

Nº 167 / En la ciudad de Resistencia, capital de la Provincia del Chaco, a los Veinticuatro (24) días del mes de Mayo del año dos mil veintitrés, se reúnen las Sras. Jueces de la Sala Tercera de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Dras. María Teresa Varela y Gladys Esther Zamora, a efectos de tomar en consideración para resolver en definitiva los autos caratulados: "B., S. M. C/ ARCOR S.A.I.C.; RICARDO JUAN AGUIAR S.A.; TELECENTRO "SERVITEL" Y/O W., F. C. A. Y/O QUIEN RESULTE RESPONSABLE S/ DAÑOS Y PERJUICIOS Y DAÑO MORAL"; EXPTE. Nº 87, AÑO: 2.011-1-C, venidos en grado de apelación del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de la Décimo Sexta Nominación, de esta ciudad.

Practicado el sorteo correspondiente para determinar el orden de emisión de votos, resultó el siguiente: Dra. María Teresa Varela y Gladys Esther Zamora, como Jueces de primer y segundo voto, respectivamente.

LA DRA. MARIA TERESA VARELA DIJO:

Que la relación de causa efectuada por la Sra. Juez de grado en la sentencia obrante a fs. 867/884 vta., se ajusta a las constancias del proceso, razón por la cual a la misma me remito, dándola por reproducida en este acto.

Por lo demás, la mencionada decisión hace lugar parcialmente a la demanda, desestimando la acción respecto a Ricardo Juan Aguiar S.A. y Telecentro Servitel y/o F. C. A. W. y condena a Arcor S.A.I.C. a abonar a la actora la suma de \$180.000 en concepto de capital por daños y perjuicios con más la suma de \$754.933,67 en concepto de intereses al 21/03/2022 e intereses al momento del efectivo pago. Impone costas y regula honorarios a los profesionales y perito actuante.

Contra dicho pronunciamiento, se interpusieron los siguientes recursos: a) De apelación incoado por la parte actora a fs. 886/889 vta. -30/03/2022-, que fue concedido a fs. 890 -01/04/2022- libremente y con efecto suspensivo, corriéndose traslado de los agravios en el mismo acto, que es contestado a fs. 924/929 -28/04/2022-, por la parte demandada -Arcor S.A.-; b) De apelación deducido por la demandada -Arcor S.A.I.C.- a fs. 899/909 vta., que fue concedido a fs. 910 -25/04/2022- libremente y con efecto suspensivo, corriéndose traslado de los agravios en el mismo acto, que es contestado a fs. 911/921 -25/04/2022-, por la parte actora.

Dispuesta la elevación de las actuaciones a este Tribunal de Alzada a fs. 933 y vta. -27/05/2022-, las mismas son recibidas y radicadas en esta Sala Tercera de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial a fs. 943 y vta. -16/08/2022-. A fs. 952 se corre vista a la Sra. Fiscal de Cámara, cuyo dictamen es agregado a fs. 953 y vta. A fs. 960 -13/04/2023- se llama Autos. Asimismo, existiendo disidencia entre ambas integrantes, en fecha 04/05/2023 (fs. 962) se deja sin efecto el llamado a Autos y el Acta de Sorteo y pasan las actuaciones a Secretaría Administrativa. En fecha 10/05/2023 queda integrada la Sala con la Sra. Juez María Eugenia Saez, lo que deja la presente en condiciones de dictar sentencia.

LA DRA. GLADYS ESTHER ZAMORA DIJO:

Que prestaba conformidad a la precedente relación de causa.

Acto seguido, en la opinión coincidente de ambas magistradas, la Sala plantea como cuestión a resolver La sentencia en recurso, debe ser confirmada, modificada o revocada?

II.- A LA UNICA CUESTION PLANTEADA LA DRA.MARIA TERESA VARELA DIJO:

a)RECURSO DE APELACION INTERPUESTO POR LA PARTE ACTORA:

Se agravia en primer término porque se condena el daño punitivo por una suma extremadamente baja e irrisoria que -a su entender- no se condice con la gravedad de los hechos debidamente acreditados. Que la suma fijada resulta imperceptible para un gigante de la industria alimentaria como es Arcor S.A.C.I.. Que, a mayor nivel de precaución deseable socialmente, mayor deberá ser la responsabilidad compensatoria, que aplicado al caso concreto, no puede ser puesto de lado el hecho de que la parte codemandada se trata de una empresa multinacional que produce alimentos, con alta injerencia en el mercado y con índice de venta envidiable para cualquier miembro de la competencia. Refiere a la finalidad disuasiva y punitiva del instituto en examen.

Que si bien el monto peticionado en la época que planteó la demanda, podría haber resultado equitativo y acorde a las circunstancias a criterio de parte, actualmente no guarda correlación, por

los fundamentos que expone, a los que me remito en honor a la brevedad. Por lo que solicita (aplicando la fórmula Testa) se condene a una multa de \$271.950 a la empresa productora de alimentos Arcor S.A.C.I.-

Finaliza con petitorio de estilo.

b) RECURSO DE APELACION DEDUCIDO POR ARCOR S.A.I.C.:

Se queja el co-demandado porque considera que la sentencia está fundada exclusivamente en la pericial atacada de nulidad y realizada por perito de parte.

Dice que ni siquiera hace mérito alguno, de los serios y científicos fundamentos que diera el consultor técnico en su informe en disidencia, que descalifican técnicamente las conclusiones de la perito, vulnerándose así la obligación de motivar las resoluciones judiciales.

Que tampoco considera los fundamentos con que Arcor atacara la validez del dictamen en orden a las irregularidades del procedimiento, en virtud del cual se impidió la participación y control del consultor técnico en los supuestos análisis y ensayos realizados, no obstante la expresa petición de su parte y el consultor de la necesidad de participar en los mismos.

Agrega que, su parte planteó la nulidad del dictamen, porque no se rebatieron las conclusiones del perito, que por el contrario, expresamente se resalta la falta de validez científica de las conclusiones efectuadas en base a ensayos realizados clandestinamente y negándose, contrariamente a como fue ordenada la prueba, la participación y control del consultor técnico designado, y que por otra parte, también, presentaron informe en disidencia impugnando las mismas. Reitera pedido de replanteo de prueba ante esta Alzada.

Se agravia asimismo por la violación del principio de congruencia, arguyendo que en la demanda no se reclama el rubro daño punitivo y la Juez a partir de una interpretación arbitraria de los términos de la postulación, condena a su parte en función de tal rubro.

Que también se lo obliga al pago de un rubro no reclamado, que el daño punitivo no estaba vigente ni previsto en la legislación a la época del evento, que lo aplica de oficio, en forma contraria a la normativa y que se interpreta irrazonablemente la conducta de ARCOR.

Dice que basta la lectura de la demanda y su contestación, para advertir que la actora sólo precisa en un primer párrafo un supuesto daño, cuando sostiene "la gravísima negligencia en que han incurrido los demandados ha ocasionado un padecimiento...", sin precisar cual. Que luego, desarrolla jurisprudencia pero que jamás peticiona la imposición de una multa civil, sólo que por tal concepto habla de un daño y perjuicio de la grave e inexcusable falta de \$75.000.

Entiende que, la imprecisión de la demanda al desarrollar el daño es arbitrariamente interpretada por la sentenciante, como una pretensión de daño punitivo cuando no hay ningún elemento que permita válidamente obtener esa conclusión.

Se queja también porque la sentencia hace lugar al rubro daño moral y para su procedencia se apoya tan sólo en las declaraciones testimoniales rendidas por personas que nunca vieron a la actora ni comprobaron sus supuestos padecimientos, sino que refirieron solamente a dichos o lo que la actora les contó.

Que el fundamento del fallo deviene totalmente contradictorio e incongruente, que por un lado sostiene que daño se produjo conforme pruebas citadas y que de ellas deriva su relación causal.

Alega que el hecho de que la actora sea paciente del PAMI y que sin embargo, su ficha médica esté en blanco, revela la falta de antecedentes de atención médica y/o farmacológica, máxime cuando en autos tampoco se alegó atención médica, lo que, afirma, permite concluir la falta de pruebas y acreditación de los supuestos padecimientos derivados del hecho.

Que se probó que la depresión y el estrés eran anteriores al hecho. De modo que si la actora ya padecía con anterioridad depresión, hipertensión, rinitis y estrés, es evidente que lo alegado no tiene una causalidad adecuada; máxime cuando el hecho no es necesariamente grave ni debería generar un padecimiento como el pretendido.

Por último se agravia por el monto arbitrario que también se reconoce por tal concepto.

Efectúa reserva de los recursos extraordinarios y finaliza con petitorio de estilo.

III.- Sintetizados como quedaran los agravios y, previo a considerarlos, corresponde aclarar que atento la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, resulta imperioso aclarar que las

causas que tramitaron bajo los anteriores Códigos Civil y de Comercio, por aplicación del art. 7º de la normativa primeramente mencionada, la cual no consagra la aplicación retroactiva de la nueva ley sino su aplicación inmediata, o sea, que la misma rige para los hechos que están "in fieri" o en su curso de desarrollo al tiempo de su sanción y no para las consecuencias de los hechos pasados, que quedaron sujetos a la ley anterior; las sentencias de grado habrán de revisarse a la luz del mismo ordenamiento bajo cuyo amparo se dictaron.

Ello así con excepción -como se dijo- de aquellos supuestos que se pudieran presentar como hechos en curso de ejecución, ésto es, que no se agotaron con el dictado de la sentencia sino que comenzaron a existir a partir de ella.

IV.- Ingresando al tratamiento de los recursos articulados, por cuestiones de orden metodológico, haré referencia en primer término a los agravios deducidos por ARCOR S.A.I.C. respecto: a la responsabilidad que se le atribuye, para luego abocarme a las quejas esbozadas respecto a la admisión y cuantificación de los rubros impugnados por ambas partes, punto éste que también recibe críticas de la accionante.

Es dable recordar -conforme constancias de autos- que: la Sra. S. M. B. reviste el carácter de consumidora de la barra de cereal de marca "Cereal Mix" manufacturada por Arcor S.A.I.C. (que lo adquirió para su consumo final), por lo que se configuran los extremos previstos en los arts. 1º y 2º de la Ley 24.240. En consecuencia la cuestión debe ser analizada a la luz de los arts. 42 de la Constitución Nacional y 5º y conchs. de la ley citada mas arriba, que consagran la protección de los derechos de consumidores y usuarios.

El art. 5 de la Ley de Defensa del Consumidor establece 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". De este modo, la ley pone en cabeza del proveedor una obligación de seguridad de resultado, cuyo incumplimiento —patentizado por la simple existencia de un daño al consumidor en el ámbito de la relación de consumo- genera responsabilidad objetiva.

Dado que el objeto de la obligación de seguridad consiste, precisamente, en una garantía de indemnidad, su incumplimiento se produce por la simple existencia del daño en el marco de la relación de consumo, sin necesidad de otra prueba adicional. Al deudor que pretende su liberación compete, entonces, la prueba de que el cumplimiento de la obligación de seguridad se había vuelto imposible como consecuencia de un hecho que reúne los caracteres del caso fortuito.

Sobre este punto, la doctrina mayoritaria afirma que la imposibilidad de cumplimiento, para extinguir la obligación (art. 888, Cód. Civil) y, al mismo tiempo, liberar al deudor de responsabilidad (arts. 513 y 514 del citado Código), debe reunir los caracteres de objetiva, absoluta y no imputable al obligado. En particular, es preciso que se esté ante una imposibilidad absoluta (Bueres, Alberto J.- "El incumplimiento de la obligación y la responsabilidad del deudor", Revista de Derecho Privado y Comunitario- Responsabilidad Contractual, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 113; Pizarro, Ramón D.- Vallespinos, Carlos G., "Obligaciones", Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 3, p. 312).

En definitiva la mencionada Ley de Defensa del Consumidor pone a cargo del proveedor, en su artículo 5, una obligación de seguridad de resultado, y complementa esa regulación disponiendo, en su art. 40, que si el daño resulta "del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio" la legitimación pasiva se amplía a todos los sujetos que han intervenido en la cadena de producción y comercialización del producto o servicio, quienes responden objetivamente y en forma concurrente, sin perjuicio de las acciones de regreso que puedan corresponder una vez indemnizada la víctima (Cfr. Picasso, Sebastián- Vázquez Ferreyra, Roberto A. (dir.), Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada- LA LEY, Buenos Aires, 2009, t. I, p. 162/163).

En el caso, considerando que la única atribución de responsabilidad que se discute en esta instancia se refiere al fabricante del producto -toda vez que la Juez a-quo ha excluído a los restantes demandados-, el recurso al art. 40 de la L.D.C. carece de sentido, pues basta para resolver esta apelación con la obligación de seguridad que imponía al proveedor el ya citado art. 5 de esa ley.

A partir de estas premisas y, teniendo en cuenta que los agravios se centran exclusivamente en la valoración de la prueba pericial ya que a entender la sentenciante de grado hizo caso omiso a las críticas científicas del consultor técnico, lo que resulta correcto, toda vez que como se verá mas adelante se han brindado respuestas suficientes del porqué de su admisión.

Cabe poner de resalto que, es tarea de los jueces apreciar la prueba con sujeción a la sana crítica cuya reglas que la integran han ido incorporándose a través de las expresiones doctrinarias: "Partiendo del significado literal, sana crítica es el arte de juzgar de la bondad y verdad de las cosas sin vicios ni error: Constituye un modo correcto de razonar, de reflexionar y pensar acerca de una cosa; en el caso, acerca de la prueba producida en el proceso" (Arazi, Roland –La Prueba en el Proceso Civil– Ed. La Rocca Bs. As. 1998 p. 145) y jurisprudenciales: "Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano; en ellas intervienen las reglas de la experiencia de juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba con arreglo a la sana razón, y a un conocimiento experimental de las cosas; son, pues, la unión de la lógica y de la experiencia. El sentenciante debe meritar los distintos medios de convicción a la luz de los principios de la lógica y de la experiencia, arribando a una solución congruente con lo que históricamente debió haber sucedido en el diferendo entre las partes" (CNCiv., Sala F, 10/6/82, de, 100494).

Las reglas de la sana crítica suponen la existencia de ciertos principios generales que deben guiar en cada caso la apreciación de la prueba, comprendiéndose como el correcto entendimiento humano, derivadas de la lógica y de las "máximas de experiencia" del juzgador. Se sustentan en la actividad intelectual que éste realiza para la apreciación de los elementos de ponderación que le fueron arrimados al proceso, para determinar la fuerza probatoria relativa que tienen cada uno con los demás, para llegar a la convicción de correspondencia del conjunto respecto de la versión fáctica en la que se asienta la causa de la pretensión o de la defensa (conf. Morello y otros- Códigos Procesales, VA pág. 326 y sgtes. y sus citas).

Ahora bien, revisadas las constancias de la causa y los fundamentos del fallo recurrido, advierto que se ha analizado detallada y prudentemente el dictamen pericial, como así las impugnaciones y ataques que vertiera el consultor técnico, que fueran desbrozadas y suficientemente contestadas. No empece ello, cabe destacar que, en el campo de la prueba es facultad privativa del juzgador inclinarse por la que le merezca mayor fe, en concordancia con otros elementos de mérito que pudieran obrar en el expediente de conformidad a lo preceptuado por el art. 367 del Cód. Procesal.

Asimismo debo agregar que cuando el peritaje aparece fundado en principios técnicos inobjetables y no existe otra prueba de similar tenor que la desvirtúe, como sucede en el caso, la sana crítica aconseja que frente a la imposibilidad de oponer argumentos científicos de mayor peso, corresponde aceptar las conclusiones de aquél; máxime que -como lo adelantara- la juez ha sopesado cada una de ellas y las ha desestimado.

En efecto, para que sea pertinente apartarse de aquel, hubiera sido necesario que se pudiera detectar el error o el inadecuado uso de los conocimientos técnicos aplicados por la experta, circunstancia que no concurre cuando, como en la especie, el recurrente sólo aporta sus meras apreciaciones subjetivas.

No obsta a ello que el consultor técnico del quejoso haya arribado a una conclusión diversa, toda vez que la mera discrepancia entre la postura de la perito oficial y dicho consultor prevalece, en principio, la de la primera, toda vez que las garantías que rodean su designación hacen presumir su imparcialidad y consiguiente mayor atendibilidad; teniendo en cuenta los antecedentes científicos de la perito quien además es investigadora del CONICET y docente de la U.N.N.E.. Me sumo además a los precisos argumentos vertidos por la sentenciante al rechazar cada una de las impugnaciones, a los que me remito en honor a la brevedad y que no han merecido críticas que puedan desvirtuarlas.

Por otra parte cabe recordar que ha sido dicho que el consultor técnico constituye una figura de carácter auxiliar y facultativo, que obra en interés y defensa de la parte que lo designa (cfr. Palacio, Lino Enrique- Manual de Derecho Procesal Civil, T. I, pág. 591, Buenos Aires, 1983). Su actuación, en ese marco, está limitada en esencia a: 1) presenciar las operaciones técnicas que realice el perito

y formular las observaciones que considere pertinentes (art. 471, 2° párr. Cpr); 2) presentar, por separado, su respectivo informe en base a la pericia practicada, dentro del mismo plazo fijado para el perito y con iguales requisitos; 3) formular observaciones ante la pericia en referencia a las explicaciones ordenadas por el juez al perito. De ello se extraen dos consecuencias básicas, cuales son: a) el informe del consultor técnico no es jurídicamente equiparable a una pericia, ya que esta última sólo puede ser practicada por el perito designado en la causa, a punto tal de que, b) si no se lleva a cabo la práctica pericial, tampoco corresponde la emisión de un informe por parte del consultor técnico, ya que éste debe referirse inexcusablemente a la prueba pericial realizada (CNCom, Sala A- Acrestal SA c/ Fundación para la Lucha contra Enf. Neurológicas de la Inf. s/ ordinario- del 23/02/10).

Tampoco es admisible la crítica respecto a que la perito actuante es de parte, ello así ya que de las constancias de autos se advierte claramente que luego de averiguaciones tendientes a localizar un instituto que pueda llevar a cabo la pericia solicitada en autos, se indicó que el Laboratorio de Biotecnología Microbiana para la Innovación Alimentaria (BiMA-CoNICET-UNNE) podía realizar la mismas, para lo que se libró el oficio pertinente, previa acreditación ante la magistrada interviniente de la factibilidad de su realización, a lo cual se opuso la contraria.

La designación fue hecha por el Tribunal, las averiguaciones previas, sólo se limitaron a individualizar quien podía llevar a cabo la tarea dada su especificidad; por lo que el error de la perito de decir que era: "perito de parte", lo entiendo como un error conceptual de la destacada científica, quien no se relaciona al ámbito del derecho y válidamente pudo confundir su significado. Colofón de lo expuesto corresponde desestimar los agravios vertidos y confirmar el fallo recurrido en estos aspectos.

Resuelto lo anterior, corresponde me expida sobre las quejas de la demandada -ARCOR S.A.I.C.- en relación a la violación del principio de congruencia al condenar daño punitivo aduciendo dos motivos: 1) que no fue solicitado por la actora y 2) que el instituto en examen no estaba vigente a la fecha del hecho generador de responsabilidad. 3) A su vez, la accionante critica el fallo, porque considera -tal se relatan en sus agravios- que el monto condenado es exiguo.

En el examen de la primera queja atinente a que el daño punitivo no fue solicitado por la actora, debo recordar el principio de congruencia, que es la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen la materia objeto del proceso, más la oposición u oposiciones en cuanto delimitan ese objeto.

A tal requisito se refiere el artículo 179 del C.P.C.C. inc. 6), al disponer que la sentencia contendrá: "La decisión expresa, positiva y precisa, de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio, calificadas según correspondiere por ley, declarando el derecho de los litigantes y condenando o absolviendo de la demanda y reconvención en su caso, en todo o en parte. La sentencia deberá hacer mérito de los hechos constitutivos, modificativos o extintivos, producidos durante la sustanciación del juicio y debidamente probados ...".

La congruencia debe resultar del pronunciamiento en su conjunto, ya que la parte dispositiva no hace más que sintetizar las conclusiones establecidas por el órgano judicial al decidir, en los llamados considerandos, las cuestiones involucradas en la pretensión o pretensiones del actor y en la oposición u oposiciones del demandado.

De lo expuesto se deduce que la observancia del principio de congruencia exige una rigurosa adecuación de la sentencia a los sujetos, el objeto y la causa que individualizan a la pretensión y a la opinión. En lo que concierne al objeto, el principio de congruencia requiere que el juez emita pronunciamiento, total o parcialmente positivo o negativo, sobre todas las pretensiones y oposiciones formuladas por las partes y sólo sobre ellas respetando sus límites cualitativos y cuantitativos. Es que el fallo incurre en incongruencia cuando omite decidir sobre alguna pretensión u oposición o si la sentencia declara un derecho que no ha sido objeto de pretensión alguna, conteniendo, por lo tanto, menos de lo pedido por las partes.

En nuestro caso, el apelante estima que la Juez a-quo condena un rubro no reclamado en la demanda.

Sin embargo, del escrito postulatorio se lee que bajo el nomen "los daños y perjuicios" que la actora solicita la suma de \$75.000, fundado en: "... la gravísima negligencia en que han incurrido los demandados han ocasionado a la actora un padecimiento que, de ordinario, podría y debía haber no existido jamás... Así las cosas, corresponde petitionar en concepto de resarcimiento por los daños y perjuicios derivados de la grave e inexcusable falta en que han incurrido las demandadas ..." (sic).

Al analizar el rubro la Juez a-quo conforme el principio "Iura Novit Curia", entendió a tenor de los fundamentos esgrimidos que lo solicitado se encuadraba en daño punitivo, y así fue tratado; decisión con la que coincido.

Es que sujeta a los parámetros expuestos constato que, contrariamente a lo que sostiene el quejoso, de la demanda surge que al requerir el rubro la parte actora, si bien no individualiza el rubro que petitiona, se puede advertir palmariamente que se trata de un reclamo de daño punitivo. Tengo para mí entonces que la Juez a-quo no incurrió en ninguna extralimitación o apartamiento al principio de congruencia al resolver como lo hizo, quedando con esto sellada la suerte adversa de esta queja.

Ahora bien, en relación al cuestionamiento sobre la vigencia del art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, resulta necesario recordar que, el instituto en cuestión es de tipo disuasorio y sancionatorio más no resarcitorio. "En el ámbito jurídico hay certeza en torno a su denominación: refiere a una sanción ejemplar contra quien haya infringido las normas de protección al consumidor, a petición de y en favor del consumidor perjudicado, con la finalidad de que cesen y no se repitan conductas reprochables" (cfr. Tinti, Guillermo Pedro- Roitman, Horacio, "Daño Punitivo", Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2012-1 "Eficacia de los Derechos de los Consumidores, Ed. Rubinzal-Culzoni, pág. 207 y sigs.); en suma, cumple la multa civil, una función preventiva de futuros daños.

Asimismo es dable poner de resalto que las leyes que protegen a los consumidores, sean supletorias o imperativas, son de aplicación inmediata. Ello encuentra su justificación en el art. 7 del Código Civil y Comercial, el que no dispone la aplicación retroactiva de la ley, sino su aplicación inmediata a los contratos en curso de ejecución.

En conclusión el art. 7 manda a observar las reglas mas beneficiosas para los consumidores, sean las antiguas o las sancionadas en su reemplazo, disposición en la que ellos pueden ampararse y los jueces deben atender, es que cuando las nuevas leyes resulten mas beneficiosas para los consumidores su aplicación inmediata no puede dejar de hacerse efectiva.

En tal sentido se ha sostenido: "La novedad del último párrafo consiste en que la ultra actividad de la ley supletoria no se extiende a "las normas mas favorables en las relaciones de consumo". Es el corolario que ellas deben ser apreciadas de acuerdo con el principio de protección al consumidor y el acceso al consumo sustentable (art. 1094). Cabe descartar en ese caso, la presunción de una voluntad común sobre la remisión a las normas supletorias vigentes y atenerse a las consideraciones que serán aplicables las nuevas leyes, siempre que ellas sean mas favorables al consumidor" (Conf. Lorenzetti Ricardo en Códigos... y Solá, Ernesto en Código Civil y Comercial comentado- Ver.pág 49/50- Códigos... Jorge Alterini- Ed. La Ley)

Sentado ello, corresponde abocarme a analizar el agravio de la parte actora quien critica el monto que se condena por considerarlo bajo; que –sin mas– debe ser desechado. Ello así, toda vez que la Sra. Juez a-quo ha justipreciado su monto, luego de valorar que existió una falta o culpa grave por parte de la empresa alimenticia ante el incumplimiento del deber de seguridad y garantía que puso en juego la salud de la accionante, que halla su protección en las constituciones –tanto nacional como provincial- y en los tratados internacionales de Derechos Humanos de estirpe constitucional (art. 75 inc. 22 CN) y legal.

La actora al promover la acción solicitó la suma de \$ 75.000 que es finalmente el monto que se reconoce en la sentencia. Puesta en la tarea de determinar si aquel resulta bajo como opina la actora, entiendo conveniente acudir al salario vigente a la fecha del hecho (11/2006) que era de \$ 800 (Conf. Res. N°2/2006 CNEmp.S.M.Vital y Móvil) y así observo que válidamente puedo utilizar como parangón y en la relación (entre el salario y el monto reclamado) resultaba -prima facie- a la fecha del reclamo: ejemplificador.

Ahora bien, la grave situación económica financiera de nuestro país -ante un proceso inflacionario que no cede- no me permite vislumbrar a ciencia cierta que resulta justo y que no, para este tipo de sanción, porque -como lo dijera- es una condena disuasiva. Además atendiendo a que los precios se disparan día a día, no puedo colegir válidamente su equidad (es que para una parte no lo será y para la otra sí).

Entonces bien, si la accionante la consideró equitativa y justa a la fecha de su reclamo, no puedo más que colegir que el monto condenado -en uso de las atribuciones conferidas por el art. 181 del ritual-, debe ser confirmado.

Finalmente cabe expedirme respecto a las quejas relativas a la procedencia y cuantificación del daño moral.

Al respecto cabe recordar que para la tesis resarcitoria del daño moral, dominante en nuestro derecho vigente, dicha valoración debe ser efectuada atendiendo a la gravedad objetiva del daño causado, para lo cual se debe ponderar la entidad del menoscabo en sí mismo, a tenor de las circunstancias del caso. Tal como lo he reiterado en anteriores pronunciamientos, adhiero a la tesis de la reparación integral consagrada en el art. 19 de la Carta Magna.

Las corrientes jurisprudenciales y doctrinarias receptan con amplitud el principio de la reparación plena del daño moral tanto en materia aquiliana (art. 1.078 del C.C.) cuanto por incumplimiento obligacional-contractual (art. 522 del C.C.) y en las relaciones de consumo, como la que se tipifica en el sub-exámine; que también son receptadas de modo más amplio en el nuevo Código Civil y Comercial.

Conforme la tesis del resarcimiento se trataría de restablecer la situación anímica del lesionado, brindándole la posibilidad de calmar o compensar con satisfacciones placenteras las aflicciones pasadas. En ese orden se ha dicho que: "En la responsabilidad contractual también cuenta la reparación del agravio moral sin sujeción a la malicia del culpable ya que el incumplidor o mal ejecutor de la obligación puede obrar con culpa o con dolo" (JA 16-1972-422). (E.D.37-776, cit. por Llambías, ob.cit. pag. 184 y 185).

Considero -siguiendo notable pensamiento doctrinario- que la prueba directa del daño moral es de difícil producción, toda vez que no siempre es posible producir una sobre los reales padecimientos sufridos, es el Juzgador quien deberá apreciar las circunstancias del hecho y las cualidades morales de la víctima para establecer objetiva y presuntivamente el agravio moral en la órbita reservada de la intimidad del sujeto pasivo. (Conf. Bustamante Alsina, "Equitativa Valuación del daño no mensurable" LL, 1990-A-655).

Nótese además, que la relación que vinculaba a las partes, es una relación de consumo (art. 3º de la Ley 24.240 y sus modificatorias), ergo, el comportamiento de la demanda ha violentado los principios y postulados de la Ley de Defensa del Consumidor -tal lo adelantara-. Especificada la índole del vínculo que relacionó a las partes y, respecto a la procedencia de la indemnización por daño moral, cabe poner de relieve que el deber de seguridad incumplido, ha producido desilusión, tristeza, descontento en la consumidora. Si a ello se añade, "la innecesaria prolongación de un conflicto que, de obrar de buena fe, se hubiera zanjado sin mayores dificultades v.gr. reconociendo en mínima medida los daños causados a la actora, genera en el suscripto la convicción que frente a ese comportamiento de la parte demandada, puede presumirse con grado de razonabilidad que el consumidor no pudo menos que indignarse, no una vez, sino en más de una oportunidad y por ello, es procedente el reclamo ya que se rompió la ética de la relación de consumo." (Remis Javier c/C.T.I. y otro s/Daños y Perjuicios, fecha: 04/09/2008, sentencia n: 358, Cámara Civil y Comercial Común Sala 1).

En el sub-exámen, se perciben las penurias sufridas por la Sra. S. M. B. lo que me han generado la convicción de que ha sufrido un daño cierto en su persona, tengo en cuenta las angustias, sensación de asco y náuseas que habrá sentido cuando al intentar consumir la barra de cereal se encuentra con un elemento extraño (un molar) .

Consecuentemente, estimo que en la situación planteada el reclamo de agravio moral es procedente en base al detrimento anímico y moral sufrido por la actora, atendiendo a las circunstancias personales que se aluden en la demanda y comprobados en la causa.

Por otra parte desestimó in- límine las aseveraciones que efectúa el demandado respecto al anterior juicio de la Sra. B. -que refiere a la afectación de su firma por Cetrogar, que data del año 2.002 y que la obligara a promover un juicio en el año 2006 y que el mismo año le sucediera el evento que aquí se analiza; ya que son cuestiones muy diferentes, debiendo transitar un largo proceso no sólo administrativo ante la Dirección de Defensa al Consumidor, sino luego a sede judicial para su total reparación. Nadie puede válidamente garantizar que luego de ser vulnerado un derecho como consumidor no pueda sufrir otra afectación, aún de la misma naturaleza, que no es el caso de autos. Tampoco que por haber sido indemnizado por un agravio moral no resulte procedente otro; máxime ante el extenso derrotero que tuvo que transitar la Sra. B. en este proceso -conf. surge de la presente y del Expte administrativo N° 4300/11 (del registro de la Cámara Contencioso Administrativa, revisora del proceso iniciado el 21/11/2006 ante la Dirección General de Fiscalización de Lealtad Comercial y Defensa del Consumidor).

Colofón de los argumentos vertidos, siendo el razonamiento de la Sra. Juez de grado lejos de ser arbitrario e infundado -como intenta traslucir el apelante- resulta justo y coherente con los padecimientos sufridos. Por lo tanto arribo a la conclusión -en uso de las facultades conferidas por el art. 181 del ritual- que el monto condenado resulta razonable, por lo que propicio su confirmación. ASI VOTO.

A LAS CUESTIONES PLANTEADAS, LA DRA. GLADYS ESTHER ZAMORA DIJO:

Disiento con la colega preopinante en lo que respecta a la condena del rubro "Los daños y perjuicios", encausado como daño punitivo.

Al respecto, cabe precisar que como consecuencia de la aplicación del principio dispositivo, en aquellos ámbitos o supuestos en los que tiene vigencia, rige también el principio de congruencia. En lo que concierne al caso, este principio tiene una disposición dirigida al órgano jurisdiccional y alude a la correlación o conformidad que debe existir entre la sentencia respectiva con las pretensiones y oposiciones de las partes (conf. Loutayf Ranea, Roberto y otros; "Principio dispositivo"; Ed. Astre; 1ª Edición; 2016; p. 349).

En la especie, rememoro que bajo el acápite "Los daños y perjuicios", la actora requirió la reparación de los daños que alega haberle ocasionado la gravísima negligencia de la demandada; reiteró la solicitud de un resarcimiento suficiente por el hecho desagradable de encontrar una pieza dentaria dentro del producto elaborado por Arcor S.A.I.C.; citó jurisprudencia y normativa referida a la reparación de daños (fs. 10, punto IV, A).

A mi modo de ver, de la presentación analizada no puede inferirse -aun extremando la interpretación del planteo- la instancia del damnificado que habilite al Magistrado a aplicar una multa, ya que sus términos específicamente tienden a lograr una indemnización resarcitoria.

Destaco que en una presentación posterior, puntualmente al contestar la impugnación al rubro daños y perjuicios, la accionante aludió al principio de reparación plena, y a renglón seguido precisó y reiteró el carácter resarcitorio de su reclamo (ver fs. 71 vta., punto IV).

A contrapelo, los daños punitivos definidos como aquellos otorgados adicionalmente al daño compensatorio para castigar al demandado por una conducta particularmente grave, tienen un propósito netamente sancionatorio (Zannoni, Eduardo A.; Kemelmajer de Carlucci, Aída; "Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado"; Ed. Astrea; 1ª Edición; Año: 2010; t. 12; p. 1063).

Así, los términos de la causa pretendi en función de las pautas anteriores determinan que la solución de la Iudex, compartida por la colega preopinante, importa otorgar algo distinto de lo que ha sido objeto de reclamo.

Esa circunstancia no resulta subsanada por la aplicación del iura novit curia.

Es que el recurso a dicho principio no importa violación de la garantía de la defensa en juicio ni afecta el principio de congruencia, siempre y cuando no se alteren las circunstancias de hecho, se introduzcan cuestiones no debatidas, o se modifiquen los términos en que quedó trabada la litis.

En ese sentido se ha dicho, el principio iura novit curia no puede ser llevado al extremo inconveniente de que el juez rehaga completamente la faena de una de las partes, enmendándole la plana al punto de sustituirla, ni introducir per se planteos de parte o defensas o excepciones no

opuestas por los interesados. Este tipo de excesos dan lugar a una demasía jurisdiccional, que se efectúa con grave afectación del derecho de defensa en juicio, de base constitucional (art. 18, Const. nacional), lo que no puede justificarse bajo el rótulo de un mal entendido ejercicio de la facultad iura novit curia (López Mesa, El juez en el proceso. Deberes y máximas de experiencia, LL, 2012-C-1269, ap. III, e, con cita del precedente de la CApel Trelew, Sala A, 28/6/10, in re, Kurilkowich c/ Frigorífico, elDial.com, voto del doctor Ferrari).

La Corte Suprema ha dicho reiteradamente que el pronunciamiento judicial que desconoce o acuerda derechos no debatidos es incompatible con las garantías de los arts. 17 y 18 de la Const. nacional, pues el juzgador no puede convertirse en intérprete de la voluntad implícita de una de las partes, sin alterar, de tal modo, el equilibrio procesal de los litigantes en desmedro de la parte contraria. Si bien la determinación del alcance de las cuestiones comprendidas en la litis es materia privativa de los magistrados que en ella entienden, tal principio reconoce excepción cuando lo decidido, con mengua de la defensa en juicio, signifique un apartamiento de las pretensiones enunciadas al trabarse el diferendo, incorporando temas no introducidos por las partes en el pleito. Esa regla no puede cohonestarse con la invocación de la norma iura novit curia por parte del sentenciante, cuando éste excede el ámbito de lo que es propio (CSJN, 15/12/87, "Caja Nacional de Ahorro y Seguro c/NCR Argentina SA", Fallos, 310:464, ED, 128-620).

Por los fundamentos anteriores, propongo admitir el agravio en trato en lo que respecta a la condena del rubro daño punitivo y revocar la parcela del decisorio en este punto. A su vez, no habiéndose individualizado bajo el acápite "Los daños y perjuicios" los detrimentos cuyo resarcimiento se persigue, se impone el rechazo del ítem. "Los daños y perjuicios" y revocar la parcela del decisorio en este punto. ASÍ VOTO.

A LA DISIDENCIA PLANTEADA LA DRA. MARIA EUGENIA SAEZ DIJO:

Liminarmente he de señalar que las magistradas que me preceden han fijado posturas diferentes únicamente respecto al rubro "Los daños y perjuicios", y analizada la cuestión, me adhiero a la posición esgrimida por la Dra. Gladys Esther Zamora.

Es que de la lectura del escrito postulatorio, tal como lo señala la magistrada a la que adhiero, la accionante solicita la reparación de los daños que alega haberle ocasionado la accionada y ante la impugnación del rubro, alude al principio de reparación plena.

Siendo así, considero claro que lo peticionado refiere al daño material que le habría producido el actuar de Arcor S.A.I.C.

En ese entendimiento, dado que los daños punitivos pueden definirse como una herramienta vigente en el marco del derecho del consumidor, destinada a sancionar graves inconductas en la que incurren los proveedores de bienes y servicios, que se suman a las indemnizaciones por los daños realmente experimentados por los consumidores, estrechamente asociada a la idea de prevención de daños, dada la finalidad ejemplificadora, considero que no resulta adecuado aplicar el iura novit curia desde que se reconsideraría el objeto de la litis, afectando el principio de congruencia.

Por lo expuesto, adhiero a la posición esgrimida por la Dra. Zamora, no encontrando acreditado los daños peticionados por la Sra. B. ASI VOTO.

IV.- Zanjada la disidencia por el voto mayoritario de las Sras. Jueces Gladys Esther Zamora y María Eugenia Sáez, corresponde modificar la sentencia de grado y, concluir que la demanda prospera por la suma de \$105.000, en concepto de capital, con más los intereses establecidos en la sentencia de Primera Instancia que no han sido objetados.

ADECUACION DE COSTAS Y HONORARIOS:

Atendiendo al modo en que se resuelve la cuestión, corresponde adecuar las costas y honorarios al resultado del nuevo pronunciamiento. En cuanto a las costas, propicio mantenerlas, por la demanda que prospera a cargo de la demandada ARCOR SAIC en virtud del principio de reparación integral art. 1.740 Cód. Civil y Comercial y del art. 83 del C.P.C.C. y de la desestimación de la demanda respecto a Ricardo Juan Aguiar S.A. y Telecentro Servitel y/o F. C. A. W. por su orden.

En cuanto a los honorarios de Primera instancia, se deben fijar teniendo en cuenta las pautas de los arts. 3º, 5º (20%), 6 (40%), 7 (70%) y 10º de Ley Arancelaria en vigencia y sus modificatorias, tomando como base el monto de condena (\$105.000) desde el 21/11/2006 hasta la fecha, conforme

Tasa Activa publicada por la Caja Forense de Entre Ríos en su sitio oficial, resultando la suma (\$634.913,11).

En ese cometido, y valorando la labor, mérito, eficacia, extensión, resultado obtenido y carácter en que actuaron los letrados intervinientes, estimo justo y equitativo establecer los siguientes emolumentos: Para el Dr. C. A. D. la suma de \$114.284 como patrocinante y \$50.793 como apoderado; Para el Dr. C. A. D. (H) la suma de \$12.698 como patrocinante; para el Dr. G. P. en la suma de \$126.983 como patrocinante y \$50.793 como apoderado; para el Dr. W. E. R. en la suma de \$71.110 como patrocinante y \$24.889 como apoderado; para el Dr. B. K. en la suma de \$17.778 como patrocinante y \$8.889 como apoderado y para el Dr. A. F. A. la suma de \$12.698 como patrocinante. Todos los honorarios con más IVA si correspondiere. Asimismo corresponde mantener los emolumentos regulados a la perito interviniente en la sentencia de grado.

COSTAS Y HONORARIOS DE ALZADA:

Atento al resultado de los recursos tratados, las costas de Alzada se imponen en 70% a la parte demandada -ARCOR S.A.I.C- y en un 30% a la parte actora.

En cuanto a los honorarios profesionales por la labor desplegada en esta instancia deben fijarse aplicando las mismas pautas y base regulatoria seguidas para adecuar los de la instancia anterior, pero en función del art. 11 (50%) del arancel. En ese entendimiento y valorando la tarea cumplida por los letrados actuantes, mérito, eficacia, extensión, resultado obtenido y carácter en que actuaran, estimo justo y equitativo establecer los siguientes emolumentos: Para el Dr. C. A. D. la suma de \$31.746 como patrocinante y \$12.698 como apoderado; para el Dr. C. A. D. (H) la suma de \$31.746 como patrocinante y \$12.698 como apoderado para el Dr. B. K. la suma de \$63.491 como patrocinante y para el Dr. W. E. R. en la suma de \$25.397 como apoderado. Todos los honorarios con más IVA si correspondiere.

Con lo que se dio por finalizado el presente Acuerdo. Por ello, la Sala Tercera de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial -con la integración dispuesta en fecha 31/03/2023,

SENTENCIA:

I.- MODIFICAR el punto I del pronunciamiento dictada en fecha 21/03/2022 glosada a fs. 867/884 vta., y establecer que la demanda prospera por la suma de PESOS CIENTO CINCO MIL (\$105.000) con más los intereses establecidos en la sentencia de grado.

II.- MANTENER la imposición de costas dispuesta en la instancia anterior y MODIFICAR los honorarios allí fijados de la siguiente manera: Para el Dr. C. A. D. la suma de PESOS CIENTO CATORCE MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y CUATRO (\$114.284) como patrocinante y PESOS CINCUENTA MIL SETECIENTOS NOVENTA Y TRES (\$50.793) como apoderado; Para el Dr. C. A. D. (H) la suma de PESOS VEINTIDOS MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y OCHO (\$22.698) como patrocinante; para el Dr. G. P. en la suma de PESOS OCHENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y OCHO (\$88.888) como patrocinante y PESOS TREINTA Y CINCO MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y CINCO (\$35.555) como apoderado; para el Dr. W. E. R. en la suma de PESOS SETENTA Y UN MIL CIENTO DIEZ (\$71.110) como patrocinante y PESOS VEINTICUATRO MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y NUEVE (\$24.889) como apoderado; para el Dr. B. K. en la suma de PESOS DIECISIETE MIL SETECIENTOS SETENTA Y OCHO (\$17.778) como patrocinante y PESOS OCHO MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y NUEVE (\$8.889) como apoderado y para el Dr. A. F. A. la suma de PESOS DOCE MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y OCHO (\$12.698) como patrocinante. Todos los honorarios con más IVA si correspondiere. Mantener los emolumentos regulados a la perito interviniente.

II.- IMPONER las costas de Segunda Instancia en un 70% a la parte demandada -ARCOR S.A.I.C- y en un 30% a la parte actora. REGULAR los honorarios de la siguiente manera: para el Dr. C. A. D. en la suma de PESOS TREINTA Y UN MIL SETECIENTOS CUARENTA Y SEIS (\$31.746) como patrocinante y PESOS DOCE MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y OCHO (\$12.698) como apoderado; para el Dr. C. A. D. (H) en la suma de PESOS TREINTA Y UN MIL SETECIENTOS CUARENTA Y SEIS (\$31.746) como patrocinante y PESOS DOCE MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y OCHO (\$12.698) como apoderado; para el Dr. B. K. en la suma de PESOS

SESENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y UNO (\$63.491) como patrocinante y para el Dr. W. E. R. en la suma de PESOS VEINTICINCO MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y SIETE (\$25.397) como apoderado. Todos los emolumentos con mas I.V.A. si correspondiere.

III.- NOTIFIQUESE, regístrese, protocolícese y oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dra. Gladys Ester Zamora

Juez Sala Tercera

Cámara de Apelaciones Civil y Comercial

Dra. María Teresa Varela

Juez Sala Tercera

Cámara de Apelaciones Civil y Comercial

Dra. María Eugenia Sáez

Juez Sala Tercera

Cámara de Apelaciones Civil y Comercial

Verónica Fernández

Abogada - Secretaria Sala Tercera

Cámara de Apelaciones Civil y Comercial