericial mencionado. Es claro que la sola existencia de la botella defectuosa que obra reservada en secretaría del tribunal de primera instancia pone en evidencia que el sistema de gestión de calidad, por avanzado y completo que sea, no es infalible. Si apareció el envoltorio de gel íntimo en el interior de la botella cerrada es porque alguna

falla hubo, pero la prueba rendida demuestra que no estamos frente a lo que se denomina "daño lucrativo", es decir aquellos que se producen por una omisión deliberada de ciertos cuidados o precauciones exigibles, con el propósito de abaratar costos o incrementar la ganancia. Llego a esa conclusión porque no surge del informe pericial, ni de ningún otro elemento de prueba y, más aún, ni siquiera ha sido invocado por el actor qué medida de precaución o control concreta considera que se omite o que podría añadirse para optimizar el resultado, ya que no bastan las referencias genéricas, contenidas en la contestación de agravios en esta sede, a "mejorar la calidad del lavado y llenado de las botellas", a "optimizar la custodia" de éstas, "controlar a los empleados", "mejorar los protocolos internos" o "dejar de gastar tanto en publicidad y gastar más en controles de calidad".

De los referidos elementos de prueba puede concluirse además que no estamos frente a un defecto generalizado, ni reiterado en algún número significativo de casos. Más aún, esta circunstancia ni siquiera ha sido invocada por el actor. Ello lleva a asumir que le asiste la razón a la demandada cuando dice que se trata de un caso aislado o, circunstancia ésta que conduce a descartar que concurra en el caso otro de los elementos que caracterizan a este tipo de sanciones, esto es la finalidad de tutelar preventivamente el interés social. Por otra parte y en estrecha relación con esa cuestión, es necesario también tener en cuenta que no hay ningún elemento de juicio que permita concluir que el defecto que contiene la botella tenga una real y efectiva potencialidad dañosa para la salud, aún en el caso de que fuera ingerida la bebida por algún consumidor inadvertido que, pese a lo visible y notorio del elemento extraño que contiene, no se percatara de su existencia. Ninguna prueba se ha aportado en este sentido y no hay razones que permitan presumir, sin un adecuado informe científico, que la composición del gel cuyos restos pudieron haber quedado en el envoltorio o el material del que está hecho el envoltorio mismo tengan potencialidad dañosa para la salud. La presunta falta de higiene de quien pudo haber tenido el envoltorio en sus manos, sugerida por el actor en su relato, no tiene mas sustento que su propia imaginación y tampoco puede tenerse por cierta sin un adecuado análisis del contenido de la botella, que no se ha aportado en autos.-

Concluyo entonces en que, desde mi punto de vista, no se han acreditado las circunstancias que hacen procedente la multa civil, por lo que considero que debe recibirse este agravio.-

5. También encuentro razón en la postura de la apelante cuando se agravia por la condena a indemnizar daño moral porque, pese a los esfuerzos que ha hecho la parte actora, no logro entender cuál sería la lesión espiritual que pudo provocarle al accionante el hecho de constatar la presencia del envoltorio de que se trata dentro de la botella que ni siquiera había abierto.

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

Pero en mi opinión, esas circunstancias, que objetivamente no pasan de ser disgusto, fastidio, incomodidad y aprensión, no alcanzan a configurar una lesión espiritual susceptible de generar el derecho a ser indemnizado.

Si partimos de la clasificación de los daños morales que hacen Henri y Leon Mazeaud, distinguiendo por un lado los que afectan la "parte social del patrimonio moral", vinculados al descrédito y la amenaza que implica a la situación que ocupa la víctima y su porvenir, y por el otro los que afectan la "parte afectiva del patrimonio moral", vinculados exclusivamente a los sentimientos y afectos ("Compendio del Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictuosa y Contractual",

trad. de Carlos Valencia Estrada, ed. Colmex, México 1945, Tomo I, pag.148), no es posible encuadrar en ninguna de ellas a las circunstancias que pudo haber vivido el accionante con motivo del hecho en que se funda la demanda.

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

6. De obtener mayoría mi propuesta en el acuerdo, deberá modificarse la imposición de costas de la primera instancia y dejar sin efecto las regulaciones de honorarios practicadas a los letrados en la sentencia, para adecuarlas al nuevo resultado del pleito.

Ahora bien, con relación al primer punto, no puede negarse que lo que constituye el rubro más importante cuantitativamente, esto es lo relativo a la multa civil del art. 52 bis L.D.C., se trata de una cuestión por demás novedosa y que, como consecuencia de las inocultables deficiencias de la norma que han sido señaladas en forma casi unánime por los autores que se han ocupado del tema, ha generado las más variadas y contradictorias opiniones doctrinarias.

Desde mi punto de vista, dadas estas circunstancias, existe mérito suficiente para apartarse en cuanto a la imposición de costas, de la regla general del art. 130 C.P.C.C. y hacer uso de la excepción autorizada por la misma norma, imponiendo las costas por el orden causado en ambas instancias. Finalmente, si se dejan dejar sin efecto las regulaciones de honorarios practicadas en la sentencia se tornarían abstractos los recursos de apelación de la Dra. Mariana Miseta por honorarios (concedido a fs. 606) y contra el decreto que rechazó su pedido de certificación de encontrarse vencido el término para contestar aquella apelación (concedido a fs. 623).

LA SEÑORA VOCAL DOCTORA BEATRIZ MANSILLA DE MOSQUERA DIJO:

Adhiero al voto del Dr. Guillermo E. Barrera Buteler.-

EL SEÑOR VOCAL DOCTOR JORGE E. ARRAMBIDE DIJO:

Adhiero a las consideraciones manifestadas por el Sr. Vocal del primer voto.

A LA SEGUNDA CUESTION:

EL SEÑOR VOCAL DOCTOR GUILLERMO E. BARRERA BUTELER DIJO:

Propongo: 1) Hacer lugar parcialmente a la apelación dejando sin efecto las condenas a indemnizar el daño moral y a pagar la multa civil del artr. 52 bis L.D.C.

2) Declarar abstractos los recursos de apelación por honorarios y contra el decreto de fecha 10 de mayo de 2011 (fs. 612).-

3) Imponer las costas del juicio por el orden causado en ambas instancias.-

LA SEÑORA VOCAL DOCTORA BEATRIZ MANSILLA DE MOSQUERA DIJO:



Adhiero al voto del Sr. Vocal preopinante.-

EL SEÑOR VOCAL DOCTOR JORGE E. ARRAMBIDE DIJO:

Adhiero a la decisión que propone el Dr. Guillermo E. Barrera Buteler en su voto.

Por el resultado de los votos que anteceden el Tribunal:

RESUELVE:-

- 1) Hacer lugar parcialmente a la apelación dejando sin efecto las condenas a indemnizar el daño moral y a pagar la multa civil del artr. 52 bis L.D.C.-
- 2) Declarar abstractos los recursos de apelación por honorarios y contra el decreto de fecha 10 de mayo de 2011 (fs. 612).-
- 3) Imponer las costas del juicio por el orden causado en ambas instancias.-

Protocolícese y bajen.-

Guillermo E. Barrera Buteler

Vocal

Beatriz Mansilla de Mosquera

Presidente

Jorge E. Arrambide

Vocal