

CÁMARA DE APELACIONES EN LO CATyRC - SALA III

COCA COLA FEMSA DE BUENOS AIRES SA CONTRA DIRECCIÓN GENERAL DE DEFENSA Y PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR SOBRE RECURSO DIRECTO SOBRE RESOLUCIONES DE DEFENSAAL CONSUMIDOR

En la Ciudad de Buenos Aires, reunidos en acuerdo los jueces de la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo, Tributario y de Relaciones de Consumo de la Ciudad de Buenos Aires, para entender en el recurso judicial directo interpuesto por la actora en los autos "COCA COLA FEMSA DE BUENOS AIRES SA C/ DIRECCIÓN GENERAL DE DEFENSA Y PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR S/ RECURSO DIRECTO SOBRE RESOLUCIONES DE DEFENSA AL CONSUMIDOR", EXPxxxxxxx. El tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver: ¿Se ajusta a derecho la resolución apelada? A la cuestión planteada GABRIELA SEIJAS dijo: I. El 1° de marzo de 2016 H. O. O. denunció a Coca Cola FEMSA de Buenos Aires SA por la presencia de un envoltorio de plástico en el interior de una botella de Coca Cola de dos litros (número de serie FE30801614) adquirida en un comercio en enero de dicho año. Refirió que sus reclamos telefónicos fueron infructuosos. Solicitó el resarcimiento del daño directo y una atención comercial (v. fs. 1/6). Fracasada la instancia conciliatoria (v. fs. 15), el 16 de junio de 2016 Ramiro Rojas, subgerente operativo de la Dirección, imputó a Coca Cola FEMSA de Buenos Aires SA la presunta infracción al artículo 5° de la Ley 24240. En tal sentido, precisó que el producto no habría llegado en óptimas condiciones al consumidor, por lo que representó un peligro para su salud e integridad física (v. fs. 18/19). En su descargo, Sofía Fernández Quiroga, apoderada de la denunciada, negó los hechos. Defendió sus sistemas de control de seguridad, calidad e higiene e imputó lo ocurrido a una adulteración posterior perpetrada por un tercero. Ofreció prueba documental, informativa y testimonial, a la vez que propuso la realización de pericias scopométrica, de ingeniería industrial, química-bromatológica y contable (v. fs. 21/35). II. El 23 de agosto de 2016 el subgerente operativo rechazó por inconducentes las pericias de ingeniería industrial, contable y las pruebas informativa y testimonial. Encomendó la realización de las pericias scopométrica y químicabromatológica al Instituto Nacional de Tecnología Industrial (INTI) delegando su impulso y producción a la imputada (v. fs. 41/41 vta. y rechazo de reconsideración a fs. 46/46 vta.). Según se desprende del acta labrada el 6 de diciembre, el denunciante no se presentó y la sumariada dejó en custodia del Centro de Investigación y Desarrollo en Envases y Embalajes del INTI veinte (20) botellas completas y veinte (20) tapas sin uso hasta la nueva fecha de pericia (v. fs. 57). En dichas instalaciones, el 15 de marzo de 2017 H. O. O. presentó una botella de polietileno tereftalato (PET) de aproximadamente dos mil mililitros con etiquetas de "Coca Cola" e inscripciones "FE30801614" y "07MAY1620" en sistema inkjet en su tapa. Sobre las botellas llenas, la aportada por el señor O. y las tapas antes mencionadas se hizo el examen (v. fs. 93). El 12 de octubre del mismo año la gerente de Asuntos Legales del INTI, Gabriela Cesarini, acompañó el informe técnico suscripto por Maximiliano Ríos y el director Sergio Heredia, ambos del área de Envases y Embalajes; el informe de ensayo suscripto por Mariana C. Olmedo, la coordinadora de Microbiología Marcela A. Álvarez y la directora Erica. C. Stacey, todas del área de Agroalimentos; copias de las actas del 6 de diciembre de 2016 y del 15 de marzo de 2017 y una factura por veintisiete mil ochocientos pesos por los exámenes

efectuados (v. fs. 119/138 vta.). El 1° de junio de 2018 Tomás Durrieu, apoderado de la demandada acreditó el pago de dicha factura (v. fs. 156/164 vta.). Mediante la disposición DI-2018-2708-DGDyPC, del 21 de junio de 2018, Vilma Bouza, directora general de Defensa y Protección del Consumidor, impuso a Coca Cola FEMSA de Buenos Aires SA una multa de cuarenta mil pesos (\$40 000) y la obligación de publicar la parte dispositiva de lo resuelto en el diario La Nación, debido a la infracción a lo previsto en el artículo 5° de la Ley 24240 (v. fs. 169/171 vta.). El apoderado de la sancionada interpuso recurso judicial directo contra esa decisión (v. fs. 174/185 vta.). En primer lugar, aseguró que no hay elemento de prueba alguno que acredite que la bebida en cuestión fue envasada por Coca Cola FEMSA de Buenos Aires SA “en las condiciones en que se encuentra”. Argumentó que emplea los más avanzados sistemas de control de seguridad, calidad e higiene y que el sistema de cierre de los envases responde a los estándares de calidad y seguridad exigibles para este tipo de productos. Sin embargo, resaltó que aquellos no podían impedir que un “tercero ajeno a [su] mandante” alterara el producto luego de haber sido lanzado al mercado. Sostuvo que la denegatoria de la prueba pericial de ingeniería industrial resultaba contradictoria con que se le exigiera demostrar que sus procesos de elaboración son “absolutamente inocuos o incapaces de generar daños o que están exentos de fallas o errores capaces de producir el hecho”. Criticó que la Dirección considerara que las pericias realizadas no son concluyentes y que, por tanto, aplicara el principio in dubio pro consumidor previsto en el artículo 3° de la Ley 24240. Sostuvo que dicho principio no es aplicable a la interpretación de los hechos en un caso determinado, sino que, por su ubicación dentro de la ley y el título del artículo, resulta claro que se trata de una “directiva de exégesis” de la norma y del contrato que hubieran suscripto las partes. Añadió que de las pericias surge que la botella presentaba una pérdida de presión interna compatible con una maniobra de apertura y posterior cierre, su torque se encontraba disminuido, el nivel de llenado era ligeramente inferior y mostraba un intenso stress cracking que no era propio de las botellas en el mercado. Destacó que tales circunstancias brindaban suficiente convicción acerca de la “anormalidad” del envase. Finalmente, cuestionó la multa por estimarla “desproporcionada” por carecer de antecedentes y por haber acompañado elementos en respaldo de su postura. Solicitó que fuera reducida a un apercibimiento. Agregó que la “sanción accesoria” de la publicación de lo resuelto causaba a su representada “efectos económicos adversos” que incrementaban la multa tornándola “excesiva”. IV. El apoderado del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCBA), Claudio A. Fernández, con el patrocinio letrado de Pablo Casaubon, contestó las críticas reseñadas y pidió su desestimación (v. fs. 203/212). Tanto la actora como el demandado hicieron uso de su derecho a argumentar en derecho en los términos del artículo 389 del CCAyT (v. fs. 225/230 y 231/233 vta.). El fiscal de Cámara, Juan O. Gauna, opinó que el planteo referido a la denegatoria de la prueba pericial de ingeniería industrial en sede administrativa debía rechazarse, pues la empresa no la ofreció al interponer el recurso directo y sus argumentos no permitían evidenciar la falta manifiesta de razonabilidad en lo decidido. Consideró que las restantes críticas referidas a si hubo inobservancia del artículo 5° de la Ley 24240 imponían la valoración de cuestiones de hecho y prueba que excedían su ámbito de intervención. Finalmente, recordó que la Sala puede modificar la sanción impuesta (v. fs. 236/238 vta.). Realizado el sorteo pertinente, se ordenó el pase de autos al acuerdo. V. Si bien en su descargo la actora

esbozó que no estaba acreditado que hubiera embotellado la bebida (v. fs. 24 vta./25), en su recurso se limitó a desconocer que “la bebida en cuestión haya sido envasada por Coca Cola FEMSA en las condiciones en que se encuentra” (v. fs. 175, ap. 3.1, 2° párr., que es una reiteración de la negativa de fs. 21 vta., ap. III, 3 párr.). Tales “condiciones” se refieren a la presencia del envoltorio plástico traslúcido de un caramelo de miel dentro de la botella, conforme ha quedado establecido en el informe técnico del 21 de septiembre de 2017 (v. fs. 127, ap. “Elementos extraños”). A partir de lo señalado, es posible aseverar que no se encuentra en discusión que la bebida fue embotellada por la sancionada. En ese sentido, tal como sostuvo la Dirección, la sumariada no ofreció ninguna prueba ni suministró detalles que permitieran dudas de su participación en el envasado. VI. La actora ofreció en su descargo una prueba pericial de ingeniería industrial a fin de esclarecer las características que rodean al proceso de embotellado que se realiza en su planta. En particular, se refería a lo relativo al cumplimiento de las normas higiénicas y de seguridad, prevención de accidentes y adulteraciones, control de calidad, certificaciones del sistema y concordancia con las previsiones del Código Alimentario Argentino (v. fs. 26 vta./27 vta., ap. VI.D). La Dirección consideró que dicha prueba era “inconducente”, pues solo serviría para “saber el funcionamiento general del sistema empleado en la embotelladora” y no permitiría obtener “información conducente a dilucidar lo ocurrido con el producto en cuestión” (v. fs. 41, punto II.II). En ocasión de resolver el pedido de reconsideración correspondiente, resaltó los términos expresados por la propia recurrente cuando señaló que era “sumamente improbable” (pero no imposible) que una botella saliera de su planta en las condiciones señaladas por el señor O. (v. fs. 46, punto II, 5° párr., y fs. 45, punto 3). Cabe añadir que en su descargo empleó expresiones concordantes al señalar que “[s]i bien el sistema en cuestión no resulta fácilmente violable, cabe destacar que no existe en el mercado ni en la industria un envase que sea 100% impermeable a la acción dolosa de terceros que eventualmente remuevan la tapa sin dañar el precinto con el objeto de introducir intencionalmente un elemento extraño al contenido envasado” (v. fs. 23, 3° párr.). El rechazo de la prueba en cuestión ha sido adecuadamente fundado. En tal sentido, sin perjuicio de que la actora no ofreció prueba en su recurso directo, allí se ha limitado a reiterar consideraciones de las que se desprende que lo pretendido era acreditar cómo funcionaba su sistema de producción en general, y no la forma en la que lo hizo con el envase acompañado por el señor O. Por otro lado, carece de respaldo normativo su afirmación en torno a que deberían distinguirse “dos etapas totalmente distintas” (control del producto dentro de la planta y falta de control una vez lanzado al mercado) para descartar que le sea imputable la transgresión al artículo 5° de la Ley 24240. Conforme surge del artículo 40 de la Ley 24240 el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca responden solidariamente por los daños causados a los consumidores por el vicio o riesgo de la cosa. Solo es factible la liberación total o parcial de responsabilidad del que demuestre que la causa le ha sido ajena. VII. De la comparación entre la botella que adquirió el señor O. y otras diez aportadas por la sancionada, realizada en el marco del informe técnico, se desprende que la presión de gas en el interior de la primera es menor que la de las últimas (v. fs. 124). En cuanto a las tapas de las botellas, se concluyó que eran “similares en sus dimensiones externas y morfología” y que tenían los mismos sistemas y calidad de

impresión. No se observaron defectos macroscópicos en el interior de la tapa ni en el plano de cierre (v. fs. 127/128). La explicación brindada respecto a las diferencias de presión interna es que “los polímeros que componen el envase y el cierre son ligeramente permeables al dióxido de carbono, por lo que la presión va decreciendo en el tiempo, sin poder establecerse una curva de disminución de presión específica”. Asimismo, también se estimó que no podía descartarse una maniobra de apertura (v. fs. 125). Se realizó un cotejo similar para medir el torque de apertura, que arrojó como resultado que este se encontraba disminuido en la botella peritada (v. fs. 126). No pudo ser precisada cuál de las dos hipótesis sobre la disminución de la presión interna se verificó en el caso de la botella adquirida por O., por no existir “elementos técnicos suficientes como para expedirse sobre la autenticidad u originalidad del cierre”. Se aseguró que “la ausencia de indicios de apertura o violación ostensibles no son, por sí solos, concluyentes de que la botella en cuestión no haya sido violada”, reparando en que hay “métodos conocidos” que permiten remover la tapa sin dañar el precinto de seguridad y volver a colocarla sin cambios físicos evidentes (v. fs. 128 y 129, puntos 3 y 6). Cabe añadir que en la inspección visual efectuada sobre la botella se había constatado que el precinto de seguridad se hallaba colocado e íntegro en su parte exterior y que sus aletas actuadoras estaban presentes y en su posición, así como que la tapa estaba colocada y no permitía fugas del contenido del envase (v. fs. 122, puntos II a IV). Presentaba un intenso stress cracking en su base (v. fs. 123, punto IX) y su nivel de llenado era ligeramente inferior en aproximadamente cinco milímetros al de las botellas testigo (v. fs. 123, puntos XI y XII). Sin necesidad de acudir a una extensión de la pauta de interpretación normativa in dubio pro consumidor del artículo 3° de la Ley 24240, lo cierto es que el hecho de un tercero extraño al proveedor no se presume. La carga de la prueba de su existencia e incidencia causal recae sobre quien la invoca. Esto es, Coca Cola FEMSA de Buenos Aires SA tenía la carga de demostrar la existencia del nexo causal entre la intervención de un tercero ajeno y el estado en el que se encontraba el producto (peligroso para la salud o la integridad física del consumidor). No como un vínculo meramente posible sino como la efectiva comprobación de la atribución –siquiera parcial– de la consecuencia a la causa alegada. Si bien la hipótesis en cuestión no fue completamente descartada en el informe, las razones se vinculan con la falta de “elementos técnicos suficientes” para expedirse sobre la autenticidad u originalidad del cierre de la botella (v. fs. 128). No obstante, en las conclusiones se precisó que estaba “debidamente cerrada”, que no permitía la salida ostensible de líquido y que conservaba una presión interna positiva, aunque disminuida y con un torque menor al observado en las botellas testigo aportadas por la empresa. Esta última circunstancia fue explicada como el resultado de dos causas alternativas: a) por una maniobra de apertura y posterior cierre de la botella, o b) por la permeabilidad de los polímeros que componen el envase. Respecto de la primera, se aclaró que existen “métodos conocidos” que permiten remover la tapa sin dañar el cierre, colocar algún elemento en el interior y volver a tapar la botella sin cambios físicos evidentes (v. fs. 128/129, en particular, puntos 2, 3 y 6). Si se asume que tales métodos son “conocidos”, no es posible predicar que no lo fueran para Coca Cola FEMSA de Buenos Aires, que se dedica profesionalmente al embotellado de bebidas en el ámbito del Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA) y forma parte de un grupo empresario que constituye uno de los principales de la marca mencionada a nivel mundial. Es decir, la actora conoce que es

posible la apertura y cierre de las tapas de las botellas que comercializa, sin dejar rastro alguno a simple vista. No obstante, continúa utilizando el mismo proceso de producción que no logra revertir las conocidas circunstancias reseñadas que afectan la seguridad del bien comercializado. Por otra parte, en el caso de autos, resulta difícil admitir la configuración de una causa extraña o ajena, pues ni siquiera han sido aportadas pautas que permitan identificar quién fue dicho tercero, la forma en la que intervino, ni en qué momento lo hizo, entre otros aspectos. En suma, la actora propone tener por demostrada su mera conjetura. Se ha señalado que el deber de seguridad previsto en el artículo 5° de la Ley 24240 obliga, en el caso de bebidas gaseosas, a que el producto ofertado sea elaborado y llegue al consumidor en perfectas condiciones, con plena aptitud para su consumo y con un envasado que cumpla con todas las normas de seguridad, imposibilitando que, tanto durante la etapa de elaboración como en el transporte y comercialización, pueda ser objeto de intervención por parte de terceros, ya sea por boicot interno (de empleados desleales) o externo (de terceros en general, en busca de desprestigiar al producto, o incluso de “aventureros”, “cazadores de daños punitivos”, entre otras definiciones empleadas para referirse a los consumidores demandantes) (cf. Corte Suprema de Justicia de Tucumán, Sala Civil y Penal, “Esteban, Noelia Estefanía c. Cervecería y Maltería Quilmes SAICAG”, del 25/04/19, publ. en La Ley del 18/07/19, p. 4). No es razonable predicar que tal indemnidad fue lograda satisfactoriamente si dentro del envase puede observarse un fragmento plástico flotando. A mayor abundamiento, es dable recordar que el tercer párrafo del artículo 53 de la Ley 24240 establece que la obligación de los proveedores de aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio. Habiendo insinuado la actora que el producto fue manipulado por terceros, debió aportar pruebas que corroborasen de manera indubitable su afirmación. En este marco, está acreditado que la bebida embotellada por la actora –que contenía un envoltorio plástico traslúcido en su interior– se encontraba cerrada. También fue adecuadamente explicada en el informe la diferencia entre las botellas peritadas y no pudo establecerse que la adquirida por el señor O. hubiera sido objeto de adulteración alguna. VIII. Con relación a la graduación de la multa, fueron considerados factores tales como la infraestructura del proveedor y su situación en el mercado y que no reviste el carácter de reincidente (v. fs. 170/170 vta.). Tales parámetros se ajustan a las pautas establecidas en los artículos 49 de la Ley 24240 y 19 de la Ley 757. Por otro lado, el artículo 47 de la Ley de Defensa del Consumidor establece que la multa debe graduarse dentro del rango que determina un mínimo de cien (\$100) y un máximo de cinco millones de pesos (\$5 000 000) y que la autoridad de aplicación podrá ordenar la publicación de lo resuelto en un diario de gran circulación en el lugar en el que se cometió la infracción. Siendo la multa de cuarenta mil pesos (\$40 000) no se advierte la desproporción alegada por la actora, ni tampoco que resulte irrazonable o arbitraria. Su pretensión de recibir un apercibimiento solo expresa su discrepancia con lo decidido, sin aportar elementos que demuestren un error de la Administración. Tampoco resulta atendible el genérico cuestionamiento de la “sanción accesoria” de la publicación de la parte dispositiva de la disposición cuestionada. La actora no ha desarrollado en qué forma ello tornaría a la sanción en “excesiva”. IX. Finalmente, considero que las costas deben recaer sobre la actora, pues ha resultado

vencida y no se advierten motivos que justifiquen apartarse del principio general que rige en la materia (cf. art. 62 del CCAyT). X. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 1°, 15, 16, 21, 23, 24, 29, 54, 56, 60 (cf. art. 1° de la Res. Pres. CMCBA 686/20) y concordantes de la Ley 5134, y considerando la naturaleza del juicio, la complejidad de la cuestión, el monto del proceso, el mérito de la labor desarrollada –valorada en atención a la calidad, eficacia y extensión del trabajo– y las etapas cumplidas, así como el resultado obtenido y, en particular, el mínimo previsto en la ley, los honorarios correspondientes a la representación letrada del GCBA –en conjunto– deben ser regulados en cuarenta y dos mil seiscientos cuarenta pesos (\$42 640). XI. Por los argumentos expuestos, propongo al acuerdo: 1) Rechazar el recurso interpuesto contra la disposición DI-2018-2708-DGDyPC, en cuanto fue materia de agravio; 2) Imponer las costas a la actora vencida (cf. art. 62 del CCAyT); y 3) Regular los honorarios de la representación letrada del GCBA –en conjunto– en cuarenta y dos mil seiscientos cuarenta pesos (\$42 640). A la cuestión planteada, el doctor HUGO R. ZULETA dijo: I. Adhiero al voto de la Dra. Gabriela Seijas, salvo con respecto a la regulación de honorarios. II. Teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 1°, 15, 16, 17, 20, 29 inciso a, y 60 de la citada Ley 5134, la calidad y la extensión de la labor profesional desarrollada y las etapas cumplidas (dos de tres), propicio que se regulen los honorarios de los letrados del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires del siguiente modo: los del Dr. Claudio Alejandro Fernández, por su actuación como apoderado, en la suma de diecisiete mil cien pesos (\$ 17 100); los del Dr. Pablo Casaubón, por su intervención como patrocinante, en la suma de treinta y cuatro mil cien pesos (\$ 34 100). III. Así voto. El doctor ESTEBAN CENTANARO adhiere al voto de Hugo R. Zuleta. De acuerdo al resultado de la votación que antecede, por mayoría, SE RESUELVE: 1) Rechazar el recurso interpuesto contra la disposición DI-2018-2708- DGDyPC, en cuanto fue materia de agravio; 2) Imponer las costas a la actora vencida (cf. art. 62 del CCAyT); y 3) Regular los honorarios de los letrados del GCBA del siguiente modo: los de Claudio A. Fernández, por su actuación como apoderado, en diecisiete mil cien pesos (\$ 17 100); los del Pablo Casaubón, por su intervención como patrocinante, en treinta y cuatro mil cien pesos (\$ 34 100). Notifíquese, al señor fiscal de Cámara en su despacho. Oportunamente devuélvase