



*Cámara de Apelaciones
en lo Civil y Comercial
Poder Judicial
Provincia de Formosa*

**REGISTRADA AL
TOMO 2023 FALLO N° 21.117
DEL LIBRO DE SENTENCIAS**

En la ciudad de Formosa, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los veintinueve días del mes de noviembre del año dos mil veintitrés, se reúnen en Acuerdo Ordinario los jueces que integran la “**Sala II -Año 2023-**” de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, **Dra. VANESSA JENNY ANDREA BOONMAN** y **Dr. HORACIO ROBERTO ROGLAN** -por subrogación legal-, bajo la Presidencia de la **Dra. MARÍA EUGENIA GARCÍA NARDI**, para pronunciar sentencia definitiva en la causa “**GENES VIRGINIA Y OTROS C/ FORMOSA REFRESCOS SA Y OTROS S/ ORDINARIO**” -Expte. N° 11.116/16, registro de Cámara-, venida del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 3, de la Primera Circunscripción Judicial, con asiento en esta ciudad (Expte. N° 1057 Año: 2010), en virtud de los recursos de apelación interpuestos en págs. 266 y 268 por la parte actora y la demandada respectivamente, contra la Sentencia N° 378/2022, obrante en las págs. 259/266, siendo concedidos libremente, de conformidad a las constancias de pág. 269.

El orden de votación es el siguiente: **Dra. VANESSA JENNY ANDREA BOONMAN** y **Dr. HORACIO ROBERTO ROGLAN**.

I.- RELACIÓN DE LA CAUSA:

La Dra. VANESSA JENNY ANDREA BOONMAN dijo:

En estas actuaciones se presentan el Señor Marcelo Raul Britez y la Señora Cecilia Vanesa Cáceres, por derecho propio y en representación de sus hijos menores Patricio Eric Britez, Maximiliano Leonardo Britez y Adrián Marcelo Britez; se presenta también el Señor Sergio Hugo Britez, la Señora Virginia Genes; el Señor Hugo Alejandro Britez y Cinthya Natalia Lezcano, por derecho propio y en representación de su hijo menor Benjamín Siro Gabriel Britez; también los Señores Airton Iván Britez; Diego Sebastián Britez, Yesica Dahiana Barboza y Mario Alberto Sanabria, por derecho propio y con el patrocinio letrado del Dr. Carlos Jorge López Thompson, e interponen demanda de Daños y Perjuicios contra la empresa Formosa Refrescos S.A. y/o Salta Refrescos S.A. y/o contra quien resulte responsable por la suma de pesos quinientos mil (\$500.000) en concepto de daños materiales y morales. La demanda la interponen por los daños sufridos como consecuencia de la intoxicación padecida por la ingesta de bebidas de la marca Coca Cola y Sprite que tenían en su interior una sustancia espesa, de color verdoso y olor fétido, hallando en una de las botellas lo que parecían ser tres clavos. Afirman que se realizó un análisis químico que arrojó la presencia de hidrocarburos en la gaseosa. Acompañan pruebas y solicita se haga lugar a la demanda con expresa imposición de costas.

Corrido el traslado de la demanda, a pág. 78/83 se presentan el Dr. Armando Jure y la Dra. Luisa Elba Nora Armoa, apoderados de la accionada y contestan la demanda oponen excepción de prescripción, solicitando se resuelva la misma como de previo y especial pronunciamiento. Niegan los hechos en especial que los accionantes se hayan intoxicado por la ingesta de las bebidas, que se haya detectado un gusto raro y que se haya encontrado en ellas una sustancia espesa, verdosa y de olor fétido. Entienden exagerada la suma pretendida por una descompostura que no necesitó medicación. Refieren que los accionantes adulteraron las botellas. Impugnan prueba documental y

pericial química por encontrarse vencidas las gaseosas desde el año 2010. Ofrecen pruebas y solicitan se rechace la demanda, con costas.

A pág. 100/104, por A.I. N° 41/16 se desestima la excepción de prescripción liberatoria opuesta como de previo y especial pronunciamiento, resolución que fue apelada, revocando parcialmente esta Cámara de Apelaciones dicha resolución por Fallo N° 18.276/2017 (págs. 126/127 vta.), haciendo lugar a la defensa interpuesta y rechazando la demanda interpuesta por los coaccionantes con excepción de la Señora Virginia Genes, contra quien continuó el juicio.

Los demás hechos, el derecho y alternativas de la causa hasta llegar a la sentencia se encuentran detalladamente explicitadas en ésta, por lo que a ella me remito *brevitatis causae* y por considerar lo allí expuesto suficiente a los fines de la resolución del presente conflicto. En consecuencia, haré referencia al fallo recurrido y a lo actuado con posterioridad a dicho pronunciamiento.

Así, cabe señalar que en la Sentencia N° 378/2022 obrante en págs. 259/266 resolvió: **“1.- HACER LUGAR PARCIALMENTE A LA DEMANDA DE DAÑOS Y PERJUICIOS** promovida en las págs. 17/19 por la Sra. Virginia Genes contra Formosa Refrescos S.A. y/o Salta Refrescos S.A., y en consecuencia **CONDENAR** a las firmas demandadas a que, en el término de 10 días de haber adquirido firmeza el presente resolutorio, abonen a la primera la suma de **\$35.000,00** en concepto del daño moral considerado procedente por el evento dañoso que motivara la demanda, suma a la que **deberán adicionarse los intereses previstos a partir de la fecha de acaecimiento del suceso (08 de Noviembre de 2009) conforme Tasa Activa Promedio para Operaciones de Préstamos del Banco de la Nación Argentina y hasta su efectivo pago, conforme a los argumentos de hecho y de derecho expuestos en las consideraciones.- 2.- CON COSTAS** a cargo de la parte demandada Formosa Refrescos S.A. y/o Salta Refrescos S.A. vencida, en virtud del principio objetivo de la derrota (art. 68 y cctes. del C.P.C.C.) ... **3.-REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE personalmente o por cédula...**”.

Notificadas las partes de dicha resolución, la parte actora interpuso recurso de apelación a pág. 266 y la demandada a pág. 268, concediéndose los mismos libremente a pág. 269.

Elevados los autos a la Alzada, son puestos en Secretaría para que los apelantes expresen agravios dentro del término de diez (10) días, obrando a pág. 274 y vta., el escrito presentado por el Dr. Carlos J. López Thompson apoderado de la parte actora y a págs. 278/279 el presentado por la Dra. Luisa E. Nora Armoa, apoderada de la demandada. De los escritos de expresión de agravios se corrió traslado, los que fueron contestados por la demandada a págs. 280/283 y por la actora a pág. 285 y vta. A pág. 289 y vta se agrega Dictamen del Fiscal contestando la vista en virtud de lo normado por el art. 75 inc. 1 Ley N° 521 y art. 52 de la Ley N° 24.240. A pág. 290 se llama a AUTOS para dictar SENTENCIA, providencia que se encuentra firme y, por lo tanto, el recurso en condiciones de resolver.

El Dr. HORACIO ROBERTO ROGLAN dijo:

Adhiero a la relación de la causa que antecede.

II.- CUESTIONES A RESOLVER:

La Dra. VANESSA JENNY ANDREA BOONMAN dijo:

Propongo como cuestiones a resolver las siguientes: ¿Son procedentes en su aspecto formal los recursos interpuestos? ¿Es ajustada a derecho la sentencia recurrida? En su caso, ¿Qué pronunciamiento corresponde?.

El Dr. HORACIO ROBERTO ROGLAN dijo:

Adhiero a dichas proposiciones.

III.- A LAS CUESTIONES PLANTEADAS:

La Dra. VANESSA JENNY ANDREA BOONMAN continuó diciendo:

Apelación del Dr. Carlos Lopez Thompson, apoderado de la actora, Señora Virginia Genes:

Se agravia el apelante en primer término por el rechazo del **daño material**. Afirma que la sentencia considera improcedente el rubro daño material por no haber sido determinado en la demanda respecto a la Sra. Virginia Genes en particular, aún cuando el magistrado reconoce que los daños materiales, son una consecuencia del daño directo que tiene por probado, cual es la intoxicación por el consumo de bebidas adulteradas. Alega el apelante, que el A-quo omite considerar dos cuestiones, por un lado que en la demanda se determinó la cuantía del daño material en forma general para todos los damnificados y que la LDC establece en su artículo 40 bis que la autoridad de aplicación podrá determinar la existencia de daño directo al usuario o consumidor resultante de la infracción del proveedor o prestador de servicios y obligar a este a resarcirlo hasta un valor máximo de cinco (5) canastas básicas totales para el hogar que publica el INDEC. Afirma que el A-quo, no le reconoció a la actora ni siquiera la reposición del costo de las bebidas adulteradas, ni los medicamentos que debió tomar la Sra. Genes, ni los gastos de transporte hasta la Sala de Primeros Auxilios, afirma el apelante que son gastos presumidos que el juez debió calcular prudencialmente sin sujetarlo a reglas probatorias. Alega que la sentencia reconoció el daño directo sufrido en los términos del art. 40 bis LDC por lo que considera que debe resarcirse cualquier tipo de daño siempre que sea una consecuencia previsible de acuerdo al curso ordinario y natural de las cosas, siendo además ineludible aplicación al caso el art. 902 del CC por el deber de fabricar y vender al consumidor bebidas en perfecto estado. Alega que si bien el art. 40 bis refiere a la determinación y resarcimiento de daño directo por el Poder Administrador, con mayor razón puede y debe hacerlo el Poder Judicial que tiene genuinas facultades constitucionales para ello, ya que por aplicación del principio de protección al consumidor se debe aplicar la normativa más favorable al consumidor. En relación al **daño moral**, se agravia el recurrente por el monto indemnizatorio otorgado. Afirma que el magistrado tiene por probado el daño directo generado a partir de la producción, venta y consumo de bebidas adulteradas, no obstante considera improcedente su indemnización a la Sra. Genes, por lo que, fija como indemnización la suma de \$35.000 monto que considera suficiente a partir de la atribución de responsabilidad acordada. Alega el apelante que, a partir de la procedencia de indemnización de los daños materiales sufridos corresponde elevar el exiguo monto otorgado en concepto de daño moral.

Apelación de la Dra. Luisa E. N. Armoa, apoderada de la parte demandada: Se agravia la recurrente porque la sentencia apelada hace lugar al concepto daño moral. Alega que la

responsabilidad de su representada no ha sido acreditada, la actora no ha determinado en la demanda los síntomas de intoxicación padecidos, ni los daños sufridos mediante medios de prueba adecuados, la sentencia se dictó en base a testimoniales y presunciones que parten de indicios sobre pruebas documentales impugnadas, sin contar con pruebas directas. Refiere la apelante que la actora en su demanda reclama daños materiales y morales en forma generalizada, sin determinar montos, ni en qué concepto, tampoco hay relato, alegación o indicación del daño moral, siendo que a la actora es a quien le correspondía acreditar los hechos constitutivos de su pretensión. Considera que en la órbita de la responsabilidad contractual prima un criterio restrictivo en materia de reparación del daño moral, el que no se presume y quien lo invoca debe alegar y probar los hechos que determinan su existencia. Afirma que no se ha acreditado la existencia de daño moral con relevancia tal para admitir su procedencia. Considera que, aún aplicando las leyes de consumo no puede perderse de vista que la actora nada alegó, ni invocó, ni desarrolló por daño moral.

La Dra. Luisa Armoa, a pág. 280/283, contesta el escrito de expresión de agravios de la parte actora y solicita en primer término se declare su deserción. Considera que el apelante se limitó a manifestar su disconformidad con lo resuelto y pretende la introducción de cuestiones no alegadas ni peticionadas, pidiendo al juez que supla sus omisiones probatorias y que de oficio aplique el art. 40 bis de LDC, cuando dicha norma corresponde exclusivamente al órgano administrativo, y no ha sido requerida en la primera instancia, violándose el principio de congruencia y debido proceso, solicita se declare desierto el recurso. En su contestación subsidiaria, considera que no puede constituir una justificación el agravio que refiere que en la demanda se determinó el daño material para todos los afectados en general y no específicamente para la abuela Genes porque no se podía adivinar que solo ella permanecería como actora. Afirma que conforme las normas procesales en la demanda debió relatarse, invocarse, estimarse para cada actor el monto correspondiente por los daños materiales, que ahora reclama supuestos gastos, que no sólo nada refirió, sino que menos aún acreditó, pretendiendo que la Cámara supla su negligencia procesal. Considera que el juez se encuentra impedido de determinar rubros y montos no solicitados, es decir que, si no se reclamó, determinó y probó, la sentencia no puede otorgarlo en virtud del principio de congruencia. En relación a la pretensión de aplicación del art. 40 bis de la LDC, la considera improcedente y no resulta competente para otorgarla la justicia por ser de competencia administrativa. Resalta que incluso en sede administrativa está prohibida su determinación de oficio como lo pretende improcedentemente ahora la actora, en esta instancia judicial. Concluye que no resulta procedente por encontrarse legalmente vedada la aplicación de dicha norma en sede judicial, al no ser competente y menos aún de oficio, violándose en el caso el principio de preclusión y debido proceso legal. En cuanto a los agravios que cuestionan el monto otorgado por daño moral, contrariamente a lo afirmado por la apelante su fijación no resulta cero y que la determinación del monto es una facultad y valoración que corresponde a los jueces, que se corresponde con el propio actuar de la actora quien reclamó en forma genérica, por 14 personas, sin determinar conceptos y montos.

La parte actora, a pág. 285 y vta. contesta los agravios de la demandada y refiere que la sentencia en crisis tiene por acreditado el hecho ilícito, la adulteración de las bebidas, la demandada no cuestiona este extremo, sino solo el daño moral, y se preocupa por remarcar que en materia contractual el daño moral no se presume y que debe ser probado, sin detenerse a criticar lo dicho por el A quo al respecto, que el daño se deduce necesaria y fatalmente de la misma producción del hecho ilícito, sin necesidad de otro dato o comprobación. Hace referencia a la faceta comunitaria que en el caso tiene el daño moral, al derivar de un hecho ilícito cuyo destinatario era cualquier integrante de la sociedad formoseña, resaltando que la tendencia doctrinaria y jurisprudencial es que el daño moral tiene una doble función, reparadora y sancionadora, buscando ejemplificar con una sanción económica castigar el proceder reprochable de quien causó el daño, tratando de desalentar conductas contrarias al interés general comunitario de proteger la salud pública.

Que expuestos los agravios de los apelantes, y ante el pedido de que se declare desierto el recurso interpuesto por la actora, cabe señalar que dada la relación de la causa que antecede y no obstante la eficacia o acierto de los argumentos que fundan los recursos de apelación interpuestos, estimo que se encuentran cumplidos mínimamente los presupuestos que los hacen procedentes en su aspecto formal y por ende resulta admisible la revisión de la Sentencia de grado, por lo cual ponderando la expresión de agravios con el criterio de la amplia tolerancia que emplea esta Alzada a los fines de determinar si reúne los requisitos necesarios de acuerdo a las exigencias procesales, no cabe sino concluir que cumple los recaudos del art. 263 del C.P.C.C.

Que así, se iniciará el análisis de los agravios expuestos por los apelantes en relación a la responsabilidad, siguiendo luego por los que se centran en los rubros indemnizatorios y su cuantía.

Cuestiona la demandada la responsabilidad atribuida y la procedencia de la indemnización, por considerar que la actora no ha acreditado los hechos constitutivos de su pretensión. La responsabilidad endilgada a la empresa demandada, ha sido debidamente analizada por el magistrado y las quejas expuestas por la recurrente solo traducen disconformidad con lo resuelto, omitiendo toda consideración o referencia al error en el que habría incurrido el A-quo. Que la referencia general realizada, afirmando que “considera que no se encuentra acreditada la responsabilidad de su representada” no es suficiente para revocar una resolución. La falta de prueba puesta de manifiesto y las críticas a la valoración del magistrado de la prueba testimonial no son suficientes. El sentenciante ha realizado una prolija fundamentación, analizando todas las pruebas rendidas y las impugnaciones a las documentales, que son admitidas, realizando una valoración de los testimonios conjuntamente con todo el plexo probatorio, concluyendo de este modo que la Sra Virginia Genes sufrió un estado de intoxicación al beber una bebida gaseosa fabricada y comercializada por la firma demandada, en una reunión familiar realizada en su domicilio el día 8/11/2009.

En este punto recordemos que el juez es soberano en la valoración de la prueba testimonial, salvo absurdo o arbitrariedad, que no se refleja en estos obrados. El art. 455 del C.P.C.C. dispone que “...El juez apreciará, según las reglas de la sana crítica, y en oportunidad de dictar sentencia

definitiva, las circunstancias y motivos que corroboren o disminuyan la fuerza de las declaraciones". Queda en claro, en consecuencia, que en concordancia con el principio general emanado del artículo 383 del C.P.C.C., se subordina la apreciación de la prueba testimonial a las reglas de la sana crítica. En tal sentido el magistrado goza de amplias facultades: admite o rechaza la que su justo criterio le indique como acreedora de mayor fe, en concordancia con los demás elementos de mérito obrantes en el expediente (conf. Fenochietto-Arazi, Código Procesal Comentado, T. 2, p. 446).

En definitiva, el magistrado, explica suficientemente la valoración realizada, cotejándola con los elementos obrantes en la causa y con las documentales originales y las impugnadas, a las que otorga un valor indiciario que se respaldan con los testimonios rendidos; no advirtiéndose en tales conclusiones arbitrariedad o excesos en su razonamiento, por lo que no existe reproche alguno que formularle, y la apelación no dista de plantear una mera disconformidad con lo resuelto, que no es hábil para conmovir la sentencia, por lo que corresponde rechazar las quejas expuestas por la parte demandada.

Ingresando ahora a las quejas centradas en los rubros indemnizatorios, la actora critica en primer término el rechazo del rubro **daño material**, decisión que, cabe adelantar, será confirmada. En efecto, la actora ni siquiera ha mencionado los daños materiales sufridos y menos aún los ha probado, por lo que su indemnización ha sido correctamente rechazada, no siendo suficiente la alusión general reclamando los "daños materiales" en forma conjunta para los 14 actores iniciales. Cabe destacar, que si bien en su memorial de agravios la accionante hace referencia al valor de las botellas de gaseosa y a los gastos de medicamentos y traslado a la emergencia médica, ello no ha sido expuesto al juez de la baja instancia. Se dijo al respecto que el Tribunal está constreñido legalmente de entender en grado de apelación en aquellas cuestiones que hayan sido motivo de pronunciamiento por parte del Juez de Primera Instancia, o bien aquellos que habiéndole sido propuestos no fueron considerados adecuadamente por este. Este axioma inquebrantable ante la violación notoria al principio de defensa y debido proceso que rige las acciones judiciales sería violado si entendiéramos en cuestiones que no fueron oportunamente sometidas a la posible controversia, y hace que el planteo recursivo efectuado carezca absolutamente de viabilidad (conf. doctrina de Fallos Nro. 11.064/06, 11.154/06 y 16.731/13, 20.402/22 entre otros, registro de Cámara).

Cabe señalar además, que si bien es cierto, el magistrado, a los fines de tener por acreditados ciertos daños, que se evidencian como una consecuencia directa del perjuicio sufrido, puede presumirlos, ello es a los fines de tener por probados los daños que el actor alega y menciona, pero no lo habilita a presumir el perjuicio que habría sufrido la accionante. Si el magistrado, indemniza, bajo el rubro daños materiales, un perjuicio que ni siquiera ha sido mencionado por el perjudicado -menos aún acreditado- violaría el principio de congruencia al fallar "extra petita", concediendo lo que la parte no reclamó y afectando también el principio de la defensa en juicio, que tiene jerarquía, constitucional (conf. arts. 34, inc. 4, 163, inc. 6, y 277 del CPCC).-

En relación al daño directo previsto en el art. 40 bis de la Ley N° 24.240, si bien ha sido mencionado en esta instancia recursiva, el actor no solicita al magistrado que lo otorgue, sólo constituye un argumento más que aduna a su pretensión de que esta Alzada declare procedente la indemnización de los daños materiales que el A-quo ha rechazado. Y en ese contexto, el apelante argumenta que, si la Autoridad Administrativa, puede otorgar el daño directo, más aún lo debería asignar el A-quo. Y si bien ello es cierto, cabe reiterar, tal concesión está supeditada a la pretensión introducida en la demanda.

Incluso en sede Administrativa -donde la oficialidad es la regla- es discutido por la doctrina si la indemnización prevista en el art. 40 bis es procedente de oficio. La modificación en el texto original de la norma (Ley N° 26.361), reemplazando el “podrán” por “fijarán” ha llevado a parte de la doctrina a entender que tras las últimas reformas el daño directo puede ser aplicado de oficio por la autoridad administrativa. Sin embargo, otro sector y la jurisprudencia mayoritaria, han analizado que el principio de oficialidad propio de todo procedimiento administrativo, encuentra su límite en aquellos supuestos en los que el procedimiento responde exclusivamente al interés privado, sin que concurren, simultáneamente, circunstancias particulares, como en el caso del daño directo.

En un precedente en el que, la Comisión Nacional de Defensa del Consumidor había fijado oficiosamente una suma en concepto de daño directo, la mayoría de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal entendió que la autoridad administrativa carecía de la facultad de disponer de modo oficioso el resarcimiento del daño directo, ya que dicho instituto había sido introducido para casos en los que la falta de acceso del consumidor a los tribunales por motivos de monto podía frustrar sus expectativas reparatorias. Por tal motivo, agregó el tribunal, el ejercicio de tal facultad requería del previo reclamo en tal sentido efectuado por el particular damnificado (CNFed. CA., Sala II, “Swiss Medical S.A. c/ Dirección Nacional de Comercio Interior s/ recurso directo de organismo externo”, 21/10/2014, LL del 13/2/2015).

También ha dicho la jurisprudencia que: “si la resolución apelada se limita a señalar que los incumplimientos de la actora generaron un daño sobre la persona del denunciante, mas no obra en autos prueba ni elemento de juicio alguno que, concretamente, demuestre que los incumplimientos del prestador hayan sido nocivos o perjudiciales para el denunciante, no puede afirmarse que se encuentren acreditados los extremos que tornen procedente la indemnización dispuesta en favor del usuario en los términos del art. 40 bis de la Ley N° 24.240 (Ley N° 26.361) Es que la procedencia de esa indemnización requiere que, como consecuencia de la acción u omisión del prestador de bienes o servicios, se haya producido un daño directo sobre la persona o bienes del consumidor (Fallo del 20/9/2012, “Osde c/ DNCI-Disp.408/11).

En otro caso se trató, por vía de apelación, la concesión de oficio por parte de la Autoridad de Aplicación, desestimándose por violar el principio de congruencia: "Dadas estas circunstancias, la concesión de una reparación no solicitada por el peticionante constituyó una evidente demasía de la autoridad de aplicación, con violación del principio de congruencia y de la debida defensa (art.

18, Const. Nacional) que a mi criterio no puede ser de ningún modo convalidada" (Conf., CApel.Trelew, sala A, 30/7/2010 in re "A. I. M. c/ Banco del Chubut S.A. s. contencioso administrativo", MJ-JU-M-59857-AR; MJJ59857. Magistrados: Carlos D. Ferrari - Marcelo J. López Mesa).

Resta destacar que el modo en que se interpuso la demanda y se reclamaron los daños fue confuso, el pedido general de la suma de \$500.000 por daños materiales (y también morales), sin hacer referencia a ellos, e incluso sin aclarar si el pedido era en forma conjunta para los 14 actores o individual, fue un verdadero defecto legal que hizo imprecisa la pretensión, no siendo suficiente para subsanar esta desidia la aplicación de todo el plexo normativo consumeril que lo ampara.

Entrando ahora a las críticas relacionadas al rubro **daño moral**, la demandada cuestiona su otorgamiento, poniendo de resalto las deficiencias antes mencionadas y la falta de prueba de los perjuicios, debemos considerar que, en efecto, estamos frente a una acción enmarcada en una relación de consumo -lo cual no ha sido cuestionado por la apelante- y ha sido la consumidora, la parte débil en la contratación, quien realizó el reclamo.

Si bien es cierto, tal como lo menciona la demandada recurrente, en principio, el daño moral no se presume cuando tiene origen contractual y es a cargo del pretensor su prueba concreta, la doctrina y jurisprudencia han admitido que, en determinados supuestos, el daño moral surge *in re ipsa* de las circunstancias del caso, dado que la esencia del daño moral se demuestra a través de la estimación objetiva que hará el juez de las presuntas modificaciones o alteraciones espirituales que afecten el equilibrio emocional de la víctima.

Es decir que, aunque el daño moral sólo se configura de modo excepcional en materia contractual, dado que generalmente lo afectado suelen ser intereses patrimoniales y consecuentemente se exige una prueba categórica del perjuicio, no resultando en principio suficiente las molestias menores derivadas del incumplimiento, tal paradigma de pensamiento cede frente a los lineamientos de la Ley de Defensa del Consumidor, ámbito en el cual la tendencia actual, con posturas más o menos restrictivas, es la de resarcir en ciertos casos el daño moral en defensa del consumidor, máxime a la luz de la plataforma básica de protección instaurada por el nuevo Código Civil y Comercial (cfr. C.A.C.C. Salta, Sala II, Tomos 2013:40, 2013:76; Sala I, Tomo 2014, SD, fs. 271/276; Tomo 2015, SD, fs. 38/42).

En el presente caso y bajo el mencionado marco normativo se observa una afectación a los derechos de la accionante. El contexto de los acontecimientos sucedidos, en el que, los invitados a una reunión familiar bebieron una gaseosa en mal estado, que provocara afecciones en la salud, permite justificar el reconocimiento de una indemnización para resarcir a la Sra. Genes por este concepto, molestias que exceden un mero incumplimiento contractual, a partir de la confianza que como consumidor se deposita en los beneficios ofrecidos por la empresa fabricante y distribuidora del producto, advirtiéndose claramente -de los hechos relatados y de las pruebas producidas- una modificación disvaliosa en su espíritu que torna viable la reparación del daño moral. Cabe remarcar que la actora, no solo ha resultado afectada en su salud, como lo menciona el sentenciante, sino que ha sido la anfitriona de la reunión y quien puso a disposición de su familia y amigos las bebidas

defectuosas, por lo que es razonable suponer su angustia y padecimiento por lo sucedido en un evento en el que se esperaba pasar un momento de alegría y complacencia.

El daño moral consiste *“no sólo en el dolor, padecimiento o sufrimiento espiritual del individuo”, sino también en la “privación de momentos de satisfacción y felicidad en la vida del damnificado -víctima o reclamante- y que en definitiva influyen negativamente en la calidad de vida de las personas”* (Highton, Elena I. - Gregorio, Carlos G. - Álvarez, Gladys S. “Cuantificación de Daños Personales. Publicidad de los precedentes y posibilidad de generar un baremo flexible a los fines de facilitar decisiones homogéneas y equilibradas”, Revista de Derecho Privado y Comunitario 21, Derecho y Economía, pág.127).

Finalmente, cabe remarcar que, la orientación de aceptar la existencia de los daños en base a presunciones hominis, que operan en defecto de prueba directa, resulta ser la dominante. (“Frias Silva, Patricio Severo c/ Amx Argentina S.A. (Claro) s/ daños y perjuicios”, 23/10/2017, Cam. en Doc y Loc. San Miguel de Tucumán, Sala 03, Id SAIJ: FA17240019).

En cuanto a los agravios de la actora, que considera exiguo el monto otorgado por el daño moral, se adelanta que los mismos serán receptados. En primer lugar se advierte que, al otorgar el A-quo la suma de \$35.000, ha realizado un cálculo dividiendo en partes iguales la suma total de \$500.000, solicitada en conjunto por los 14 actores iniciales, sin ninguna aclaración o discriminación, cálculo que no refleja con justicia los perjuicios padecidos por la actora.

En esa inteligencia, además de los fundamentos dados por el magistrado, no puede perderse de vista el hecho de que la accionante haya sido la organizadora de la reunión familiar en su domicilio, con motivo del cumpleaños de su nieto, que ha sido ella, como dueña de casa y anfitriona quien ha servido a sus invitados una bebida gaseosa que se hallaba en mal estado, provocando en ellos, incluidos niños y su nuera embarazada, afecciones estomacales que motivaran en algunos casos, el traslado a la sala de emergencia para su atención. Como se relatara, no han sido sólo los padecimientos sufridos en su salud los que generaron angustia en la accionante, sino además y sobre todo, los padecidos por su familia y amigos invitados a su domicilio a un festejo que luego se transformara en la causa de los malestares sufridos.

Asimismo, no puede soslayarse que el presente es un reclamo iniciado por una consumidora en el año 2010, contra una de las corporaciones multinacionales más grandes del mundo instalada en nuestra Provincia, por lo que, puede presumirse que el excesivo tiempo transcurrido y la actitud asumida por la demandada pese a haber corroborado el estado de las bebidas y la presencia de tres clavos en su interior (conf. Acta N° 83 obrante a págs. 31/35, cuyo original tengo a la vista), han incrementado su padecimiento.

Sobre tal base se aprecia reducida la estimación efectuada en el fallo apelado de \$ 35.000, monto que debe elevarse conforme a todo lo expuesto y, en el marco de lo normado por el art. 165 del C.P.C.C., a la suma de **PESOS DOSCIENTOS MIL (\$ 200.000)**, a la que se agregarán los intereses fijados en el fallo recurrido, el cual se estima adecuado a la índole de los padecimientos que previsiblemente debió soportar la Sra. Genes.

Conforme todo lo expuesto, el recurso de apelación interpuesto por la demandada debe ser rechazado, haciéndose lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la actora a pág. 266 debiendo elevarse la suma otorgada en concepto de daño moral a \$200.000 con más los intereses fijados en el fallo recurrido. Las costas se imponen a la demandada perdidosa. (art. 68 C.P.C.C.).

El Dr. HORACIO ROBERTO ROGLAN dijo:

Por los fundamentos expuestos por la Señora Jueza preopinante, adhiero al voto de la misma.

La Dra. MARÍA EUGENIA GARCÍA NARDI dijo:

En mi carácter de Presidenta de este Tribunal, por existir coincidencias entre los Jueces preopinantes me abstengo de emitir voto y procedo a suscribir el presente fallo, (conf. arts. 30 y 33, Ley N° 521 y sus modificatorias, Reglamento y Actas vigentes de este Tribunal).

En este estado, habiéndose constituido la mayoría legal (conf. art. 33, Ley N° 521 y sus modificatorias), se da por finalizado el presente Acuerdo, pasado y firmado por ante mí, de lo que doy fe.

-Fdo.-

*DRA. VANESSA J. A. BOONMAN
JUEZA
CÁMARA CIVIL Y COMERCIAL*

-Fdo.-

*DR. HORACIO ROBERTO ROGLAN
JUEZ SUBROGANTE
CÁMARA CIVIL Y COMERCIAL*

-Fdo.-

*DRA. MARÍA EUGENIA GARCÍA NARDI
PRESIDENTA
CÁMARA CIVIL Y COMERCIAL*

-Fdo.-

*DR. RAMÓN ULISES CÓRDOVA
SECRETARIO
CÁMARA CIVIL Y COMERCIAL*

S E N T E N C I A:

///MOSA, VEINTINUEVE DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL VEINTITRÉS.

A mérito del Acuerdo que antecede, la **Sala II -Año 2023-** de la **CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL,**

RESUELVE:

I.- RECHAZAR el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada a pág. 268 y **HACER LUGAR PARCIALMENTE** al recurso de apelación interpuesto por la actora a pág. 266, debiendo elevarse la suma otorgada en concepto de daño moral a PESOS DOSCIENTOS MIL (\$ 200.000), con más los intereses fijados en el fallo recurrido.

II.- CON COSTAS en esta Alzada a la demandada perdidosa. (art. 68 C.P.C.C.).

III.- REGULAR los honorarios profesionales de la **Dra. LUISA ELBA NORA ARMOA**, apoderada de la parte demandada, por su intervención en esta instancia en el **Veinticinco Por Ciento (25%)** de la regulación que recaiga y adquiera firmeza en la baja instancia, debiendo adicionar el porcentaje del IVA, de así corresponder, (art. 15 de la Ley N° 512). Y los del **Dr. CARLOS JORGE LOPEZ THOMPSON**, apoderado de la parte actora, por su intervención en esta instancia en el **Treinta Por Ciento (30%)** de la regulación que recaiga y adquiera firmeza en la baja instancia, debiendo adicionar el porcentaje del IVA, de así corresponder, (art. 15 de la Ley N° 512). Se aclara que para el caso que las sumas resultantes de la aplicación de tales porcentajes

fuese inferior al mínimo legal (8 “jus” al momento de la regulación), los montos en concepto de regulación de honorarios en esta instancia deben ajustarse a lo establecido en el art. 10 de la Ley N° 512, conforme criterio reiteradamente sostenido por este Tribunal desde el Fallos N° 15.397/11. Una vez regulados y firmes los honorarios de la primera instancia, deben notificarse los aquí resueltos conjuntamente a la Dirección General de Rentas.

Regístrese, notifíquese y, oportunamente, bajen los autos al Juzgado de origen.

-Fdo.-

DRA. VANESSA J. A. BOONMAN
JUEZA
CÁMARA CIVIL Y COMERCIAL

-Fdo.-

DR. HORACIO ROBERTO ROGLAN
JUEZ SUBROGANTE
CÁMARA CIVIL Y COMERCIAL

-Fdo.-

DRA. MARÍA EUGENIA GARCÍA NARDI
PRESIDENTA
CÁMARA CIVIL Y COMERCIAL

ANTE MÍ

-Fdo.-

DR. RAMÓN ULISES CÓRDOVA
SECRETARIO
CÁMARA CIVIL Y COMERCIAL

ES COPIA