

Danos Y Perjuicios Adquisicion De Producto Vencido Dano Punitivo

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

JURISPRUDENCIA

Daños y perjuicios. Adquisición de producto vencido. Daño punitivo En el marco de un juicio por daños y perjuicios, se hace lugar a la demanda interpuesta contra un hipermercado en función de los daños sufridos por haber consumido un producto vencido. En la Ciudad de San Isidro, Provincia de Buenos Aires, a los 11 días de Octubre de 2016, se reúnen en Acuerdo los señores Jueces de la Sala Primera de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro, Dres. Hugo O.H. Llobera y Carlos Enrique Ribera (artículos 36 y 48 de la ley 5.827), para dictar sentencia en el juicio: ?CASTRO ANDREA SOLEDADC/ CARREFOUR ARGENTINA S/DAÑOS Y PERJ. INCUMP. CONTRACTUAL (EXC. ESTADO) EXC. ESTADO)? y habiéndose oportunamente practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 263 del Código Procesal Civil y Comercial), resulta que debe observarse el siguiente orden: Dres. Llobera y Ribera, resolviéndose plantear y votar la siguiente: CUESTIÓN ¿Es justa la sentencia apelada? VOTACIÓN A LA CUESTIÓN PLANTEADA EL DR.LLOBERA, dijo: I. La sentencia El fallo rechaza la demanda por daños y perjuicios, entablada por Andrea Soledad Castro por sí y en representación de sus hijos menores, Andrés Nahuen Casiva Castro y Aylen María Agustina Casiva Castro contra INC. S.A. y su aseguradora Zurich Argentina Compañía de Seguros S.A.. Impone las costas en el orden causado y difiere la regulación de los honorarios para su oportunidad legal (fs. 313/321). II. Antecedentes La acción se origina en un hecho que habría ocurrido el día 11 de mayo de 2008. La actora narra que, en compañía de sus hijos, concurrió al Hipermercado Carrefour de San Fernando, donde adquirió unos chocolates, que luego consumieron; que dichos productos estaban vencidos y debido a ello, sufrieron los daños por los que reclaman. Refiere que al comenzar a ingerirlos notó que no tenían el sabor habitual; revisó el envoltorio y advirtió que había caducado su fecha de vencimiento. Decidió volver al establecimiento y se dirigió al sector de servicio al cliente; allí fue atendida por el Jefe de Supervisores Emilio Cordero, a quien le manifestó lo ocurrido. Dice que le ofrecieron disculpas, le reintegraron el importe abonado y el supervisor se quedó con el resto del alimento y de los envoltorios. Señala que le prometieron que retirarían de la góndola todos los productos que tuvieran fecha vencida para el consumo. Agrega que al día siguiente su hija, tuvo nauseas y diarrea. Ante dicha circunstancia y también sufriendo ella malestar físico, decidió asistir al Centro de Salud Dr. Bertres, donde le aconsejaron una dieta alimentaria y le diagnosticaron gastroenteritis; asimismo le ordenaron a la niña un estudio de materia fecal. Añade que el día 13 de mayo se presentó nuevamente en el hipermercado y observó que en las góndolas aún estaban a la venta los mismos productos vencidos que había adquirido el domingo anterior, se llevó uno y lo retiró por la línea de cajas. Señala que dos días después compareció junto a la escribana Laura M. Patricio, quien constató la existencia de mercadería vencida, chocolates marca Cofler, y labró un acta notarial. Añade que efectuó la denuncia ante la Unidad Funcional de Investigaciones N° 1 de San Fernando. Imputa la responsabilidad a la demandada y funda la acción en los arts. 512, 902, 1109 y 1113 del Código Civil y en el art. 5, 40 y 52 bis de la Ley de Defensa al Consumidor N° 24.240. Reclama en concepto de indemnización, por daño moral y daño emergente la suma total de \$ 33.400 y que se aplique una multa en concepto de daño punitivo. Ofrece prueba y pide que se haga lugar a la demanda (fs. 3/4, 11/18 y 40/45). Habiendo sido Carrefour Argentina S.A. absorbida por INC.S.A. se presenta esta última a contestar la demanda. Niega en forma genérica y en particular los hechos invocados, la autenticidad de los tickets de compra, el acta notarial y demás documental; la responsabilidad que se le atribuye y que los daños que alega haber sufrido la actora junto con sus hijos, tengan relación causal con la supuesta compra del producto que dice haber efectuado. Sostiene que se trata de meras afirmaciones unilaterales y que la actora no solicitó una prueba química a fin de acreditar que el contenido del referido producto se hallaba en mal estado. Refiere que las fechas de vencimiento descriptas en los productos tienen un período de tolerancia por lo que resulta poco creíble que una porción de barra de cereal, produzca tales efectos. Impugna los montos requeridos, ofrece prueba y pide el rechazo de la acción (fs. 64/71). A su turno responde la citada en garantía, quien adhiere a la contestación efectuada por la demandada (fs. 115/118). La magistrada de la instancia de origen consideró acreditado que la actora adquirió los alimentos denunciados, en virtud de los tickets de compra que adjuntó. Sumado al acta notarial, entendió como presumible la existencia de productos vencidos a la venta en la fecha señalada en la demanda y que podrían haber sido de la misma partida que los que compró la reclamante. Valoró las constancias de asistencia médica y la prueba pericial. Destacó las conclusiones efectuadas por el experto en cuanto a la relación de causalidad entre el cuadro digestivo que presentaron los reclamantes con el alimento; pero luego cuestionó que no haya explicado cómo ese producto podría haber estado contaminado; y dada su inconsistencia, se apartó del informe técnico. Afirmó que la parte actora no ofreció la prueba química sobre el producto que dijeron haber consumido y ante la falencia probatoria de su potencialidad dañina, más allá de la fecha

preferente señalada, y de la vinculación causal adecuada entre la dolencia y la ingesta de las barras de cereal adquiridas en el local de la accionada, consideró que no pudo establecerse con certeza la atribución de responsabilidad a la demandada, y decidió desestimar la acción promovida (fs. 313/321).

III. La apelación La actora apela la sentencia (fs. 325) y expresa agravios (fs. 340/341), los que no merecen respuesta de la contraria. La Asesora de Incapaces tomó conocimiento del estado de las actuaciones (fs. 331). A fs. 348, Andrés Nahuen Casiva Castro comparece por sí en razón de haber alcanzado la mayoría de edad. A fs. 350/352 se notificó a la menor Aylen María Agustina Casiva Castro respecto de los derechos que le confieren los arts. 26 y 677 del CCCN, sin que haya comparecido por sí.

IV. Los agravios 1. Atribución de la responsabilidad a) El planteo El rechazo de demanda es cuestionado por la parte actora, quien afirma que el hecho se encuentra debidamente probado. Argumenta: * Que la sentenciadora efectuó una valoración desacertada de la prueba; ponderó que no se realizó la pericial química en lugar de meritar que los productos en cuestión estaban vencidos. * Que se apartó de la opinión brindada por el perito médico quién concluyó diciendo ?...el cuadro digestivo puede tener relación causal con la ingesta del alimento en cuestión, como factor común con su grupo familiar...?. * Que los productos en cuestión fueron entregados al momento de efectuar la denuncia penal, y reservados por la Fiscalía de San Fernando. * Que en virtud de lo consagrado por el art. 7 del CCCN, deben aplicarse las normas más favorables al consumidor. * Que el hecho sucedió; consumieron las barras de cereales y chocolate cuando no se encontraban aptas para el consumo, y ello puso en riesgo su salud; con el agravante que en fecha posterior aún estaban a la venta, lo que evidencia la falta de control de la accionada. * Que incurrió en gastos y se vio afectada en su patrimonio, y ello es una consecuencia directa de lo ocurrido; y también se vieron perturbados en el aspecto moral, cuya base legal se encuentra en los arts. 1738, 1741 y conc. del CCCN. Solicita se modifique el decisorio, se haga lugar a la demanda incoada y se aplique el daño punitivo, consistente en una multa civil para que no vuelva a suceder un hecho como el denunciado, y no se ponga en riesgo a todos los consumidores.

b) El análisis i. El derecho aplicable y la relación de consumo Para determinar el derecho aplicable cabe tener presente los hechos relatados por las partes, el tiempo en que ocurrieron y los términos en que la situación tuvo lugar, como así también la incidencia que en el caso tenga la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26.994) vigente desde el 1º de agosto de 2015 (ley 27.077). La reclamante centra la acción en la responsabilidad de la accionada por los daños y perjuicios que le atribuye con causa en el consumo de un producto comercializado por ella, el que se hallaba vencido. Entiende que la situación se encuentra comprendida en las normas del derecho común previstas en los arts. 1109 y 1113 del Código Civil y en las disposiciones de la Ley de Defensa al Consumidor. Para determinar la existencia de posibles responsabilidades, cada aspecto debe juzgarse bajo las normas que le son propias, en función de la naturaleza del vínculo jurídico establecido. El art. 7 del CCCN dispone que ?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. 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.? Tratándose en el caso de una relación de consumo entre la actora y la sociedad demandada, en su carácter de comercializadora de productos alimenticios, corresponde aplicar la norma que sea más favorable al consumidor (arts. 7 y 1092 seg. parte CCCN) y de mediar duda sobre dicho encuadre, la situación ha de resolverse en beneficio de este último (art. 1094 CCCN). La Ley de Defensa del Consumidor y el CCCN en su Libro Tercero, Título III, regulan lo que la Constitución Nacional en su artículo 42 denomina relación de consumo. El sistema normativo de protección al consumidor ha incidido de modo transversal en un muy vasto sector del ordenamiento jurídico de carácter patrimonial, alterando los efectos ordinarios que se producían con anterioridad a su entrada en vigencia. Las normas en cuestión afectan la aplicación de las propias del derecho civil, comercial y procesal, entre otras, para comprenderlas e integrarlas de un modo sistemático, lo cual ha de hacerse conforme las pautas que brindan los arts. 1094 (Interpretación y prelación normativa), 1095 (Interpretación del contrato de consumo) del CCCN y 3 de la LDC. En distintos precedentes la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que la finalidad de la ley 24.240 consiste en la debida tutela y protección del consumidor o el usuario, que a modo de purificador legal integra sus normas con las de todo el orden jurídico, de manera que se impone una interpretación que no produzca un conflicto inter-normativo, ni malogre o controvierta los derechos y garantías que, en tal sentido, consagra el art. 42 de la Constitución Nacional (CSJN., causas C.745.XXXVII., ?Caja de Seguros S.A. c/ Caminos del Atlántico S.A.C.V.", 21/03/2006, "Fallos" 329:695; ídem, F.331.XLII; ídem, "Federación Médica Gremial de la Cap. Fed. - FEMEDICA- c/ DNCI - DISP 1270/03", 18/11/2008, "Fallos" 331:2614, disidencia del doctor Maqueda; en igual sentido CC 2 Quilmes, causa n° 16.462, RD 113/15, S 07/08/2015, ?Sosa Miguel Angel C/Automotores 2001 y otros s/Daños y Perjuicios?, JUBA. En el mismo sentido la Suprema Corte provincial en la causa n° 115.486, del 30/09/2014, ?Capaccioni, Roberto Luis contra Patagonia Motor S.A. y BMW de Argentina S.A. Infracción a la Ley del Consumidor?, resolvió que ?(...) La normativa específica relativa a las relaciones de consumo no constituye una mera regulación de determinado ámbito de las relaciones jurídicas,

como tantas otras. Es eso y mucho más. La preocupación del legislador -signada por la clarísima previsión del art. 42 de la Constitución nacional y la correlativa contenida en el art. 38 de la Constitución provincial- radica en obtener la efectividad en la protección del consumidor. El principio protectorio como norma fundante es cimiento que atraviesa todo el orden jurídico. El propio art. 1° de la ley 24.240, texto ley 26.361 así lo expresa terminantemente: 'la presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario' (SCBA, LP, C 117.760, S 01/04/2015 ?G, A. C. contra "Pasema S.A." y otros. Daños y perjuicios?, JUBA). Y que (...) una relación de consumo no conforma una relación exclusivamente patrimonial sino que en ella hay una concepción particular de la sociedad y del mercado, cuyo modelo de contrato no es el concebido por el Código Civil ni por el Código de Comercio, sino que en estos la relación se teje entre fuertes y débiles, entre satisfechos y necesitados (...)? (SCBA, LP, C 117.245, S 03/09/2014, ?Crédito para todos S.A. contra Estanga, Pablo Marcelo. Cobro ejecutivo?; JUBA). Se advierte en todo lo dicho que un vínculo jurídico puede hallarse comprendido bajo el régimen general de responsabilidad derivada de los contratos, en general, o bien bajo las específicas del sistema protectorio del consumidor, por el cual se procura restablecer el equilibrio entre las partes en una relación que, por su naturaleza muestra al consumidor como su parte débil frente a quien se caracteriza por su profesionalidad en la producción, importación y/o comercialización de un bien o servicio, con las ventajas que el conocimiento a su respecto le reporta. En el supuesto que nos ocupa la actora adquirió en el establecimiento de la demandada productos alimenticios para satisfacer sus necesidades de consumo personal y el reclamo tiene su finalidad por una omisión del deber de garantizar la vigencia del producto que ésta comercializa. No existe ninguna duda que dicho acto constituyó un contrato de consumo en los términos contemplados por el CCCN (art. 1094), generándose la respectiva relación y las consecuencias que de ello deriva (art. 1092 y art. 3 LDC). Los consumidores, aunque cuantitativamente mayoritarios, ya que 'todos somos consumidores', constituyen una minoría cualitativa por su vulnerabilidad e inferioridad técnica, fáctica y jurídica frente al poder de las empresas especialmente las megaempresas, prestadoras y productoras de bienes y servicios? (CC 1, Lomas de Zamora, causa n° 63.986, RSD-27-8, S 21/02/2008, ?Mercurio, Cosme Gregorio c/Organización Sur Automotores S.A. s/Sustitución?). Es necesario tener presente que el consumidor es el último eslabón de la relación de producción; es el final de la línea de producción. En efecto, cuando el consumidor compra un producto es él o su grupo familiar o social quien lo consumirá. El producto finaliza allí su paso por el proceso productivo el que comprende diversas etapas: fabricación, distribución por diversos canales, logística de trasladarlo y comercialización final hasta manos del consumidor. La normativa específica relativa a las relaciones de consumo no constituye una mera regulación de determinado ámbito de las relaciones jurídicas. La preocupación del legislador -signada por la clarísima previsión del art. 42 de la Constitución Nacional y la correlativa contenida en el art. 38 de la Constitución provincial- radicó en obtener la efectividad en la protección del consumidor. El principio protectorio como norma fundante es cimiento que atraviesa todo el orden jurídico. El art. 1° de la ley 24.240 (texto ley 26.361) lo expresa con claridad pues dispone que la presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario. Este principio protectorio del consumidor también es plasmado por el art. 1094 del CCCN, en tanto prescribe que Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor; ello coincide con lo legislado en el art. 3 de la Ley de Defensa del Consumidor (LDC). Se trata del punto de partida desde el cual debe ser asumida la cuestión referida al consumo pues es una regulación que apunta a favorecer el ejercicio pleno de los derechos de los más débiles, asumiendo que las fuerzas del mercado son infinitamente más poderosas que el consumidor aislado. Es un sistema, un paradigma intervencionista del Estado, con el objeto de corregir las consecuencias socioeconómicas negativas que la realidad demuestra fehacientemente (SCBA, causa n° 117.760, 1/4/2015). Lo hasta aquí analizado adelanta un aspecto a tener en cuenta referido a la responsabilidad, pues en virtud de ello será aplicable la obligación de seguridad contemplada por la LDC (arts. 5 y 40) y sin perjuicio de las normas precitadas, el CCCN también resulta de aplicación al tratarse de una relación de consumo, conforme ya lo señalara, en tanto sus disposiciones resulten más favorables al consumidor (arts. 7, 1093, 1094, 1095).

ii. La responsabilidad objetiva y la carga de la prueba El art. 5° LDC, dispone que 'las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios?', el cual se sustenta no sólo en el art. 42 de la Constitución Nacional sino también en los Tratados Internacionales incorporados con jerarquía constitucional (art.75 inc. 22 CN). De este principio protectorio se deduce que quienes se dedican a la venta al público de productos de consumo no pueden poner en peligro la salud y/o la integridad física de los consumidores; por el contrario, tienen el deber de arbitrar los medios necesarios para que lo que exponen a la comercialización se encuentre en condiciones de ser consumido. La Corte Provincial sostiene, que la referencia del art. 5 (LDC) a la utilización del producto en condiciones previsibles o normales de uso, no significa que se prevea un "parámetro normal de diligencia", con lo cual se entraría en la órbita de los factores subjetivos de atribución, sino que se vincula más bien con el aspecto causal del fenómeno resarcitorio. Se quiere decir que el daño será indemnizable siempre que resulte de un uso previsible o normal del producto, y no lo será si, en cambio, es consecuencia del hecho de la víctima, que le ha dado un uso imprevisible o

anormal (Mosset Iturraspe y Wajntraub, Ley de defensa del consumidor, p. 78). Ello implica que, si el proveedor pretende desligarse de la responsabilidad objetiva, tiene la carga de probar que la cosa o el servicio, fueron utilizadas por el consumidor o usuario en condiciones no previsibles y anormales, lo cual configura la culpa de la víctima, por la que no debe responder (SCBA C. 117.760, 1-4-2015, JUBA). En cuanto al contenido de la obligación de seguridad (arts. 5 y 6 LDC), su objeto principal es la salud e integridad psicofísica del consumidor. A su vez el art. 40, de la precitada ley, prevé la responsabilidad objetiva derivada del vicio o defecto de la cosa o del servicio por violación de la obligación de seguridad, como implementación del 42 de la Constitución Nacional. La eximente de responsabilidad se sustenta en la ruptura del nexo causal, siendo necesario para ello que el proveedor (art. LDC; 1093 CCCN) acredite el caso fortuito extraño a él, la culpa de la víctima o el hecho del tercero por quien no se debe responder. El Tribunal Superior sostiene, que el régimen consumeril va más allá del derogado segundo párrafo del art. 1113 del Código Civil, el cual eliminaba el factor subjetivo, previsto ahora en el art. 1722 del CCN. La Ley de Defensa del Consumidor contiene una expresa norma procesal relativa a la carga de la prueba cuando prescribe en el último párrafo del art. 40 que "sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena". Es decir, que el consumidor se libera de la carga de probar la relación causal, que se presume, pudiendo sin embargo el fabricante o vendedor, demostrar la ajenidad de la causa, con lo que estamos en presencia de una presunción iuris tantum ("Aspectos procesales en la ley de defensa del consumidor", LL 2010-C-1281, SCBA C. 117.760, 1-4-2015, JUBA). En materia probatoria resulta de aplicación, la teoría de la carga dinámica de la prueba que establece el art. 53 tercer párrafo de la ley 24.240, es decir, corresponde al proveedor, dado su profesionalidad, la obligación de colaborar en el esclarecimiento de la cuestión aportando a la causa todos los elementos a su alcance para esclarecer el hecho y las causas del daño. Consagrada ahora, en el art. 1735 del CCCN. En ese orden de ideas, el silencio del proveedor, su reticencia o su actitud omisiva, pueden constituir una pauta que lo afecte en sentido adverso, con la consecuente presunción de certeza sobre la versión que sustente el consumidor. Esto es así por cuanto quien se encuentra en mejores condiciones, para acreditar ciertos extremos, es el fabricante, importador o proveedor, quien ha de poner a disposición el material probatorio a su alcance. Nadie estará en mejores condiciones que él para demostrar que el bien o el servicio que comercializa, carece de defectos, ya sean de diseño o funcionamiento, se trate de deficiencias de origen o sufridas en la cadena de comercialización hasta llegar al consumidor. iii. La prueba producida No se encuentra en discusión que entre la actora y la demandada ha existido una relación de consumo de un producto alimenticio en particular, en este caso, barras de cereal y chocolates; así lo ha tenido por probado la magistrada de la instancia anterior. En efecto, los tickets de compra (fotocopias certificadas de fs. 23, 24, 25 y originales obrantes a fs. 14, 15 y 17 de la causa penal N° 39.070) acreditan que la reclamante adquirió la mercadería en cuestión, en el establecimiento de la accionada en la fecha 11-5-2008, y en los días inmediatos posteriores. Mediante el acta notarial de fecha 15 de mayo de 2008 (Escritura 43), se constató que en una góndola del supermercado Carrefour Sucursal San Fernando se encontraban a la venta paquetes de un producto que contenía tres barras de cereal con chocolate crocante marca Cofler Extra Arcor y sus envoltorios decían ¿consumir preferentemente antes del 04/2008? (en copia fs. 21). La escribana Laura Marisa Patricio informa que la copia de la referida acta, es auténtica (fs. 194). Dichos productos, los cuales tengo a la vista, fueron remitidos por la Oficina Fiscal de Distrito San Fernando y se encuentran reservados en el marco de las presentes actuaciones (fs. 346). Aunque no puede establecerse con total certeza que la actora adquirió cuatro días antes esos mismos productos, resulta presumible que a esa fecha estaban a la venta. El Hospital de San Fernando remitió un informe del cual surge que Andrea Soledad Castro fue asistida con fecha 14-5-2008, es decir tres días después de la ingesta, por padecer diarrea con dos días de evolución. Ello tiene correlación con la constancia médica que indica que concurrió por convalecencia de gastroenteritis al día siguiente al Centro de Salud Dr. H. Bertres. También Aylen Casiva Castro debió ser asistida por presentar síntomas similares, de 48 hs. de evolución (fs. 222 vta., 247, fs. 26 y 27). Con lo hasta aquí expuesto, encuentro presumible que la actora y su hija, de 7 años de edad, hayan recibido asistencia médica con motivo de haber ingerido una barra de cereal y chocolate con fecha de vencimiento caduca. El perito médico, en su informe concluyó que, en virtud de las constancias médicas acompañadas, la causa del cuadro digestivo puede tener relación con la ingesta del alimento en cuestión, como factor común en el grupo familiar. Refirió que se certificó atención médica de Andrea Soledad Castro y Aylen Casiva Castro, pero no respecto de Andrés Nahuel Casiva Castro (fs. 184/191). En materia pericial, es sabido que corresponde atenerse a las conclusiones del informe del perito designado en la causa. Pese a ello tal dictamen, no es vinculante para el juez, dado que podrá apartarse en forma total o parcial de sus términos, tomando en consideración la competencia del perito, los principios científicos en que fundamenta su opinión, la concordancia de su aplicación con los principios de la sana crítica; en su caso, las observaciones formuladas por las partes y los demás elementos de convicción que ofrezca la causa (CPCC. art.474). En el supuesto que se deseche el informe pericial resulta necesario aducir razones muy fundadas, porque el conocimiento del perito es ajeno al hombre de derecho (Fenochietto, Carlos E. - Arazi, Roland, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado y concordado con el C.P.C.C. de la Provincia de Bs.As., Astrea, Bs.As., 1987, p. 524). En el caso, el dictamen médico no fue observado por ninguna

de las partes. Por todo ello no encuentro motivo justificado ni elementos probatorios que ameriten apartarse de sus conclusiones (arts. 375, 384, 474 del CPCC). Es cierto que la reclamante no ofreció la prueba pericial química, pero la accionada tampoco aportó ningún elemento probatorio que lograra desvirtuar las conclusiones del experto, las cuales concuerdan con el hecho afirmado en la demanda. En mi parecer, con la prueba pericial y demás elementos indiciarios del juicio, suficientemente serios y convincentes, tengo por verificado que la reclamante y sus hijos adquirieron y consumieron productos comercializados por la accionada que se encontraban a la venta, aún pasada su fecha de vencimiento, provocándoles los daños por los que reclaman. Pese a que ha sido INC.S.A. quien se encontraba en mejor situación para producir las pruebas necesarias para acreditar que no fue el producto vencido lo que produjo en los reclamantes el cuadro digestivo leve. Todo ello no ha sido desvirtuado por ninguna probanza de la causa, pese a que se imponía a la demandada, por el peso de las llamadas cargas dinámicas de la prueba, desplegar una activa tarea probatoria para erradicar la presunción señalada en párrafos anteriores. Tampoco justificó que lo que exponía a la comercialización se encontraba en condiciones de ser consumido y que cumplía con el principio legal de cautela y efectividad de la protección al consumidor. En función del análisis precedente, tengo por acreditado el supuesto fáctico de la pretensión, estos es, el daño y la relación causal y deberá declararse la existencia de responsabilidad objetiva que la aludida norma le impone. La accionada no acreditó ninguno de los eximentes previstos en las normas aplicables (art. 375, C.P.C.C., arts. 1734, 1735 del CCCN), por lo que corresponde admitir su responsabilidad por las consecuencias dañosas del hecho.

c) La conclusión Por las consideraciones precedentes y lo dispuesto por el art. 42 de la Constitución Nacional; arts. 38 de la C.Prov.Bs.As., arts. 7, 1092 y 1094, del CCCN, 1, 2, 5, 6, 40, y 53 de la ley 24.240, en similar sentido arts. 512, 902, 1068, 1069, 1109, 1113, y concordantes del Código Civil; arts. 375, 384, 474 y concordantes del CPCC, propongo al Acuerdo modificar la sentencia dictada y hacer lugar a la demanda intentada por Andrea Soledad Castro por si y en representación de su hija Aylen María Agustina Casiva Castro contra INC. S.A. (antes Carrefour Argentina S.A.), para que abone a los demandantes dentro del término de diez días de quedar firme la presente, la suma que resulte de los rubros indemnizatorios que más abajo se analizarán.

2. Rubros indemnizatorios

2.1. Daño emergente

a) El planteo La parte actora solicita que se incluya en la indemnización lo que abonó en concepto de gastos, es decir, el costo del acta notarial, y los correspondientes a la asistencia médica, medicamentos, traslados y haberes caídos. Refiere que se desempeña como empleada doméstica y se vio imposibilitada de concurrir a trabajar. Solicita se fije la suma total de \$ 3.400. La accionada y la citada en garantía impugnan por excesivo y antojadizo el importe pretendido.

b) El análisis El art. 7 del Decreto 1.798/94, reglamentario de la Ley 24.240, inciso b) dispone que: "Si el proveedor de cosas o servicios no cumple la oferta o el contrato el consumidor podrá, en su caso, alternativamente y a su elección: I) exigir el cumplimiento forzado de la obligación, siempre que el incumplimiento no obedezca a caso fortuito o fuerza mayor no imputable al proveedor; II) aceptar otro producto o prestación de servicio equivalente; III) rescindir el contrato con derecho a la restitución de lo pagado y al resarcimiento por danos y perjuicios...". Esta disposición legal explica el fundamento del reclamo de la actora. Por otra parte los gastos que la reclamante tuvo que afrontar para el tratamiento de su dolencia, deben ser resarcidos aunque no se haya aportado prueba alguna al respecto, siempre que se encuentre acreditada la existencia de aquella; comprende los correspondientes a compras de farmacia, los gastos de traslados e inclusive aquellos necesarios para tratamientos futuros, si se encuentran relacionados con el accidente. Resulta de aplicación el art. 165 párrafo final del C.P.C.C., el cual confiere a los jueces la facultad de fijar el monto de la condena, siempre que se acredite la existencia del daño y aunque no resulte justificado su monto, ya que su desembolso se presume. Sin embargo, es preciso tener en cuenta que esta atribución debe utilizarse con prudencia, en especial porque la lógica impone suponer que, si se realizaron gastos de significación, lo normal es que por ellos se entreguen las correspondientes facturas. Esto es así, incluso cuando se hubiese atendido por intermedio de un hospital público, porque es sabido que igualmente se producen algunos gastos que deben ser contemplados, pero en menor medida. Sin embargo, en el caso del lucro cesante, quien peticiona la indemnización ha de probar el agravio sufrido. Debe acreditar la existencia de los ingresos verosíblemente esperados y frustrados en razón del hecho, aportando a ese fin certidumbre, tanto acerca de la actividad que desempeñaba al momento del suceso, como de las pérdidas experimentadas (arts. 1739, 1740, 1742, 1746 y ccs. Código Civil; 375 del CPCC; esta Sala, Acuerdo 92973, reg. 554, sent. 7-8-2003). Estimo que la actora no ha cumplido con la carga de probar el presupuesto de hecho invocado como fundamento del reclamo por los haberes perdidos (arts. 375, 384 y cc. del C.P.C.C.). En consecuencia, propongo que se desestime en este aspecto.

c) La propuesta al Acuerdo Tomando en cuenta las constancias analizadas y lo dispuesto por los arts. 1739, 1740, 1742, 1746 y ccs. CCCN, en igual sentido arts. 1068, 1069, 1086 y concordantes del Código Civil; arts. 375, 384, 474 y conc. del CPCC, propongo al Acuerdo fijar la suma de \$ 1.000 para reparar este concepto.

2.2. Daño Moral

a) El planteo La actora solicita en su escrito de inicio una indemnización de \$ 15.000 a su favor, y \$ 7.500 para cada menor, o lo que en más o en menos surja de las probanzas de autos. La demandada y la aseguradora niegan que los reclamantes hayan experimentado algún tipo de padecimiento moral. Entienden que estos valores son disparatados y arbitrarios.

b) El análisis

i. Dado que se trata de una relación de

consumo resulta de aplicación, como lo he mencionado más arriba, lo establecido en el art. 7 último párrafo CCCN, por lo cual en el caso corresponde atenerse a lo normado por los arts. 1737, 1738, 1739, 1740 y 1731 del nuevo ordenamiento. Esto por cuanto los alcances del art. 1738 resultan más extensos que el derogado art. 1078. En efecto, la referencia del precitado artículo a las afecciones espirituales legítimas, le confiere al daño moral un contenido amplio, que abarca todas las consecuencias no patrimoniales. En ese sentido ha descendido notoriamente el "piso" o "umbral" a partir del cual las angustias, molestias, inquietudes, zozobras, dolor, padecimientos, etcétera, determinan el nacimiento del daño moral, acentuándose la protección de la persona humana (Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Director Ricardo Luis Lorenzetti, cit. Rubinzal - Culzoni Editores, Tomo VIII, p. 485). Además, el esquema de pensamiento ha girado desde el inicial "precio del dolor" al actual "precio del consuelo", llegándose también a sostener la existencia de "daños morales mínimos", en base a la constitucionalización de la tutela de la persona humana (ob. cit., tomo VIII, p. 485). Esta mayor amplitud obedece, a que la nueva legislación ha optado por un criterio según el cual el daño es la lesión de (...) un interés jurídico, entendido como la facultad de actuar del sujeto para obtener el bien jurídico objeto de satisfacción o la expectativa lícita de continuar obteniéndolo. (ob. cit., p. 475). Por otra parte, en casos como el de autos, debe tenerse presente que la unificación de la responsabilidad civil ha eliminado las diferencias conceptuales y estructurales entre daño extracontractual y daño contractual, los que quedan asimilados, configurándose un régimen unitario en materia de daños a las personas, aunque subsistan ciertas previsiones especiales para los supuestos de imposibilidad de cumplimiento de la obligación (art. 1732). En mi opinión esta es una regla aplicable a las presentes, pues los inconvenientes soportados por la actora superan los niveles razonables de tolerancia frente al incumplimiento contractual por parte de la accionada. ii. La cuantía de la indemnización

Para meritar la adecuación de la suma de condena a la afectación de los intereses de la demandante, deben tenerse en cuenta circunstancias que se han tenido por probadas. En este sentido Andrea Soledad Castro, de 26 años de edad a la fecha del evento y Aylen María Casiva Castro, de 7 años, sufrieron un cuadro digestivo leve y debieron ser asistidas en el Hospital de San Fernando (fs. 26, 29 y fs. 191). Sin duda estas molestias han influenciado en su estado emocional de manera negativa. Ello constituye, en mi criterio, causa suficiente para reconocer la afectación de la actora y su hija. Sin embargo, Andrés Nahuen Casiva Castro, no recibió atención médica con motivo de la invocada, y en su caso, no probada ingesta. Tampoco se ha producido prueba alguna que permita inferir su calidad de damnificado. c) La conclusión En virtud de todo lo expresado y lo dispuesto por los arts. 1737, 1738, 1739, 1740 y 1731 del CCCN, en similar sentido arts. 1078 y concordantes del Código Civil, arts. 375, 384, 474 y conc. del C.P.C.C., propongo al Acuerdo otorgar la suma de \$ 6.000 a favor Andrea Soledad Castro y \$ 6.000 para Aylen María Casiva Castro; y desestimar la pretensión respecto de Andrés Nahuen Casiva Castro. 2.3. Daño punitivo a) El planteo En la demanda se reclamó la aplicación de una multa civil, fundada en diversas disposiciones del Derecho de Defensa al Consumidor. b) El análisis Conforme lo dispuesto por la ley 24.240, reformada por la ley 26.361, se enuncia la posibilidad de castigar el trato indigno en perjuicio de los consumidores, mediante la figura del daño punitivo. La referida legislación dispone en el art. 52 bis: ?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? (artículo incorporado por art. 25 de la Ley n° 26.361 B.O. 7/4/2008). Concordante con ello, se ha explicado que el daño punitivo se incorpora ?a favor del consumidor, con una cuantificación que posee dos indicaciones: la primera, dirigida hacia el magistrado, en el sentido de que debe graduar la sanción en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, y por otro lado coloca como tope tarifario la multa del art. 47 inc. b) que establece el valor de las multas como máximo, en hasta cinco millones de pesos? (Juan M. Farina, Defensa del consumidor y del usuario, Astrea, pág. 566 y ss.). Agrega este autor que ello permite ?una reparación cuya causa remite, en última instancia, a sancionar el incumplimiento per se y cuya justificación coadyuva a la prevención. Puede decirse, entonces, que la inclusión de esta figura es absolutamente compatible con la finalidad de las normas de consumo, las que despliegan su actividad tanto en el área de la prevención como de la reparación?. Dice además que ?los daños punitivos tienen, así, un propósito netamente sancionatorio, y revisten particular trascendencia en aquellos casos en los que el responsable causó el perjuicio a sabiendas de que el beneficio que obtendría con la actividad nociva superaría el valor que debería eventualmente desembolsar para repararlo? (Fariña obra cit. pág. 567; cc.Alterini, Juan Martín, Responsabilidad Civil. Derecho del Consumo y Daños Punitivos, Rc y S.Número Especial en homenaje al Dr. Alterini, Atilio A., 2009, abril, p. 51, nota 15). Teniendo en cuenta las circunstancias analizadas y la conducta negligente desplegada por la demandada en el presente caso, cabe imponerle a INC.S.A. una multa en los términos del citado art. 52 bis de la Ley de Defensa al Consumidor, considerando su misión disuasiva como herramienta que persigue reparar los efectos de ciertos actos, asociada no sólo a los valores de justicia y equidad

sino también a los de seguridad y paz social. En este aspecto del reclamo no se puede dejar de tener en cuenta la posición de la demandada, reconocido hipermercado proveedor de productos para el consumo, lo cual hace presumir en el consumidor que ellos son aptos para su finalidad, dado la confianza que genera una cadena comercial de tal magnitud. El control de la fecha de vencimiento o caducidad de la mercadería tiene la virtualidad de establecer como parámetro el tiempo en que se considere comestible y su omisión es suficiente para configurar un peligro potencial, el cual emerge del deber de garantizar al consumidor la vigencia del producto, y ello con independencia del daño concreto que pudiera generarle. Todo ello con mayor razón cuando en forma negligente se ha mantenido en la góndola una mercadería con aptitud suficiente para provocar un daño a la salud. c) La propuesta En virtud de lo expresado y lo normado por los arts. 52 bis y ccs. Ley Defensa al Consumidor y art. 42 Const. Nacional y 38 de la Const. Prov. De Bs.As., propongo al Acuerdo se fije la suma de \$ 20.000 en concepto de daño punitivo, correspondiendo en partes iguales a Andrea Soledad Castro y Aylen María Casiva Castro. Respecto de Andrés Nahuen Casiva Castro, no resultando damnificado en los términos del art. 52 bis. de la ley 24.240, no le cabe participación alguna respecto de dicho importe. IV. Intereses En cuanto a la tasa de interés, la suma por la cual prospera la demanda deberá llevar la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta (30) días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos y, por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo debe ser diario con igual tasa, desde la fecha del hecho dañoso (11/5/2008) hasta el día de su efectivo pago. Así lo ha decidido la SCBA el 15 de junio de 2016, en la causa C. 119.176, ?Cabrera, Pablo David contra Ferrari, Adrián Rubén. Daños y perjuicios?, que por mayoría de fundamentos, dispuso aplicar los intereses mencionados, lo que así dejó propuesto (arts. 7 y 768, inc. "c", CCCN; 622 y 623, Código Civil de Vélez Sarsfield; arts. 7 y 10, ley 23.928 y modif.). V. La condena a la citada en garantía La demandada INC. S.A. pidió que se cite en garantía a Zurich Argentina Compañía de Seguros S.A, conforme el contrato de seguro que se instrumentó mediante la póliza que denuncia (punto VI de fs. 69). A fs. 115/118 se presenta la aseguradora y contesta la citación en garantía cursada, admitiendo la cobertura y que responderá en la medida del seguro contratado, en tanto y en cuanto hubiere condena, y con excepción del daño punitivo, el cual dice quedó expresamente excluido en la póliza que señala en el punto ?A?. La parte actora, se opone al límite de responsabilidad invocado. Sin embargo, no desconoció la existencia del contrato de póliza acompañado (fs. 125/127). En mi parecer, lo pactado entre el asegurado y la aseguradora es la fuente del deber de ésta de resarcir al tercero. La obligación de indemnidad no puede ir más allá de lo convenido, pues resulta de una póliza ajustada a las reglamentaciones en vigencia (ver fs. 84/114). La Suprema Corte de nuestra Provincia, se pronunció respecto a la oponibilidad de la franquicia a la víctima, dejando constancia que la aseguradora sólo debe responder en la medida del seguro contratado (CSJN, 7/8/07, C.724 XLI). El Superior, interpreta que ?Al tercero damnificado le son oponibles todas las cláusulas, aún aquéllas que restrinjan o eliminen la garantía de indemnidad, sin distinguir en la naturaleza que éstas pudieran tener. Ello es así porque al prescribir el art. 118 de la ley 17.418 que ?la sentencia que se dicte hará cosa juzgada respecto del asegurado y será ejecutable contra él en la medida del seguro? quiere significar que el tercero está subordinado, le son oponibles, lo afectan o se encuentra enmarcado por determinadas estipulaciones contractuales, aún cuando haya sido ajeno a la celebración del pacto? (SCBA, ?Miño Maggii, José c/ Doukatas, Nicolás y otro s/ Daños y perjuicios?, Ac 40684 S 2-5-1989, LL 1989-E, 129 - DJBA 1989-136, 249 - AyS 1989-I-818; íd., ?Zelaya, Víctor y otra c/ Rivarola, Fernando y otro s/ Daños y perjuicios?, Ac 42988 S 15-5-1990, LL 1990-D, 356 - AyS 1990-II-97; íd., ?Amato, Elba Noemí y otro c/ Moreno, Waldo Cipriano s/ Daños y perjuicios?, Ac 63553 S 29-10-1996; íd., ?Martínez, María y Araujo J. c/ Miani, Fernando y otros s/ Daños y perjuicios?, AC 65395 S 24-3-1998, íd., ?Milone, Liliana Irene c/ Guillén, Pedro Ricardo y otro s/ Daños y perjuicios?, Ac 83726 S 5-5-2004; íd., ?R., J. c/ E., M. s/ Daños y perjuicios?, C 98401 S 22-6-2011; íd., ?Díaz, Alicia Susana c/ Moreno, Carlos s/ Daños y perjuicios?, C 102992 S 17-8-2011; íd., ?Ludueña, Miguel Angel c/ Expreso Caraza S.A. y otros s/ Daños y perjuicios?, C 105026 S 21-9-2011; en particular respecto a la franquicia establecida por la Superintendencia de Seguros (\$40.000, Resol. 25.429/1997) que resulta oponible al tercero damnificado: íd., ?Romeggio Belkis, Amanda c/ Alí, Claudio y otro s/ Daños y perjuicios?, C 94988 S 23-4-2008, esta Sala, causa 20.702 del 26-3-2015). Teniendo en cuenta lo expuesto, la condena se hace extensiva contra la citada en garantía Zurich Argentina Compañía de Seguros S.A., de conformidad y con el alcance del seguro contratado (art. 118 de la ley 17.418). VI. Las costas de Primera Instancia y de la Alzada En atención a la solución esbozada, se imponen las costas de Primera Instancia por el reclamo de Andrea Soledad Castro y Aylen María Casiva Castro a la demandada vencida y su aseguradora (art. 274 y 68 CPCC.). Por el rechazo de la demanda promovida por Andrés Nahuen Casiva Castro, se lo exime de costas en virtud de lo establecido por el art. 53 de la LDC; en la parte que corresponde a la accionada y a la citada en garantía por tal demanda rechazada se imponen en el orden causado (art. 68 del CPCC, 53 y 65 de la LDC). Las costas de la Alzada se imponen a la demandada y a la citada en garantía (art. 68), excepto por la parte correspondiente a Andrés Nahuen Casiva Castro, quien queda eximido de ellas (art. 68 del CPCC, 53 y 65 de la LDC). Por los fundamentos expuestos, voto por la NEGATIVA. Por los mismos fundamentos, el Dr. RIBERA votó también por la NEGATIVA. Con lo que terminó el Acuerdo

dictándose la siguiente: SENTENCIA Por lo expuesto en el Acuerdo que antecede: se revoca la sentencia dictada a fs. 313/321 respecto de Andrea Soledad Castro y Aylen María Casiva Castro y se hace lugar a la acción planteada por las referidas, condenándose a la demandada INC. S.A. a abonarles la suma de pesos treinta y tres mil (\$ 33.000); discriminados de la siguiente manera: a) para Andrea Soledad Castro, la suma de pesos seis mil (\$ 6.000) en concepto de daño moral y la suma de pesos mil (\$ 1.000) en concepto de gastos de movilidad; b) para Aylen María Casiva Castro, la suma de pesos seis mil (\$ 6.000) en concepto de daño moral; c) para cada una de las reclamantes la suma de pesos diez mil (\$ 10.000), correspondientes a la suma fijada en concepto de daño punitivo (multa civil, \$ 20.000). Dichos importes devengarán intereses a la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos y, por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo debe ser diario con igual tasa, desde la fecha del hecho dañoso (11/5/2008) hasta el día de su efectivo pago. Se confirma en lo demás que ha sido materia de recurso. Las costas de Primera Instancia, por el reclamo de Andrea Soledad Castro y Aylen María Casiva Castro, se imponen a la demandada vencida y su aseguradora. Por el rechazo de la demanda promovida por Andrés Nahuen Casiva Castro, se lo exime de costas; en la parte que corresponde a la accionada y a la citada en garantía por tal demanda rechazada, se imponen en el orden causado. En cuanto a las costas de la Alzada se imponen a la demandada y a su aseguradora. Se exime de ellas a Andrés Nahuen Casiva Castro. Se hace extensiva la condena a la citada en garantía Zurich Argentina Compañía de Seguros S.A., en los términos del contrato referido, de conformidad y con el alcance del seguro contratado. Los honorarios de los profesionales intervinientes se fijarán cuando las actuaciones se encuentren en condiciones para ello (arts. 31, 51 y ccs. Decreto- Ley 8.904/77). Regístrese, notifíquese y devuélvase a la Instancia de origen.

012140E