

Defensa Del Consumidor Responsabilidad De Los Integrantes De La Cadena De Comercializacion Venta De Productos Alimento En Mal Estado

JURISPRUDENCIA

Excma. Cámara: 1. El art. 120 de la Constitución

nacional dispone que el Ministerio Público tiene por función promover la actuación de la justicia de defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad. En consecuencia, la actuación del Ministerio Público como parte y fiscal de la ley en materia de defensa de los derechos de los consumidores dispuesta por el art. 52 de la ley de Defensa del consumidor sólo puede tener lugar cuando se trata de acciones colectivas. Ese no es el caso de marras, donde un particular formula la pretensión que surge del escrito inaugural. 2. Desde otro ángulo, cabe resaltar que las cuestiones traídas a conocimiento de ese Tribunal - derivadas de la apelación deducida en autos - versan sobre aspectos de hecho, prueba y derecho común, que no remiten a la interpretación de la ley federal, ni a la custodia del interés general de la Constitución Nacional me encomienda (art 120), razón por la cual prescindiré de expedirme al respecto. 3. Por los motivos desarrollados precedentemente, considero que la causa se encuentra en condiciones de ser resuelta por V.E. Buenos Aires, mayo 22 de 2012. (*) En Buenos Aires a los 7 días del mes de febrero de 2013, reúnen los señores Jueces de la Sala D de la Excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, con el autorizante, para dictar sentencia en las causas ?PONIEMAN DANIEL ALEJANDRO contra PEREZ COMPANC JORGE GREGORIO y OTROS sobre ORDINARIO? registro N° 6756/2004; y ?PONIEMAN DANIEL ALEJANDRO y OTROS contra PEREZ COMPANC JORGE GREGORIO y OTROS sobre ORDINARIO? registro N° 26.037/2004, ambos procedentes del Juzgado N° 17 del fuero (SECRETARIA N° 33), donde fueron identificados como expedientes N° 046023 y N° 046393 respectivamente, en los cuales como consecuencia del sorteo practicado de acuerdo con lo previsto por el art. 268 del Código Procesal, resultó que debían votar en el siguiente orden, Doctores: Vassallo, Heredia y Dieuzeide. Estudiados los autos la Cámara planteó la siguiente cuestión a resolver: ¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada? A la cuestión propuesta, el señor Juez de Cámara, Gerardo G. Vassallo dijo: I. Daniel Alejandro Ponieman, por derecho propio y en representación de sus hijos menores de edad (F. y R.) promovió sendas demandas, luego acumuladas, contra Jorge Gregorio Pérez Companc, Molinos Río de la Plata S.A., Carrefour Argentina S.A. y quien resultara presidente de esta última para la época en que ocurrieron los hechos; con el objeto de obtener resarcimiento por los daños y perjuicios que dijo haber padecido junto con sus hijos, como consecuencia del consumo de productos en mal estado. Señaló haber adquirido el 11.1.2002, en un supermercado de la cadena ?Carrefour?, una caja de veinte unidades de hamburguesas marca ?Granja del Sol?, que elabora la empresa Molinos Río de la Plata S.A. Luego de haber consumido algunas piezas de tal alimento, tanto él como dos de sus hijos padecieron agudos cuadros de gastroenteritis. Dijo haber corroborado, luego de iniciadas las dolencias, que el resto de los productos que se encontraban en la misma caja de cartón de las hamburguesas ingeridas, contenían un elemento extraño de color verde que no había sido oportunamente advertido. En virtud de ello, atribuyó los problemas de salud al consumo de aquellas hamburguesas, las que según sostuvo debían poseer similar estado de alteración. Como resarcimiento del perjuicio padecido, reclamó la restitución del importe abonado como precio de las piezas cárnicas, ser indemnizados por la incapacidad temporal, los gastos médicos y el daño moral padecido. En pieza separada (fs. 29 del expte. 046023; y fs. 11 del 046393) los actores cuantificaron su reclamo (\$... para el señor Ponieman y \$... para cada uno de los hijos involucrados). II. a) Molinos Río de la Plata S.A. se presentó en fs. 39/62 de las presentes actuaciones y en fs. 56/62 de los autos N° 26037/2004. En ambos escritos (de idénticos términos), contestó las demandas y solicitó el total rechazo de las pretensiones. Luego de una pormenorizada negativa de los hechos esgrimidos por sus contrarios, entre los que indicó la compra y consumo de las hamburguesas, denunciados por los actores, negó que su parte incumpla con las medidas de higiene y salubridad en la producción del producto. A tal efecto describió el proceso de elaboración y las normas y tecnología aplicada. En cuanto a las presuntas dolencias del actor y sus hijos, explicó que tales padecimientos pueden tener causa en otras razones. Y en punto al cuerpo extraño verde hallado en las hamburguesas se extendió en las propiedades de la clorofila y la espinaca (tal como esta parte identificó a lo encontrado) que alejaban toda posibilidad de que ello pudiera generar algún contratiempo al consumidor. b) En fs. 79 de los presentes obrados y fs. 107 del expediente N° 26037/2004 compareció Zurich Argentina Compañía de Seguros S.A., como aseguradora de Molinos Río de la Plata S.A., quien fuera citada como tercera en calidad de aseguradora de la empresa productora. Como respuesta se limitó a expresar su adhesión al responde de su asegurada. c) Jorge Gregorio Pérez Companc se presentó en fs. 88/102 de ésta causa y en fs. 64/72 de los autos N° 26037/2004 acumulados al presente. Opuso excepciones de prescripción, que basó en el plazo previsto en el artículo 4037 del código civil; y de falta de legitimación pasiva, por ser su parte ajena a toda relación negocial con los actores. Dijo específicamente en este último punto que ?...No existe fundamento jurídico alguno que

justifique dirigir la presente demanda contra su parte, a título personal...? (ver 2º párr. de fs. 65 vta. del expediente N° 26037/2004), amén que no se le imputó conducta culposa alguna, ni fue señalada relación de causalidad entre la actividad desempeñada como director de Molinos Río de la Plata S.A. y los supuestos daños alegados. Posteriormente, contestó ambas demandas. Luego de realizar una pormenorizada negativa de los hechos invocados por la parte actora, destacó la ausencia de los presupuestos esenciales de la responsabilidad civil. Remarcó nuevamente la falta de cualquier tipo de nexo de causalidad entre su actividad como presidente de la demandada y los daños supuestamente padecidos por los actores. Controvirtió las conclusiones elaboradas por los accionantes (a partir de la prueba pericial anticipada) para arribar a la existencia de algún tipo de responsabilidad de su parte en los daños alegados en tanto que, según postuló, aquella prueba no habría logrado acreditar que los problemas digestivos se ocasionaron por la ingesta de las hamburguesas. Por último, impugnó los montos reclamados en concepto de resarcimiento. d) Carrefour Argentina S.A. contestó ambas demandas en iguales términos (a fs. 113/118 de las presentes actuaciones y en fs. 99/104 de los autos N° 26037/2004). En ambos casos postuló el rechazo de las pretensiones de sus contrarios. Esencialmente, negó la compra de las cajas de hamburguesas en un establecimiento de su empresa y la supuesta gastroenteritis padecida por los actores. Señaló, además, que no se probó que los análisis de bromatología se hubieran efectuado antes del vencimiento del producto sometido a estudio, por lo que aquella prueba resultaba inhábil para los fines que fue producida. Descartó todo tipo de responsabilidad y rechazó por improcedentes los rubros indemnizatorios reclamados. e) AGF Allianz Argentina Compañía de Seguros Generales S.A., en su calidad de aseguradora de Carrefour Argentina S.A., contestó la citación en garantía, adhiriéndose al descargo efectuado por su principal (fs. 147/149 de la presente causa y fs. 137/139 de los autos N° 046393). f) Ulteriormente, en fs. 151 (expte. 046023) y fs. 141 (expte. 046393), el actor desistió de las acciones entabladas contra el presidente de Carrefour Argentina S.A. g) Finalmente (y como ya fuera adelantado), el 4.12.2007, fue dispuesta la acumulación de ambos obrados (expte. 046023 y 046393 del registro de la instancia anterior). III. La sentencia de la anterior instancia (fs. 601/626), rechazó íntegramente las demandas, y le impuso las costas a los actores en su condición de vencidos. Una vez denegada la excepción de prescripción deducida por Jorge G. Pérez Companc, el señor Juez a quo entendió que los actores no habrían logrado acreditar algunos de los presupuestos que hacen a toda acción resarcitoria. Específicamente, juzgó que no se logró demostrar el invocado mal estado de la partida de hamburguesas ingeridas, ni la relación de causalidad entre el consumo del producto presuntamente viciado y la gastroenteritis sufrida por el señor Ponieman y sus hijos. Para así concluir sostuvo que la prueba producida en autos si bien había logrado acreditar la existencia de elementos vegetales en el alimento peritado que no se correspondían con lo que el Código Alimentario Nacional define como hamburguesas, había quedado demostrado que la demandada cumplía debidamente con todas las normas de seguridad e higiene necesarias para la elaboración del mencionado producto. Agregó, además, que tampoco se produjo prueba alguna dirigida a crear convicción acerca de la presencia de componentes tóxicos en las hamburguesas adquiridas por el señor Ponieman, quedando huérfano de convicción el hecho referido el supuesto mal estado de los alimentos. Finalmente, el Magistrado también meritó la falta de acreditación de la invocada relación de causalidad entre el supuesto mal estado de los alimentos ingeridos y los trastornos a la salud alegados por el señor Ponieman y sus hijos. Los actores y la señora Defensora de Menores, en amparo de los hijos del Señor Ponieman, apelaron el fallo. La expresión de agravios fue presentada por los actores (fs. 703/726), a cuyo contenido adhirió la Defensora de Menores. Aquella pieza fue contestada por las demandadas Molinos Río de la Plata S.A. y Zurich Argentina Compañía de Seguros S.A. en fs. 728/735, Jorge Gregorio Pérez Companc en fs. 737/745, y Carrefour Argentina S.A. y AGF Allianz Argentina Compañía de Seguros Generales S.A. en fs. 746/747. En prieta síntesis, los actores impugnaron la sentencia por: 1) entender desacertado que se les impusiera la carga de una prueba que desconoce los principios rectores de la ley de defensa del consumidor, que establece una responsabilidad de carácter objetivo (conf. art. 40 ley 24.240); 2) considerar incorrecta la valoración que se efectuó de la prueba pericial anticipada, la pericial médica y sus antecedentes clínicos, y las declaraciones testimoniales; 3) haber fundamentado el rechazo de la pretensión sustentándolo -en parte-, en la falta de acreditación de la toxicidad del elemento encontrado en las hamburguesas peritadas; 4) el acogimiento que realizó a la excepción de falta de legitimación pasiva articulada por el codemandado Jorge G. Pérez Companc; 5) el rechazo del reclamo de restitución de los importes abonados por las hamburguesas viciadas; y 6) la imposición que realizó de las costas del proceso. IV. Entiendo necesario iniciar mi voto destacando algunos extremos que, en esta instancia, no son ya motivo de controversia. Es que esta definición brindará el marco fáctico necesario para, a partir del mismo, intentar brindar una solución al recurso. Se encuentra acreditado o reconocido por las partes, en tanto no existe agravio concreto respecto de algunas conclusiones de la sentencia, que: a) el actor compró una caja de 20 hamburguesas marca ?Granja del Sol?; b) que la compra se concretó en uno de los supermercados de la cadena ?Carrefour?; c) que las unidades cárnicas del producto adquirido, contenían elementos vegetales que no pudieron ser identificados por los peritos que actuaron en este proceso; d) que tal componente vegetal no se compadecía con lo que el Código Alimentario Nacional define como ?hamburgués o bife de hamburguesa?; e) el envase en que se encontraban las piezas analizadas exhibían un sellado de fábrica; f) que

la bolsa que contenía estas hamburguesas mantenía sus identificaciones impolutas, sólo presentando la misma una falla mínima de sellado de 7 mm en las partes inferior y superior; y por último g) tanto el Señor Ponieman como sus dos hijos (F. y R.) sufrieron severos cuadros de gastroenteritis al poco tiempo de haber ingerido las hamburguesas antes referidas. Dicho esto, ingresaré al estudio del único recurso vigente. Como adelanté, los aquí actores pretenden que sus contrarios sean condenados a brindarles un resarcimiento para reparar los daños y perjuicios que dijeron haber padecido como consecuencia de la ingesta de hamburguesas en mal estado. Como ha sido dicho reiteradamente por la Sala, toda acción resarcitoria exige para su progreso, de la reunión de cuatro presupuestos: 1) el incumplimiento objetivo, o material, que consiste en la infracción al deber, sea mediante el incumplimiento de la palabra empeñada en un contrato, sea a través de la violación del deber genérico de no dañar; 2) un factor de atribución de responsabilidad, esto es, una razón suficiente -de naturaleza subjetiva u objetiva- para asignar el deber de reparar al sujeto sindicado como deudor; 3) el daño, que consiste en la lesión a un derecho subjetivo o interés de la víctima del incumplimiento jurídicamente atribuible; 4) una relación de causalidad suficiente entre el hecho y el daño, es decir, que pueda predicarse del hecho que es causa fuente de tal daño (Bustamante Alsina, Jorge H., Teoría General de la Responsabilidad Civil, 4ed. Bs. As. 1983, núm. 170, página 86; Llambías, J. J., Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, T. I., página 121, n° 98; Cazeaux P. - Trigo Represas, F., Derecho de las Obligaciones, T. 4, página 239; Pizarro R. y Vallespinos C., Instituciones de Derecho Privado - Obligaciones, T. 2, página 623; CNCiv Sala H, 15.6.2005, ?Appel Rosa c/ Kraft Marcelo J.?; JA 2005-III, fascículo 12, página 57; C.Tercera Apel. Civ. y Com., 10.6.2008, ?Sindicatura en Eddicom c/ Rosetto, Eduardo José y otro?, LLC diciembre 1219; CNCom Sala A, 21.11.2000, ?José Lozano SA c/Banco del Río de la Plata S.A. s/ordinario?). La necesidad de ser reunidos estos recaudos no sufren mayor variación se trate de una responsabilidad de carácter contractual, sea aquiliana o derive de una infracción que pueda ser enmarcada en la legislación protectora del consumidor. La sentencia de primera instancia entendió no acreditados, cuanto menos, el vicio en la cosa y la relación de causalidad entre aquel y el perjuicio invocado. Sin embargo, no concuerdo con tal conclusión. En principio cabe encuadrar el conflicto en el ámbito del derecho del consumidor. Parece claro que los actores pueden ser calificados como ?consumidores? en relación al producto adquirido (?hamburguesas? vendidas por Carrefour Argentina S.A. y producidas por Molinos Río de la Plata S.A.). No sólo adquirieron un bien comestible, sino que lo hicieron como destinatarios finales y en beneficio personal, esto es, para su propia alimentación. De manera alguna lo hicieron para integrarlo a algún proceso de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros (artículo 1, ley 24.240). Pueden calificarse entonces como ?consumidor final? del producto, pues lo adquirieron sin intención de obtener una ganancia por su posterior enajenación, ni de emplearlo en un proceso de producción o comercialización de bienes o servicios destinados al mercado (Farina J., Defensa del consumidor y del usuario, página 46, Buenos Aires, 2004). En este sentido, en mi voto en la causa ?Bieniauskas c/ Bco. de la Ciudad de Buenos Aires? del 15.5.2008, he dicho que la ley de defensa del consumidor regula lo que la propia Constitución Nacional denomina ?relación de consumo? (CN 42), y sus disposiciones afectan no sólo normas de derecho civil, sino también comercial, procesal, administrativo, penal, etc., ?...para comprenderlas e integrarlas sistemáticamente? (Kemelmajer de Carlucci y Tavano de Aredes, La protección del consumidor en el derecho privado, Derecho del Consumidor 1991, No. 1 página 11, citado por Farina, obra citada, página 13). Así este cuerpo normativo, al regular un tipo de relación específica, incide en el sistema de responsabilidad del código civil, al dictar reglas particulares aplicables a este tipo de vínculo que prevalecen frente a las generales del código de fondo. En este escenario, y al tratarse de una ley de orden público (art. 65 ley 24.240), cabe aplicar sus específicas disposiciones dirigidas, en términos generales, a restablecer el equilibrio entre las partes en una relación que por su naturaleza muestra al consumidor como su parte débil. Conforme lo hasta aquí expuesto, no caben dudas que en la especie deben ser aplicadas las específicas disposiciones de la ley 24.240, aún cuando los actores, al demandar, no la hubieren invocado. El principio iura novit curia así lo autoriza (CSJN, ?Nación Argentina (Secretaría de Estado de Justicia) c/ S.A. Las Palmas del Chaco Austral?; T.: 308, P.: 778; CSJN, ?Sergi Vinciguerra Antonio c/ B.C.R.A. s/ cobro de australes? Tomo: 321 Folio: 277; CSJN, 22.2.1994, ?Chilar S.A. c/ Junta Nacional de Granos s/ ordinario?; Tomo: 317 Folio: 80; CSJN, ?García, Néstor E. c/ Ortea, Luís, y Cia.?, T.: 255, P.: 21; mi voto en esta Sala, 19.5.2010, ?Viplan S.A. de Ahorro para la Vivienda c/ B.C.R.A. s/ ordinario?). Pero aún en este ámbito jurídico, la ley no absuelve a quien reclama una indemnización de acreditar la reunión de los cuatro extremos antes indicados (vicio, factor de atribución, relación de causalidad y daño) para obtener la pretensión que persigue. En este punto debo adelantar que mayoritariamente tanto la jurisprudencia como la doctrina, a partir de la interpretación del articulado de la ley 24.240 y particularmente de los artículos 10bis y 40 entre algunos otros, han atribuido a la responsabilidad que deriva de la relación de consumo el carácter de objetiva (Farina Juan M., ya citado, página 452; Mosset Iturraspe, J., Del 'micro' al 'macro' sistema y viceversa. El 'diálogo de las fuentes', página 27, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2009-1; CNCiv., Sala F, 28.4.2004, Cremasco, Eduardo José c/ Wassington S.A. s/ daños y perjuicios; CNCom., Sala A, 6.2.2004, Giolito, Daniel H. c/ Banco de Boston y otro s/ sumario; CNCom., Sala B, 31.8.2001, Lagos Marcela Andrea c/ Ortopedia Alemana S.A.; esta Sala (integrada),

28.12.2004, Safar Retamar, María Elena c/ Industrias Alimenticias Mendocinas (ALCO) s/ ordinario; CNCont. Administrativo Federal, Sala II, 5.11.1998, Ciancio José María c/ Resol. 184/97 -Enargas- (expte. 3042/97) Causa: 26.895/97 AGI; esta Sala, 15.5.2008, ?Bieniauskas Carlos c/ Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/ ordinario?; mi voto en esta Sala, 12.3.2009, ?Gandara, Raúl J. c/ Daimler Chrysler Argentina S.A s/ ordinario?; entre otros). Pero, como ya adelanté, esta calificación jurídica no releva al consumidor de probar el vicio que imputa al producto adquirido o servicio recibido y que este generó daños al pretensor. En este sentido, la Sala ?D? (con distinta integración a la presente), en voto del Dr. Miguel Bargalló en el fallo: ?Larche?, del 21.6.06, al que adherimos junto con mi colega el doctor Dieuzeide, ha dicho que: ?...Para que se reconozca al consumidor el derecho a ser resarcido, le alcanza con probar que se ha producido un daño a su salud, seguridad o intereses económicos y que tal daño proviene del vicio o defecto del producto en cuestión. Justificado así el incumplimiento la culpa se presume, de modo que eventuales hechos eximentes o excluyentes deberían ser invocados y probados por el reclamado. Se trata de un supuesto de responsabilidad de índole objetiva, moldeada en las nociones de riesgo o vicios contenidas en el CCiv. 1113 in fine, que se inserta en el ámbito propio de los llamados derechos de consumo, conforme lo establece expresamente el art. 40 de la ley 24.240. De allí que no cabe ajustarse a un factor de atribución de responsabilidad subjetivo (culpa), y ello descarta imponer al consumidor la difícil carga de probar que el vicio o defecto se debe a la culpa del fabricante (Monti, José Luis, Esbozo sobre el daño resarcible en el derecho comercial-presupuesto y aplicaciones, en Derecho de Daños -V Parte-, Buenos Aires, 2002, págs. 198 y 224). Se ha considerado asimismo, que la responsabilidad de los sujetos a los que alude la Ley de Defensa del Consumidor, art. 40, se trata de una responsabilidad objetiva del fabricante o proveedor de la cosa o mercadería que ha producido el daño. Y también se ha advertido que toda vez que en los casos de riesgo de desarrollo no se interrumpa el nexo causal adecuado entre la nocividad del producto y el daño causado, no cabe sino la responsabilidad del productor, quien debe garantizar al consumidor el buen funcionamiento y eficacia de lo que introduce en el mercado (Farina, Juan M., Defensa del consumidor y del usuario, Buenos Aires, 2004, págs. 452 y sgtes. 15)...? (CNCom., Sala D, 21.6.2006, ?Larche, Isabel Alicia y otros c/ Inter-Rep SRL y otro s/ Ordinario?; id. esta Sala, 5.9.2012, ?Veiga Clelia Beatriz y otros c/ Cencosud SA s/ Sumarísimo?). Cuestión que también fue reiterada por mi distinguido colega el Dr. Heredia, en voto al que adherí, en la causa ?Figuroa, Gonzalo?, cuando sostuvo que: ?...el art. 40 de la ley 24.240 consagra un sistema de responsabilidad objetiva en el cual el factor de atribución es el vicio o riesgo de la cosa (o el vicio o riesgo del servicio prestado), de manera tal que la víctima sólo debe acreditar el daño sufrido y la relación de causalidad entre este último y la cosa (o servicio) en cuestión, prescindiendo de la prueba de la culpa del legitimado pasivo (conf. Rouillón, A. y Alonso, D., ob. cit., t. V., ps. 1200/1201, n° 2; Farina, J., ob. cit., p. 453). En otras palabras, para hacer jugar la responsabilidad objetiva indicada, el consumidor damnificado debe probar el defecto, el daño y la conexión causal entre el defecto y el daño (conf. Pizarro, D., Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa, Buenos Aires, 2007, t. II, ps. 381/382; Rouillón, A. y Alonso, D., ob. cit., t. V, p. 1205, n° 11)...? (esta Sala, 18.2.2010, ?Figuroa, Gonzalo Esteban c/ Fiat Auto Argentina SA y otro s/ ordinario?). La sentencia concluyó que estos últimos extremos no fueron acreditados pues los actores no demostraron la toxicidad del alimento, o sea su aptitud para provocar el daño denunciado; amén que las hamburguesas adquiridas por los Ponieman fueron la causa de sus padecimientos de salud. Sin embargo, no comparto tal parecer. Como he dicho, y ha sido precisado por los peritajes cumplidos en el expediente de ?diligencia preliminar? (No. 041689 del registro de primera instancia), el paquete que contuvo el material analizado, y que presentaba logotipos de la marca ?Granja del Sol?, se encontraba con el sellado de fábrica, a pesar de alguna falla observada en el extremo derecho del envase (INTI, fs. 65, puntos a, b, c, d y e). O sea, el material cotejado no había sufrido agresiones externas desde su salida de fábrica. Este dictamen advirtió, en su parte final, que halló en las hamburguesas un ?...elemento extraño de color verde, que se encontraba en el interior del envase?, pero cuya naturaleza o identificación no pudo precisar (punto f). Ya en el ámbito de la Facultad de Farmacia y Bioquímica, se extrajo una porción de su contenido (hamburguesas), se realizaron 10 preparados que se observaron bajo el microscopio, hallándose clorofila, ?elementos conductores correspondientes a nervaduras?, y ?estomas correspondientes al tejido epidérmico? (fs. 97). A partir de tal observación el experto concluyó que se trataba de material vegetal, compatible con una hoja dicotiledónea, no pasto. Sin embargo el firmante del dictamen, profesor titular de Farmacobotánica, dijo no poseer elementos suficientes para poder identificar la especie vegetal de que se trata. Frente a sendas impugnaciones u observaciones, el perito en farmacología negó que pudiera identificar el elemento vegetal como ?espinaca? (fs. 120, punto 2), amén de no poder afirmar que esa ?hoja dicotiledónea? fuera alimento y que presentara calidad higiénica óptima. Imposibilidad fundada en no haber requerido las partes ?los exámenes que pudieran establecerla? (fs. 120, punto 4). Igual respuesta obra en fs. 132. En informe complementario de la Facultad de Farmacia y Bioquímica, esta vez firmado por una profesora titular de la cátedra de Bromatología, se precisó que el artículo 330 del Código Alimentario Argentino define como ?hamburgués? o ?bife a la hamburguesa?, al ?producto elaborado con carne picada con el agregado de sal, glutamato de sodio y ácido ascórbico? (fs. 134). Frente a tal identificación legal, la firmante reiteró en varias oportunidades que la muestra peritada, compuesta por ?la mezcla de ingredientes cárnicos de la hamburguesa con

ingredientes vegetales?, no se corresponde con la definición que brinda el Código Alimentario. El resultado de los peritajes que acabo de analizar me permite concluir sin margen de dudas, que el producto puesto en el mercado por Molinos Río de la Plata S.A., vendido al menudeo por Carrefour Argentina S.A. y adquirido por la familia Ponieman no se compadecía con los ingredientes y normativa que debía cumplir el alimento llamado usualmente "hamburguesas". Tal circunstancia, aún cuando hubiera constituido un hecho excepcional, puede ser calificada como un acto antijurídico pues, como ya dije, entregó para su venta un alimento que no reunía las condiciones que exigía el Código Alimentario, al que debía atenerse. La sentencia tuvo por acreditado que la caja de hamburguesas adquirida por Ponieman contenía el elemento vegetal ya mencionado. Sin embargo, estimó insuficiente tal irregularidad en tanto los actores no habían probado que ese cuerpo extraño le otorgaba toxicidad al producto. No comparto la conclusión propuesta por el señor Magistrado de primera instancia. Como anticipé, quien produce bienes destinados al consumo humano debe extremar las medidas para presentar al consumidor un elemento apto, esto es, conforme la normativa que regula las condiciones del mismo y, esencialmente, carente de todo riesgo. Se ha dicho entonces que no es menester que exista intencionalidad maliciosa para atribuir responsabilidad a quien puso las cosas en el mercado para su consumo. El riesgo o vicio de la cosa prevista en el artículo 1113 del código civil resulta coincidente con los presupuestos de la normativa de defensa del consumidor (Laquidara, José L., Hacia una concreta responsabilidad objetiva frente a los consumidores, Eldial.com DC13DB). Los productos deben ser elaborados de forma tal que puedan ser utilizados en condiciones previsibles o normales, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios. Derivado de ello se ha dicho que el fabricante o elaborador asume en cierto modo una obligación de resultado frente al futuro consumidor al entregar un producto que cumple la finalidad para la que se encuentra destinado y que el usuario adquiere con la seguridad de su aptitud como alimento (CNCom Sala B, 20.11.2000, "Silva de Buen, Teresa y otro c/ Autolatina Argentina S.A.?). Por ello la liberación del fabricante sólo es posible si acredita la falta de causalidad entre el producto y el daño, es decir, el caso fortuito extraño a la empresa, la culpa de la víctima o el hecho del tercero por quien no se debe responder (Trigo Represas F. y López Mesa, M., Tratado de Responsabilidad Civil, T. III, página 499/500). Va de suyo que es presupuesto que habilita este tipo de defensas que quien alega el daño acredite la actuación ilícita o antijurídica del pretense responsable. En el caso era menester comprobar, en ausencia de reconocimiento, que el producto alimenticio no respondía a las exigencias normativas, hecho que en el caso resultó objetivamente acreditado (las hamburguesas contenían un cuerpo extraño de origen vegetal -no identificado- ajeno a los componentes previstos por el Código Alimentario para este tipo de productos). Ante tal evidencia, los demandados no alegaron ni probaron que los perjuicios sufridos por los actores respondieran a alguna de las causales antes enunciadas. Pero aún frente a tal situación, la sentencia rechazó la demanda al entender exigible, para el progreso de la acción resarcitoria, que no sólo fuera constatada la presencia del cuerpo extraño sino que el mismo aportaba toxicidad al alimento. En el razonamiento del sentenciante, descartado que el vegetal incorporado fuera nocivo para la salud del consumidor, no existía vicio que justificara el resarcimiento pretendido. En rigor, y según mi parecer, podría sostenerse interrumpido el nexo causal entre el elemento adulterado y el daño que los actores denunciaron. Aún cuando es dudoso que este último componente (toxicidad) sea necesario, entiendo que correspondía al elaborador demostrar que el vicio o riesgo que objetivamente contenía (un cuerpo extraño de origen vegetal no identificado), en nada alteraba su aptitud para el consumo humano. Recuerdo que los diversos peritajes producidos en el expediente de "diligencias preliminares" no pudieron identificar la tipología del vegetal que aparecía mezclado en la hamburguesa. Tampoco si el mismo presentaba condiciones de higiene suficientes o sus componentes afectaban o podían afectar la salud de quien lo consumiera. No debe olvidarse que fue descartada la identificación esgrimida por los demandados ("espinaca?"), calidad que quizás desdibujaría el riesgo de toxicidad. Y frente a la incertidumbre sobre el elemento vegetal incluido en el alimento, el riesgo que esto genera debe ser soportado por el elaborador, por ser quien lo ha creado (López Cabana R. y Lloveras N., La responsabilidad civil del industrial. Régimen de reparación de daños causados por productos elaborados, ED 64:549). No es desconocido que existen en la naturaleza diversos elementos del reino vegetal que pueden afectar la salud del humano. Por lo cual era imperioso que los demandados, para liberarse de toda responsabilidad, logran identificar el cuerpo extraño que objetivamente poseían las hamburguesas elaboradas por uno y vendidas por el otro. Al no hacerlo, como ya señalé, cabe a los demandados soportar las consecuencias de ello. Y en el caso no sólo el elaborador, pues el artículo 40 de la ley 24.240 extiende la responsabilidad a todos los integrantes de la cadena de comercialización. Estos principios ya han sido señalados por la Sala al concluir que "...probada la existencia del vicio en el producto vendido o fabricado por la demandada, sólo es factible que ésta se desligue de su responsabilidad si demuestra "que la causa del daño le ha sido ajena", esto es, acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder (artículo 40 ley 24.240; Farina Juan M., "Defensa del Consumidor y del Usuario", página 452; CNCiv., Sala F, 28.4.2004, Cremasco, Eduardo José c/ Wassington S.A. s/daños y perjuicios; CNCom., Sala A, 6.2.2004, Giolito, Daniel H. c/ Banco de Boston y otro s/sumario; CNCom., Sala B, 31.8.2001, Lagos Marcela Andrea c/ Ortopedia Alemana S.A.; esta Sala (integrada), 28.12.2004, Safar Retamar, María Elena c/Industrias Alimenticias Mendocinas

(ALCO) s/ordinario; CNCont. Administrativo Federal, Sala II, 5.11.1998, Ciancio José María c/Resol. 184/97 -Enargas-(expte. 3042/97) Causa: 26.895/97 AGI)? (mi voto en, esta Sala, 28.7.2009, ?Safdie, Lea Débora c/ Maytag Sir Home S.A. y otro s/ordinario?). Definido entonces el carácter vicioso o riesgoso del alimento adquirido por los actores, cabe ahora ingresar en otro aspecto que ha sido considerado por la sentencia, cual es la relación de causalidad entre tal vicio y el daño invocado por los aquí recurrentes. La sentencia estimó también no probado ese nexo causal. Y para ello refirió los testimonios de los médicos que trataron a los integrantes de la familia Ponieman frente al cuadro de gastroenteritis que presentaban. Para ello la sentencia refirió las ?sospechas? de la Dra. Sinialoski como la ausencia de estudios clínicos del Dr. Kaip. Tampoco en este punto coincido con el distinguido Magistrado de la primera instancia. En un examen médico el facultativo analiza al paciente y emite un diagnóstico en base a los dichos de aquel y a los síntomas que comprueba, sea en un examen clínico, sea mediante el auxilio de estudios complementarios. De allí que la Dra. Sinialoski no pueda afirmar que el estado que comprobó en la consulta, compatible con una gastroenteritis, hubiera derivado de la ingesta de hamburguesas. La médica no estuvo viviendo con el paciente para poder asegurarlo. Pero sí es factible que la profesional pueda dictaminar si el estado del paciente es compatible con una intoxicación por algún alimento en mal estado. Así sostener que ?sospecha? que ha sido así, constituye a mi juicio, una respuesta responsable y certera. Lo mismo ocurre con el testimonio del Dr. Kaip quien verificó, mediante un examen clínico, la presencia de síntomas compatibles con la gastroenteritis, sin estimar necesario recurrir a estudios complementarios. Es de apuntar que la necesidad de estos últimos no fue objeto de impugnación ni siquiera de comentario fundado en punto a que sin ellos no era posible arribar a tal diagnóstico. Pero amén de ello, existen diversos elementos que permiten confirmar la veracidad de sendos testimonios. Según reseñó la Dra. Sinialoski, atendió a los niños Ponieman a escasos cuatro días de la compra del producto en el supermercado, y a dos de su ingestión. En el caso del Dr. Kaip, figura en la historia clínica provista por el Hospital Alemán una consulta realizada el día 14.1.2002 (fs. 277), amén de las realizadas por vía telefónica que indican la reconocida certificación copiada en fs. 7, lo cual también demuestra la cercanía de ambas visitas con la ingestión del alimento. Ambos testimonios fueron coincidentes en punto a que los pacientes le refirieron haber comido hamburguesas pocos días antes. Por último, el perito médico nombrado en esta causa, luego de auscultar a los tres actores y revisar la documentación médica, llegó a igual conclusión: el diagnóstico de sendos colegas fue compatible con los síntomas presentados (fs. 402/407) En definitiva, está comprobado que la familia Ponieman adquirió las hamburguesas en el supermercado de la codemandada el 11 de enero de 2002, que pocos días después concurren tres de sus integrantes a consulta médica con iguales síntomas. Ambos médicos recordaron que les fue dicho por sus pacientes, en el interrogatorio previo, que habían consumido hamburguesas dos días antes y sendos galenos coincidieron también en el diagnóstico (gastroenteritis) y en la probable causa de tal dolencia (ingesta de alimentos en mal estado). Por último, el perito médico coincidió con el diagnóstico de sus colegas y en las posibles causas. Las presunciones detalladas que calificó como precisar y coincidentes, son suficientes a mi criterio para tener por probado el nexo causal entre el vicio de los alimentos provistos por las demandadas y los daños físicos que presentaron los actores a los pocos días de su consumo. Imagino, como hipotética defensa de las accionadas, alegar que los actores podrían haberse intoxicado con otros alimentos y no con las hamburguesas; o como otra posibilidad, que hubieran cocinado insuficientemente las mismas. Se trataría, en tal caso, de una causal de exoneración por culpa de la víctima, supuesto que debería haber sido probado por las mismas demandadas, pero que ni siquiera intentaron. Tampoco acreditaron, como fue referido más arriba, que las hamburguesas hubieran sido inocuas, a pesar de contener un cuerpo extraño. Es que de haber logrado tal objetivo, es obvio que las hamburguesas hubieran quedado descartadas como causa de la descompostura de los actores. Conforme lo hasta aquí expuesto, concluyo que existen elementos en la causa para responsabilizar a ambas demandadas por los padecimientos de salud que presentaron los tres integrantes de la familia Ponieman. Cabe entonces analizar si han sido acreditados los daños invocados y si merecen ser resarcidos. V. Analizaré en forma separada la pretensión del señor Ponieman, de la reclamada por sus hijos que luce en el expediente acumulado. a. Daniel A. Ponieman: Según fuera precisado en fs. 29 el resarcimiento económico perseguido por Daniel Ponieman fue justificado en tres presuntos daños. Reclamó una suma de dinero por ?incapacidad temporal? y otra por ?gastos médicos?. Tanto en su escrito de demanda como en los dos restantes que complementaron el inicial, el actor nada explicó sobre sendos presuntos daños. En punto a la ?incapacidad temporal?, no refirió siquiera cuál era su actividad y qué tiempo vio afectadas sus labores con causa en la gastroenteritis. Igual omisión se presentó respecto a los ?gastos médicos?. No escribió una sola línea intentado dar precisiones sobre las erogaciones que debió encarar y su cuantía. Esta omisión impide a la Sala fijar algún resarcimiento pues el actor ni siquiera describió (menos probó) en que consistió los daños que alegó. Constituye un principio de derecho procesal que son las partes quien deben introducir al proceso mediante su afirmación, los hechos necesarios para la decisión (Rosenberg Leo, La carga de la prueba, página 61). Es que como ha expresado este autor con base en la legislación alemana, el tribunal no debe tomar en consideración hechos no invocados por las partes (en igual sentido Carlo Carli, La demanda civil, página 84). A partir de allí, y como principio general, corresponde al demandante no

sólo afirmar los hechos que constituyen el presupuesto del precepto en el cual funda su petición (?norma fundadora?), sino también probar su existencia. La ausencia de tales hechos priva al magistrado de elementos para juzgar su pertinencia. Y frente a ello sólo cabe su rechazo. Distinto será lo referido al daño moral. Ha sido dicho que 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, que no son equiparables ni asimilables a las meras molestias, dificultades, inquietudes, o perturbaciones que pueda llegar a provocar un simple incumplimiento contractual, en tanto estas vicisitudes o contrariedades son propias del riesgo de cualquier contingencia negocial (CNCom Sala A, 22.5.1986, ?Danisewski Juan c/ Jorge Hitszfelder?; CNCom Sala A, 30.8.1995, ?Criado c/ Federación Patronal Coop. de Seguros?; CNCom Sala B, 30.12.1981, ?Coprave S.A. c/ Asociación de Cooperativas Coop. Ltda?; CNCom Sala B, 21.12.1984, ?Feldman R. c/ Barraco C.?; CNCom Sala C, 10.11.89, ?Lucarelli J. c/Asorte S.A.?; esta Sala, 25.6.1990, ?Desup S.R.L c/ Irusta Cornet J.?; esta Sala, 26.2.2008, Águila, Dora Rosa c/ Banco Itaú Buen Ayre S.A.; CNCom Sala E, 28.8.1985, ?Cammarata, R. c/ La Defensa Cía. Arg. de Seguros SA?). Califico como hecho notorio la presencia de tales padecimientos frente a la ingesta de alimentos en mal estado, y el ulterior malestar físico. Tal intranquilidad anímica se profundiza al ver el afectado defraudada la confianza que merece a todo consumidor los productos elaborados por una empresa de primera línea. De todos modos, como no fue siquiera señalado el tiempo que duraron los padecimientos derivados de la ingesta, fijaré un monto tomando en cuenta la duración habitual de este tipo de malestar. Así propondré al acuerdo conceder al señor Poniemán una indemnización de \$... (... pesos). Ha sido mi criterio como el de esta Sala admitir intereses, en casos como el presente donde los valores han sido fijados a la fecha de la sentencia, los que conforme con la doctrina plenaria fijada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil el 16/12/58 in re ?Gómez, Esteban c/ Empresa Nacional de Transportes?, corresponde sean calculados desde el día en que se produjo el perjuicio (esta Sala, 15.12.2006, ?Mabromata Daniel José c/ Lloyds Bank LTD SA s/ Sumario?; CNCiv Sala L, 13.5.2009, Álvarez, Fabián Gustavo c/ Falabella, Salvador; LL 2009-D, 167). Como he dicho, por tratarse de un capital fijado a valores actuales, será autorizada una tasa del 8% anual, bien que por el período que va desde el 15.1.2002, fecha de producción del daño, hasta la fecha de la sentencia de la instancia anterior, que es el momento al que ese determinado el resarcimiento. Es que resultaría un claro exceso aplicar, en ese lapso, el interés bancario de plaza. Es sabido que esa tasa está compuesta, en términos generales, por un porcentaje destinado a compensar la depreciación de la moneda y por otro que remunera al Banco por el uso del dinero. Así, al tratarse de una suma fijada a valores actuales, resulta impertinente aplicar la tasa Banco Nación sin limitación alguna, pues de así hacerlo se estaría compensando doblemente la desvalorización del signo monetario. Tal reparo pierde justificación, como ya se adelantó, en el período que va desde la fijación del quantum de la indemnización (fecha de la sentencia de primera instancia) hasta el efectivo pago. Por ello en tal lapso los accesorios correrán a la tasa que cobra el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones ordinarias de documentos comerciales a treinta días (conf. CNCom. en pleno, 27/10/94, "S.A. La Razón"), sin capitalizar (conf. CNCom. en pleno, 25/8/03, "Calle Guevara"), hasta el efectivo pago. b. F. y R. Poniemán: La pretensión económica de ambos niños también se sustentó en los mismos tres presuntos daños invocados por su padre. Y al igual que ocurrió con el señor Daniel Poniemán, no fue brindada explicación alguna que permita justificar la pretensión. Nada se dijo sobre la ?incapacidad temporal?, daño por demás vidrioso al tratarse de dos niños que al momento de los hechos tenían cinco y dos años. Sobre los gastos médicos tampoco se brindó ninguna precisión que permita su valoración. Por último, y por iguales motivos desarrollados respecto del padre, aconsejaré otorgar algún resarcimiento por daño moral aunque ajustado a la edad de los aquí actores. Así concederé la suma de \$... (... pesos) a cada uno con más intereses, que serán calculados a igual tasa y por el mismo tiempo que el ya explicado en el caso de Daniel Poniemán. VI. Resta analizar el agravio referido a la admisión de la excepción de falta de legitimación pasiva deducida en su tiempo por el señor Jorge G. Pérez Compán. La lectura de sendos escritos de demanda revelan que los actores no brindaron argumento jurídico alguno para justificar traer a juicio a los presidentes de Molinos Río de la Plata S.A. y Carrefour Argentina S.A. Sólo dijeron en ambas presentaciones que ?es responsable la vendedora, la elaboradora y los respectivos Presidentes por aplicación no sólo de las normas sobre compraventa sino de derechos del consumidor y Código Alimentario Nacional?. Afirmación que se revela claramente dogmática y sin ningún matiz que justifique, o cuanto menos intente hacerlo, traer a juicio al representante legal de dichas sociedades y que cumple sólo, con el directorio que preside, tareas de administración del ente. Nada han dicho respecto de alguna conducta personal del cada presidente que justifique traerlos a juicio. De hecho los actores desistieron de la acción respecto del presidente de Carrefour pero, inexplicablemente, no hicieron lo mismo respecto del de Molinos en tanto no dieron motivo para tal desigual conducta. Los argumentos que ahora ingresan al expresar agravios, al no ser propuestos en la instancia anterior, no son audibles por la Sala (artículo 277 código procesal). Por ello se rechaza este agravio, con costas (art. 68 código procesal). VII. Por lo hasta aquí expuesto propongo al Acuerdo que estamos celebrando, revocar parcialmente la sentencia en estudio admitiendo parcialmente la acción deducida contra Carrefour Argentina S.A. y Molinos Río de la Plata S.A., a quienes condeno a resarcir a

Daniel Ponieman por la suma de \$... (... pesos) y a F. Ponieman y R. Ponieman con la suma de \$... (... pesos) a cada uno, con más los intereses calculados según expliqué en el punto V a de mi voto. Las costas del proceso entiendo, deben ser soportadas por los condenados en su calidad de vencidos; salvo los costos referidos a la intervención de Gregorio Pérez Companc en esta instancia, que deberán ser impuestos a los actores. Ambas aseguradoras serán responsables de la condena en los términos del artículo 118 de la ley de seguros. Así voto. Los señores Jueces de Cámara, doctores Heredia y Dieuzeide adhieren al voto que antecede. Concluida la deliberación los señores Jueces de Cámara acuerdan: a) Revocar con los alcances que siguen la sentencia en estudio, admitiendo parcialmente las acciones deducidas contra Carrefour Argentina S.A. y Molinos Río de la Plata S.A., a quienes se los condena a resarcir a Daniel Ponieman por la suma de \$... (... pesos) y a F. Ponieman y R. Ponieman con la suma de \$... (... pesos) a cada uno, con más los intereses calculados según se expuso en el apartado V del presente voto. Mantiénese así el rechazo de la pretensión contra Jorge Gregorio Pérez Companc en los términos decididos en la decisión en crisis. b) Imponer las costas de ambas instancias a los demandados vencidos, salvo en los costos referidos a la intervención del señor Jorge Gregorio Pérez Companc en esta instancia, que deberán ser impuestos a los actores, al igual de lo ya decidido respecto de la anterior en la sentencia en estudio (art. 68 código procesal). Ambas aseguradoras serán responsables de la condena en los términos del artículo 118 de la ley de seguros. c) Al haber progresado parcialmente el recurso, cabe determinar la cuantía de los honorarios, conforme lo dispone el artículo 279 del Código Procesal. A tal fin será utilizada como base regulatoria el monto de la condena pues tal es la que expresa la entidad económica del pleito en los términos del artículo 19 de la ley 21.839. Con tal parámetro y en atención a la naturaleza, importancia, calidad y extensión de las tareas desarrolladas, teniendo en cuenta el límite establecido por el art. 505 del Código Civil y las etapas procesales efectivamente cumplidas por cada uno de los profesionales intervinientes en cada uno de los procesos acumulados, fíjense en \$... (... pesos) los honorarios del letrado patrocinante de la parte actora, doctor Ernesto G. Killner. A su vez, fíjense en \$... (... pesos) los emolumentos del letrado apoderado de la co-demandada Molinos Río de la Plata S.A. y de la citada en garantía Zurich Argentina Compañía de Seguros S.A., doctor Claudio J. Horst Speyer; en \$... (... pesos) los estipendios del letrado apoderado de las mismas partes, Dr. Martín Malnatti; y en \$... (... pesos) los honorarios de la letrada apoderada de la citada en garantía Zurich Argentina Compañía de Seguros S.A., doctora Laura Mariana Poyo. Asimismo, fíjense en \$... (... pesos) los emolumentos del letrado apoderado de la co-demandada Carrefour Argentina SA y de la citada en garantía AGF Allianz Argentina Compañía de Seguros Generales SA, doctor Federico O. Vidal Raffo; y en \$... (... pesos) los estipendios del letrado apoderado de la citada en garantía AGF Allianz Argentina Compañía de Seguros Generales SA, doctor Hernán López Saavedra. Además, fíjense en \$... (... pesos) , en \$... (... pesos) y en \$... (... pesos) los honorarios de los letrados apoderados de la citada en garantía AGF Allianz Argentina Compañía de Seguros Generales SA, doctores Gustavo A. Centenaro, Silvina Vanesa Luna y Lucas Lionel Slipak, respectivamente. Por su parte, fíjense en \$... (... pesos), \$... (... pesos), \$... (... pesos), \$... (... pesos), y \$... (... pesos), los estipendios de los letrados apoderados del co-demandado Jorge Gregorio Pérez Companc, doctores Rafael Gómez Diez, Ezequiel Díaz Cordero, Alejandra Caparrizo, Mario Rovelli y Juan José Casal, respectivamente; y en \$... (... pesos), \$... (... pesos) y \$... (... pesos), los emolumentos de los letrados patrocinantes de la misma parte, doctores Alfredo J. Di Iorio, Eugenia Pracchia, y Guillermo Félix Blanco, respectivamente. De su lado, fíjense en la suma de \$... (... pesos), \$... (... pesos), \$... (... pesos), y \$... (... pesos) los honorarios de los peritos intervinientes, señores Susana M. Graffigna (perito contadora), Alberto Daniel Soroka (perito médico), Miguel Ángel Tommasi (perito ingeniero industrial) y Carlos Manuel Zylbermenc (perito contador), respectivamente (arts. 6, 7, 9, 19, 33, 37 y 38 de la ley 21839, modif. por la ley 24432; art. 478 Cod. Proc. y art. 3 Dcto Ley 16638/57 modif. por ley 24432). Finalmente, de conformidad a lo dispuesto por el Decreto 91/98, reglamentario de la ley 24.573, regúlase en \$... el estipendio del mediador Horacio Luis Pérez. d) Colóquese copia certificada de la presente sentencia en los autos N° 26037/2004 "Ponieman Daniel Alejandro y otros c/ Perez Companc Jorge Gregorio y otros s/ Ordinario" acumulados al presente. Notifíquese y una vez vencido el plazo del art. 257 del Código Procesal, devuélvase la causa al Juzgado de origen.

Gerardo G. Vassallo Juan José Dieuzeide Pablo D. Heredia Julio Federico Passarón Secretario de Cámara Nota:

[*:] Nota de la Redacción: la firma del original es ilegible

Cita digital: