

ACUERDO

En la ciudad de La Plata, a 1 de abril de 2015, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores de Lázzari, Genoud, Hitters, Kogan, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa C. 117.760, "G. , A. C. contra 'Pasema S.A.' y otros. Daños y perjuicios".

ANTECEDENTES

La Sala I de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro confirmó el fallo de primera instancia que había rechazado en su momento la demanda de daños y perjuicios promovida por la señora A. C.G. , en representación de sus hijos J. I. y L.F. , contra las sociedades "Pasema S.A.", "Arcos Dorados S.A." y "Mc Key Argentina S.A." (fs. 1656/1664 vta.).

Se interpuso, por el apoderado de la parte actora, recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (fs. 1683/1692 vta.).

Oído el señor Subprocurador General, dictada la providencia de autos y encontrándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar la siguiente

CUESTIÓN

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley?

VOTACIÓN

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor de Lázzari dijo:

I. Las presentes actuaciones fueron iniciadas por la señora A. C.G. , en representación de sus hijos menores de edad J. I. y L.F. , con motivo de la supuesta intoxicación padecida por el consumo de los alimentos adquiridos en el local de la cadena de comidas rápidas "Mc Donald's", situado en la localidad de Escobar, explotado por la codemandada "Pasema S.A.". La demanda fue fundada en la responsabilidad civil contemplada en el art. 40 de la ley 24.240 y, con base en esta norma, también accionaron contra las firmas "Arcos Dorados S.A." y "Mc Key Argentina S.A." como intervinientes en la cadena de comercialización de tales productos (fs. 29/38).

II. En primera instancia, la pretensión indemnizatoria fue rechazada ante la falta de prueba de uno de los presupuestos fácticos de la responsabilidad por productos elaborados atribuida a las demandadas, a saber: la relación causal entre el consumo de los alimentos y los trastornos sufridos por los menores y atribuidos a los mismos (fs. 1565/1572).

Apelada esta sentencia por la accionante, la Cámara de Apelación interviniente la confirmó por considerar que, para que se vea comprometida la responsabilidad civil de un sujeto, es menester que exista conexión causal jurídicamente relevante entre el hecho de su autoría y el daño sufrido por quien pretende la reparación, requisito que juzgó no probado por la actora en la especie: la existencia de una bacteria contaminante en el producto alimenticio comprado en "Mc Donald's" (el contenido de una "Cajita Feliz") y las consecuencias dañosas sufridas por los hijos de la actora (fs. 1656/1664 vta.).

III. Contra este pronunciamiento se alza la actora mediante recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, denunciando la violación de la doctrina legal de esta Corte, relativa a la valoración de la prueba, la errónea aplicación de la ley 24.240 y de la ley provincial 13.133 (fs. 1684 vta. y 1688/1691).

IV. Los agravios desarrollados por la recurrente se apoyan, básicamente, en el siguiente argumento: que encuadrados los hechos por el a quo en la normativa protectoria del consumidor (ley 24.240), no era exigible a su parte -a los fines de acreditar el mencionado presupuesto de la responsabilidad civil (la relación de causalidad adecuada)- demostrar la existencia de contaminación (la presencia de "Escherichia Coli") en la comida adquirida a la demandada, por tratarse de una prueba de imposible producción por causas imputables a las demandadas (fs. 1686/1689 vta.).

Al respecto, alegan cuatro razones:

1) que en virtud de la relación de consumo, el vendedor asume un deber tácito de seguridad de resultado, por lo que, siendo el factor de atribución de responsabilidad objetivo, existe una presunción en contra de las accionadas -acerca de la existencia de un vicio en el producto- por haber impedido probar los extremos esenciales para la resolución de la causa (fs. 1689 vta./1690);

2) que media una presunción de causalidad, con motivo del factor objetivo basado en el riesgo consagrado en el art. 40 de la ley 24.240 (fs. 1690);

3) que en el caso resulta aplicable la doctrina de las cargas probatorias dinámicas (fs. 1690 vta.) y

4) que en el régimen de protección del consumidor rige el principio interpretativo, según el cual, en caso de duda, debe estarse en favor de éste, por lo que corresponde a las demandadas probar la concurrencia de una causa extraña para liberarse de responsabilidad (fs. 1691/vta.).

V. Para juzgar la procedencia de tales argumentos, corresponde analizar los fundamentos brindados por el tribunal de grado en el fallo atacado.

1) Liminarmente la Cámara expuso que, de acuerdo con lo establecido por el art. 375 del Código Procesal Civil y Comercial, cada parte tiene la carga de probar el presupuesto de hecho de la norma que invocare como fundamento de su petición, aunque

en el contexto de una relación de consumo la carga dinámica de la prueba adquiere vital trascendencia, pero ese dinamismo probatorio nunca puede "... traspasar el límite que impone el art. 18 de la Constitución Nacional, por lo cual mal podría exigirse el planteo por el propio demandado de puntos periciales que sepa le serían adversos". De ahí que el sentenciante luego sostuviera que "... sólo se puede requerir al demandado el máximo de colaboración para acreditar todo aquello que permita poner en evidencia la corrección de su proceder" (fs. 1658/1660 vta.).

2) Seguidamente, la alzada precisó que "antes" y "durante" el mes en que sucedió el hecho, en la fábrica que proveía de alimentos a los locales de "Mc Donald's", se realizaron numerosos controles y extracciones de muestras por el S.E.N.A.S.A., "fundamentalmente para descartar la presencia de Escherichia Coli 0157:H7" (fs. 1661).

Lo mismo sucedió con el Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires, "... quien tomó muestras de distintos productos, entre ellos de pollo y sus derivados, con fechas 24/8 y 28/8 (fs. 238/243, 990/996) con resultado negativo en cuanto a la existencia de bacterias patógenas, entre ellos Escherichia Coli 0157 (fs. 1025/1026). La Dirección General de Higiene y Seguridad Alimentaria del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires con muestras extraídas el 18 de agosto de 2001, concluyó que se encuentran aptas para consumo (fs. 817/818). Adúñese a lo expuesto los talones para consumo interno expedidos por el SENASA (fs. 150/159)" (fs. 1661).

"También se efectuaron numerosos controles en el local de Escobar donde supuestamente se ingirió la mercadería contaminada. El 29 de agosto de 2001 el Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires tomó muestras de hamburguesa de carne vacuna cruda y cocidas, dando resultado negativo en cuanto a la existencia de bacterias patógenas, entre ellos Escherichia Coli 0157:H7 (fs. 73, 75, 81, 933, 1006, 1007)" (fs. 1667 vta.).

3) Además, el sentenciante tuvo en cuenta, expresamente, que: "Si bien es cierto que sólo se pudo efectuar el control sobre productos de carne vacuna, por haber retirado del establecimiento la empresa Mc Key S.A. los medallones de pollos y patitas de pollo (Mc Nuggets) ver fs. 75, 933, 935, 1023-, entiendo que ese proceder pudo obedecer a una decisión empresarial como consecuencia de lo ordenado en otra jurisdicción, con carácter preventivo, con fecha 28 de agosto de 2001 (ver fs. 973, 978 y 1023). Nótese inclusive que dichos productos fueron retirados en distintos establecimientos del país (ver fs. 74), por lo cual no lo aprecio como un actuar tendiente a obstruir el proceso" (el resaltado me pertenece, fs. cit.).

A ello añadió que: "Aunque no se haya podido efectuar un estudio sobre el alimento de pollo retirado del local de Escobar, de la actuación del Gobierno de la Ciudad surge que luego de un examen de laboratorio sobre el único proveedor de productos de pollo (Mc Key S.A.), se liberaron los lotes de dichos alimentos con fechas de producción 31 de julio, 5, 6, 13, 14 y 15 de agosto de 2001 (fs. 935, 937, 978). Es decir la autoridad nacional, declaró aptos para el consumo los preparados que aquella proveía a todos los locales de la accionada" (el resaltado me pertenece, fs. cit.).

A partir de estas consideraciones, el tribunal a quo infirió que en la época en que supuestamente fueron ingeridos los alimentos nocivos, la accionada y su fabricante fueron sometidos a un estricto control sanitario, sin que se hubiera detectado la existencia de la bacteria denunciada por la accionante. Es más, consideró que en función de la mentada "carga dinámica" las demandadas no se desentendieron de la producción de la prueba, sino que aportaron "elementos valiosos para descartar la responsabilidad que se les imputa" (fs. 1622 y vta.).

4) Más adelante, el juzgador también valoró la prueba médica y los resultados negativos con relación a la enfermedad padecida por J. I. F. (síndrome urémico hemolítico).

En particular, la Cámara tuvo en consideración el punto relativo a que la experta en su dictamen no pudo: "... arribar a una etiología de la patología que sufrió el menor J. I. F. con rigor científico, ya que no se aisló la cepa *Escherichia Coli* 0157:H7 y los coprocultivos durante la internación fueron negativos. Considera que con los elementos de autos resulta difícil establecer una relación causa-efecto" (fs. 1663).

VI. Para ingresar en el análisis sobre la procedencia del recurso, es necesario dejar sentado, desde el inicio, la plataforma jurídica sobre la que cabe subsumir las circunstancias del caso.

A) En primer lugar, cabe poner de resalto que la normativa específica relativa a las relaciones de consumo no constituye una mera regulación de determinado ámbito de las relaciones jurídicas, como tantas otras. Es eso y mucho más. La preocupación del legislador -signada por la clarísima previsión del art. 42 de la Constitución nacional y la correlativa contenida en el art. 38 de la Constitución provincial- radica en obtener la efectividad en la protección del consumidor. El principio protectorio como norma fundante es cimiento que atraviesa todo el orden jurídico. El propio art. 1º de la ley 24.240, texto ley 26.361 así lo expresa terminantemente: "la presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario".

Este punto de partida es el marco dentro del cual corresponde asumir la problemática del consumo. Constituye una decisión de regulación especial de una parte de la economía que, -por mandato constitucional, se reitera-, apunta a favorecer el ejercicio pleno de los derechos de los más débiles, asumiendo que las fuerzas del mercado son infinitamente más poderosas que el consumidor aislado. Es un sistema, un paradigma intervencionista del Estado, con el objeto de corregir las consecuencias socioeconómicas negativas que la realidad demuestra fehacientemente. Sostiene al respecto Horacio Rosatti que la Constitución nacional ha preferido un modelo económico de intervención estatal, en el que partiendo del capitalismo como modelo de acumulación, el progreso económico basado en la productividad de la economía nacional debe conjugarse con la justicia social. El Estado ejerce una función correctora de las inequidades y redistributiva de los beneficios, poniendo límites a los presupuestos del sistema capitalista, aunque sin renunciar a él. La "libre iniciativa particular" es conjugada con las "necesidades de la comunidad"; la "libre competencia" es reconocida a partir de la "igualdad real de oportunidades", y la "propiedad privada" sufre restricciones jurídicas destinadas a posibilitar el acceso de los sectores más desprotegidos a los bienes primarios ("La relación de consumo y su

vinculación con la eficaz protección de los derechos reconocidos por el art. 42 de la Constitución Nacional", en "Revista de Derecho privado y Comunitario", 2012-1, pág. 77 y sigtes.).

B) A una segunda pauta de apreciación resulta ineludible remitirse. Es la que proviene, por un lado, de lo dispuesto en el art. 3 de la ley en cuestión: "En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor". Y en coordinación con ella, complementándola, la que emerge del art. 65, en cuanto dispone su carácter de orden público.

La preeminencia del régimen tuitivo es manifiesta: de allí que ante cualquier colisión entre una norma o criterio de derecho común y otra que proteja a los consumidores, prevalecerá esta última, se trate de aspectos sustanciales o procesales, entre estos últimos lo relativo a la distribución de las cargas probatorias y las presunciones emergentes de la ley especial.

C) A renglón seguido, cabe detenerse en lo enunciado por el art. 5: "Protección al consumidor. Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios". El derecho a la protección de la salud no sólo se asienta en los ya referidos textos constitucionales (arts. 42 de la Constitución nacional y 38 de la provincial) sino que también descansa en los tratados internacionales incorporados con jerarquía constitucional por la reforma de 1994 en el art. 75 inc. 22, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25.1), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XI), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12), Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 24 y 25), entre otros documentos, por los que se reconoce un derecho al más alto nivel posible de salud física y mental.

D) Arribamos ahora al sistema de responsabilidad pautado por el art. 40: "Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio".

Esta norma, en conjunción con el ya analizado art. 5 y su enclave en el art. 42 de la Constitución nacional, importa una obligación de seguridad de base constitucional. Ahora bien, la doctrina ha expresado que la referencia que se formula en el art. 5 a la utilización del producto en condiciones previsibles o normales de uso no significa que se prevea un "parámetro normal de diligencia", con lo cual se entraría en la órbita de los factores subjetivos de atribución, sino que se vincula más bien con el aspecto causal del fenómeno resarcitorio. Se quiere decir que el daño será indemnizable siempre que resulte de un uso previsible o normal del producto, y no lo será en cambio si es consecuencia del hecho de la víctima, que le ha dado un uso imprevisible o anormal (Mosset Iturraspe y Wajntraub, "Ley de defensa del consumidor", p. 78). Es decir que es el prestador quien debe probar que el servicio fue utilizado por el consumidor o usuario en condiciones no previsibles y anormales (culpa de la víctima) si pretende desligarse de la responsabilidad objetiva.

Como explica Gonzalo Sozzo ("El estado actual de la problemática de los riesgos derivados del consumo", en Revista de Derecho privado y comunitario, 2009-1, pág. 367 y sigtes.), se ha consolidado en la jurisprudencia el reconocimiento de la responsabilidad objetiva, solidaria y unificada de la cadena de proveedores de bienes y servicios, habiéndose puesto fin a las discusiones anteriormente existentes acerca de si el factor de atribución debía ser objetivo o subjetivo. Concluye que la idea de la responsabilidad objetiva se encuentra establecida en el art. 40, que acepta también la responsabilidad solidaria de la cadena de proveedores de bienes y servicios. Señala que a este respecto ha jugado un rol fundamental la recepción jurisprudencial de la constitucionalización del Derecho del Consumidor. Concluye en que el sistema de reparación de daños a consumidores es unitario, pues abandona la distinción contractual-extracontractual. El Derecho del Consumidor, valiéndose de normas de orden público, ha edificado una relación jurídica particular, que no es otra que la relación de consumo, cuya estructura se construye sobre el presupuesto de hecho que importa el consumo como fenómeno o acto social.

E) Veamos la vinculación entre el concepto de responsabilidad objetiva y la carga de la prueba. Como señalan Junyent Bas y del Cerro, podemos concluir que la caracterización de la responsabilidad por productos elaborados como un caso de responsabilidad objetiva conduce a la comprobación de que se ha configurado el daño resarcible mediando antijuridicidad, relación causal y factor de atribución. Y si el segundo párrafo del art. 1113 del Código Civil elimina el factor subjetivo, el régimen consumeril va más allá. En efecto, la Ley de Defensa del Consumidor contiene una expresa norma procesal relativa a la carga de la prueba cuando prescribe en el último párrafo del art. 40 que "sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena". Concluyen que el consumidor se libera de la carga de probar la relación causal, que se presume, pudiendo sin embargo el fabricante o vendedor, demostrar la ajenidad de la causa, con lo que estamos en presencia de una presunción iuris tantum ("Aspectos procesales en la ley de defensa del consumidor", LL 2010-C-1281).

F) Vayamos, por último, a exigencias procesales particulares que la Ley de Defensa del Consumidor ha establecido.

El derecho a la información reglado en el art. 4 de la ley 24.240 constituye la aplicación a las relaciones de consumo del principio de buena fe contenido en el art. 1198 del Código Civil. Explican Junyent Bas y del Cerro que ese deber de información se refleja en el marco procesal de los litigios consumeriles, desde que el art. 53, tercer párrafo, impone a los proveedores "aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio". De allí que en todo procedimiento en donde esté en juego una relación de consumo rige lo que se denomina en materia probatoria "cargas dinámicas". En esos términos, "corresponde al proveedor la obligación de colaborar en el esclarecimiento de la cuestión aportando todos los elementos que tenga en su poder. De nada sirven las negativas genéricas y/o particulares que muchas veces forman parte de la práctica tribunalicia, motivadas en el viejo aforismo de que quien alega debe probar. Por el contrario, estando de por medio una relación consumeril, el principio de las cargas dinámicas es llevado a su máxima expresión pues el proveedor tiene una obligación legal: colaborar en el esclarecimiento de la situación litigiosa. En

consecuencia, todo silencio, reticencia o actitud omisiva, se constituirá en una pauta que afectará dicha obligación legal con la consecuente presunción de certeza sobre la versión que sustenta la pretensión del consumidor" ("Aspectos procesales", cit. LL 2010-C-1281 y sigtes.).

VII. En el marco descripto precedentemente, entiendo que el recurso es procedente.

A) La recurrente ha desarrollado un argumento central para atacar la decisión del a quo: la inobservancia de la ley de defensa al consumidor en cuanto la misma prevé una carga probatoria dinámica (art. 53, última parte, ley 24.240).

Específicamente, ha relacionado tal carga dinámica de la prueba a la necesidad de que la demandada hubiese mantenido en su poder y a resguardo determinado material, sobre el que debería haberse realizado una prueba pericial que hubiese permitido acreditar extremos esenciales para la resolución de la causa.

El retiro o destrucción imputable a la demandada del producto sobre el que debería haberse analizado la presencia de la cepa *Escherichia Coli* 0157:H7 (nuggets de pollo) impidió el despliegue probatorio pretendido por la actora.

He de analizar en el estricto marco de la inobservancia de la ley alegada por la actora si el a quo realizó una interpretación ajustada a derecho o por el contrario con su interpretación ha vulnerado la protección legal.

No se discute que entre la actora y la demandada ha existido una relación de consumo de un producto alimenticio en particular (Mc. Nuggets). Así lo ha tenido por probado la instancia y luego la alzada. También existe plena coincidencia en que la ley de Defensa del Consumidor (ley 24.240) es de aplicación concreta.

Este marco normativo se diferencia del marco general que otorga el Código Civil, al establecer un régimen específico de responsabilidad por daños especialmente previsto para la dinámica de las relaciones de consumo en una sociedad en la que la alta profesionalización de los fabricantes, distribuidores y distintas cadenas de comercialización es la marca distintiva. Así, a través de su art. 5, la ley establece una obligación de seguridad en sentido estricto a favor de la protección de la salud e integridad física del consumidor.

Es de público y notorio que, en organizaciones de alta eficiencia y optimización de recursos y ganancias, las "decisiones" que la organización toma no son aleatorias, ya que existe plena conciencia que cada una de dichas decisiones empresarias arrojan consecuencias institucionales o económicas. Es, precisamente, en este marco de alta profesionalización en el que se desenvuelve la demandada.

Éste es el plafón desde donde se impone analizar el cumplimiento de la ley por parte de la demandada. Ahora es conveniente abordar el desarrollo que efectuara la Cámara.

La sentencia (ver fs. 1662 vta., segundo párrafo) realiza consideraciones que corroboran la imposibilidad en la que se encontró la actora de desplegar una actividad probatoria que resultaba vital para la obtención de la verdad. Así, admite que no se han podido periciar los productos de pollo del tipo que consumieron los menores, por razones exclusivamente imputables a la demandada. Pero justifica este extremo de esta manera: "Si bien es cierto que sólo se pudo efectuar el control sobre productos de carne vacuna, por haber retirado del establecimiento la empresa Mc. Key S.A. los medallones de pollos y patitas de pollo (Mc. Nuggets) -ver fs. 75, 933, 935, 1023-, entiendo que ese proceder pudo obedecer a una decisión empresaria...".

Detengámonos en este pasaje de la sentencia en el que se aborda la cuestión de la sustracción del material que era indispensable tener a la mano para verificar si el mismo estaba contaminado. Está admitido en el propio fallo que ese retiro responde a una actitud de la propia parte demandada, la que es justificada -en forma conjetural-, en los siguientes términos: "ese proceder pudo obedecer a una decisión empresaria como consecuencia de lo ordenado en otra jurisdicción, con carácter preventivo, con fecha 28 de agosto de 2001 (ver fs. 973, 978 y 1023)" (fs. 1661 vta.).

Lo primero que salta a la vista es una complaciente hipótesis que no se referencia con las circunstancias fácticas que conformaron -principio de congruencia mediante- el marco de la litis. En efecto, en la demanda se afirmó que habiéndose formulado denuncia ante las autoridades sanitarias y habiendo estas últimas realizado una inspección en el establecimiento donde tuvo lugar el consumo, "los inspectores extrañamente no encontraron ningún alimento que contuviera pollo. Por arte de magia toda la carne de pollo había desaparecido" (fs. 30 vta.). Veamos la réplica de la demandada a esta concreta imputación: "39) Niego que del local de Mc Donalds Escobar hayan desaparecido todos los productos que contienen carne de pollo" (fs. 83 vta.). Éstas fueron las posiciones enfrentadas de las partes en lo que se refiere a la posibilidad de inspeccionar o no el material avícola. La sentencia coincidió en que ya no había pollo para verificar su estado, pero agregó de su propia cosecha que el retiro "pudo obedecer a una decisión empresaria". Contradijo la propia negativa de la demandada y articuló una excusa para nada invocada en el acto esencial de la defensa.

Dejemos de lado por un momento semejante alteración de los hechos conducentes que debían recibir adecuado respaldo probatorio (arts. 358 y 362, C.P.C.C.), y observemos ahora en su sustancia la imaginada razón del retiro del pollo ("pudo obedecer a una decisión empresaria como consecuencia de lo ordenado en otra jurisdicción, con carácter preventivo, con fecha 28 de agosto de 2001, ver fs. 973, 978 y 1023)". (fs. 1661 vta.). Acudiendo a esas latitudes del expediente, puede apreciarse que la primera de las remisiones (fs. 973) carece de toda relación con el pollo, pues se trató de un análisis sobre medallones de carne vacuna. La segunda (fs. 978), solamente ilustra que con fecha 12 de setiembre de 2001 se autorizó el levantamiento de la intervención y prohibición de comercialización respecto de lotes de hamburguesas de pollo con fechas de producción que van del 31/VII al 15/VIII de 2001. Esta decisión de la autoridad sanitaria importó dejar sin efecto la Disposición Conjunta 001/DGHYSA/DGCI/ DGDYPC/2001, mediante la cual con fecha 27 de agosto de 2001 (y no 28 de agosto como señala la sentencia) se dispuso intervenir y cesar la comercialización del producto alimenticio denominado "MC Pollo" (hamburguesa de pollo-precocido-

congelado). De ella parece hacer desprender la sentencia la consecuencia de que el producto, en definitiva, era apto para el consumo. He aquí una nueva confusión, porque desde la demanda en adelante quedó entendido que los alimentos consumidos por los menores no fueron hamburguesas de pollo (Mc Pollo) sino patitas de pollo. Tan es así que la parte demandada, en su ofrecimiento probatorio, circunscribió su actividad exclusivamente a estas últimas (patitas de pollo denominadas Mc Nuggets; ver fs. 87). Con referencia, por último, a la constancia de fs. 1023, carece de relevancia pues contiene la información de la necesidad de realizar inspecciones en todos los locales Mc Donald's, en virtud de haberse detectado la presencia de la bacteria *Escherichia coli* en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires en productos comercializados por dicha firma. Lo único que no es desdeñable de este informe es la constancia de que los productos habrían sido retirados del mercado por la empresa elaboradora en todo el país.

Coincido con el a quo en que ello pudo obedecer a una decisión empresarial. De hecho fue una decisión. Si así lo fue la misma decididamente violenta el principio de la carga dinámica de la prueba establecido por la ley de defensa del consumidor y el deber de conducirse de acuerdo con el principio de la buena fe (art. 1198, Código Civil), vale decir, lealmente.

Al respecto, es dable recordar aquí el art. 53 de la ley 24.240 que establece: "... Los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio...".

Esta exigencia no se limita al restringido campo de los procesos administrativos relativos a cuestiones de consumo sino que trasciende al plano del proceso judicial, por lo que los magistrados deben receptor y controlar la aplicación de tal principio. Ello se encuentra en línea con la modificación introducida por la ley 26.361 al art. 53 de la ley 24.240, que refleja en el proceso judicial el deber de información del proveedor. De ello se colige que todo procedimiento en el que se encuentre en juego una relación de consumo importa la vigencia en materia probatoria de las "cargas dinámicas", principio que es llevado en estos casos a su máxima expresión (conf. Junyent Bas, Francisco y Del Cerro, Candelaria, art. cit.; Berstein, Horacio, "El derecho-deber de información y la carga de la prueba en las infracciones a la ley de defensa del consumidor"; LL 2004-B, 100).

Siendo de aplicación la teoría de la carga dinámica de la prueba (art. 53, ley 24.240), es notorio que la empresa demandada, atento a su profesionalidad (arts. 902 y 909, Cód. Civil), es quien está en mejores condiciones para acreditar ciertos extremos. Debía al menos poner a disposición el material para posibilitar la actividad probatoria. Claramente la decisión empresarial de retirar del establecimiento el producto sobre el cual debería haberse realizado una prueba ineludible para probar uno de los extremos de la causa resulta contraria a lo establecido en la letra del art. 53 de la ley (art. 289, C.P.C.C.)

El concepto "carga dinámica de la prueba" o "prueba compartida" consiste en hacer recaer en ambas partes la obligación de aportar elementos de juicio al juzgador, privilegiando la verdad objetiva sobre la formal para brindar la efectiva concreción de la justicia. Se trata de un concepto particularmente útil cuando los extremos son de muy difícil

comprobación. Nada de esto puede interpretarse como la imposición de realizar una prueba a la demandada contra sus intereses. Nadie puede exigirle ello. Solo significa que como empresa que debe respetar la ley de defensa del consumidor -como toda otra ley-, debió con criterio prudente, facilitar que se efectuara la prueba requerida por la actora. Facilitar, simplemente con el resguardo del producto del tipo y origen que hipotéticamente pudiera haber causado el daño.

En nada altera esta violación a la ley el hecho de que otro producto de pollo, -no las patitas en cuestión- haya sido controlado en fábrica en diferentes fechas -tal como la sentencia del a quo resalta-, ni que se hayan efectuado controles sobre carne vacuna (jamás se alegó que hubieran consumido los menores carne de ese tipo), por tanto la prueba negativa sobre la existencia de la bacteria en esos productos poco interesa en el caso.

Lo cierto es que por imperio de la ley especial 24.240, el demandado que debió colaborar con la sustanciación de una prueba que resultaba vital para la obtención de la verdad del caso; esto es, mantener resguardado el producto y no, "haber retirado del establecimiento" el mismo, no lo hizo. Con su conducta ("decisión empresarial" en los términos del a quo) impidió definitivamente la realización de prueba trascendental para el caso.

Este dato esencial para la resolución de la causa fue desoído por la Cámara, lo que provoca el quebrantamiento del art. 53 de la ley 24.240 y con ello la descalificación de su conclusión (art. 279, C.P.C.C.).

Se trastoca de ese modo el plexo probatorio que el a quo debió tener en cuenta, ya que se ha impedido la realización de una prueba que hubiese sido determinante. Quien impidió con su actitud tal prueba, como lo indiqué, fue el demandado. Ello, en el contexto normativo de la ley del consumidor, genera una fuerte presunción desfavorable a sus intereses.

B) Despejada la cuestión relativa al incumplimiento de la carga probatoria por parte de la demandada, es necesario evaluar las conclusiones a las que arribara la alzada en torno a que los accionantes no acreditaron el sustento fáctico de su pretensión, esto es la existencia de la bacteria contaminante en el producto vendido por la demandada y consumida por los menores, que hubiera lesionado a estos últimos.

La inobservancia del art. 53 de la ley 24.240, mediante la decisión empresarial de retirar el producto del tipo que consumieran los menores en la sucursal de la demandada, impidió precisamente que se desplegara cualquier tipo de actividad probatoria sobre dicho producto, ergo luego no resulta factible achacarle a la demandada inactividad probatoria a este respecto y menos aún que no lograra probar la existencia de *Escherichia Coli* en el producto.

Tal imposibilidad de prueba no se limita exclusivamente a la mera existencia de determinada bacteria en el producto sino que también afecta directamente la posibilidad de probar si la etiología de la patología sufrida por el menor pudo haber sido provocada por el consumo del producto en cuestión.

La ausencia de conclusiones asertivas en la pericia médica, tal como reseña el a quo, no empece a que de haberse producido prueba sobre el producto, ello pudiera haber aportado elementos que pudieran considerarse en la pericia pertinente. Ergo la conducta de la demandada afecta directa e indirectamente el plexo probatorio del caso.

C) La confluencia de todos estos factores, en el marco de los lineamientos jurídicos esbozados al comienzo, autoriza a concluir en el progreso del recurso. Si la protección del consumidor posee rango constitucional, si la responsabilidad es de tipo objetivo, si la eximición del proveedor o vendedor solamente tiene lugar cuando éste demuestra la ajenidad de la causa, si rige en plenitud el concepto de carga dinámica de la prueba y si toda reticencia en tal sentido constituirá pauta esencial que conduce a una presunción en su contra, tenemos en el caso una reprochable conducta omisiva de la demandada que sustrajo el material presuntamente contaminado impidiendo determinar su estado. La sentencia recurrida ha violado y/o erróneamente interpretado el plexo normativo reiteradamente expuesto, a saber: arts. 42 de la Constitución nacional, 38 de la provincial, 1, 3, 5, 40, 53 y 65 de la Ley de Defensa del Consumidor.

Corresponde, en consecuencia, casar dicha sentencia determinando el progreso de la demanda, debiendo volver los autos a la instancia de origen a los fines de la debida cuantificación del daño, con arreglo al principio de la reparación integral. Costas de todas las instancias a las demandadas vencidas (art. 289, C.P.C.C.).

Voto por la afirmativa.

El señor Juez doctor Genoud, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor de Lázzari, votó la cuestión planteada también por la afirmativa.

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Hitters dijo:

I.- Comparto la solución propuesta por el distinguido colega que abre el acuerdo.

1. En autos se encuentra fuera de discusión la adquisición por parte del accionante de un producto elaborado, en el marco de una típica relación de consumo (arts. 42, Constitución nacional; 38 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; 1, 2 y concordantes de la ley 24.240).

La pretensión reposa en la invocación de ciertos daños a la salud (síndrome urémico hemolítico) por intoxicación de los menores (consumidores finales del producto) que la actora imputa causalmente a la ingesta del alimento con el cual se habrían contaminado.

2. Pues bien, a simple vista emerge la complejidad del caso, desde el vértice de la necesaria acreditación del nexo de causalidad adecuada, como uno de los requisitos indispensables para que nazca el deber de indemnizar.

Sabido es que para establecer la causa de un daño es necesario formular un juicio de probabilidad, determinando que aquél se halla en conexión causal con el acto u omisión al

que se imputa su generación, de modo que el efecto dañoso sea el que debe resultar normalmente, según el orden natural y ordinario de las cosas, de dicha acción u omisión (art. 901 del Cód. Civil). Esta tarea remite, ineludiblemente, a la apreciación del material probatorio, y consecuentemente el umbral de ingreso a tales cuestiones por parte del Tribunal está dado por el absurdo, vicio que requiere la constatación de un desarreglo en la base del pensamiento, una falla palmaria del raciocinio, es decir, un error extremo (conf. C. 105.398, sent. del 14-IX-2011).

El tribunal a quo, conforme lo ha explicado con detalle el ponente, achacó a la accionante un déficit probatorio a ese respecto, lo que condujo a la decisión desestimatoria que agravia a la recurrente.

No obstante, considero, al igual que mi colega el doctor de Lázzari, que la Cámara ha incurrido en absurdo en tal interpretación de la plataforma fáctica del caso y ha vulnerado el estatuto especial aplicable al sub discussio.

En efecto, y como ya adelanté, el talón de Aquiles de esta controversia transita por dilucidar la existencia de conexión causal entre el daño a la salud de los menores, y la ingesta del producto en cuestión ("nuggets de pollo").

A tal determinación concurren diversas normas específicas de la materia: encorsetado como quedó el caso en el contexto de una relación de consumo, son de aplicación a dicha vinculación las reglas especiales de la ley 24.240 de defensa del consumidor. En particular, reparo en lo normado por su art. 5 en cuanto estatuye una verdadera obligación de seguridad, que ha sido calificada por la doctrina como un deber de resultado o fines. En tal sentido, dispone el aludido texto 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".

Si, como acabo de expresar, este deber del proveedor se enmarca en el catálogo de las obligaciones de resultado, forzoso es concluir que basta al acreedor con demostrar su inejecución para que amanezca el deber de indemnizar del sindicado como responsable. En tal sentido, se ha explicado que "si en la obligación de resultado el deudor afianza el logro del interés final pretendido por el acreedor, bastará a este último demostrar la inobtención del mismo -es decir el mero incumplimiento material o estructural de la obligatio asumida- para que, al igual que en cualquier hipótesis de responsabilidad objetiva, emerja una presunción de adecuación causal contra el deudor" (Agoglia, María M.; Boragina, Juan C.; Meza, Jorge A., "Responsabilidad por incumplimiento contractual", Hammurabi, 1993, p. 232). Con relación al tópico, explica Gabriel Stiglitz que "tanto en la esfera de la teoría del riesgo creado como en el ámbito de las obligaciones de seguridad o garantía, al operar los sistemas consiguientes como verdaderas presunciones de responsabilidad, impiden al agente encontrar la exoneración de responsabilidad, acreditando algún extremo obstativo que sea inherente al propio factor atributivo como presupuesto del deber de resarcir ... únicamente se podrá salvar la responsabilidad civil del sujeto ante la intervención de circunstancias externas, que interfieran en el nexo entre acción y daño" ("Daños y perjuicios", La Rocca, 1987, p. 38).

Ahora bien, no me pasa inadvertido que el esquema de responsabilidad descripto y diseñado a partir del juego armónico de los arts. 5 y 40 de la ley 24.240 (este último, establece la responsabilidad objetiva y solidaria de todos los intervinientes en la "cadena de comercialización") requiere para su puesta en marcha de un mínimo de acreditación sin el cual la imputación causal, aún atendiendo a razones de justicia, podría tornar en arbitraria.

En este aspecto encuentro útiles las reflexiones de Alterini, cuando puntualizó que "la primera investigación en tema de causalidad debe estar enderezada a establecer si un hecho dado, es o no, materialmente, causa del resultado, esto es si tuvo en sí mismo la aptitud para desencadenar la consecuencia final; sólo a posteriori podrá precisarse si es jurídicamente atribuible al sujeto sindicado como deudor de la obligación de reparar. Para esta imputación jurídica -prosigue- es menester retrotraerse al momento de producción del hecho generador (prognosis o pronóstico póstumo), y determinar a partir de entonces cuál o cuáles de las consecuencias que constituyen saldo final eran en ese momento previsibles para cualquier agente". Y concluye que "configurados -claro está- la ilicitud objetiva y el daño, ello basta para imputar el deber de reparar los daños en relación causal jurídicamente relevante, cuando dicho deber no descansa sobre la idea de culpabilidad" ("Responsabilidad civil. Límites a la reparación civil", Abeledo Perrot, 1979, p. 161).

Por mi parte, he sostenido al emitir mi voto en la causa C. 106.086 ("Romero", sent. del 19-XII-2012) que a tenor de lo normado por el art. 901 del Código Civil, para establecer la existencia de la relación de causalidad entre una conducta y el daño cuya reparación se persigue debe comprobarse, en primer lugar, si un hecho dado es materialmente causa del resultado, esto es, si tuvo en sí mismo la aptitud de desencadenar la consecuencia final; a posteriori deberá precisarse si esa consecuencia es jurídicamente atribuible al sujeto sindicado como deudor de la obligación de reparar. Es en este segundo estadio del análisis donde el intérprete enfrenta la necesidad de establecer el juicio de probabilidad de lo acaecido a la luz de "lo que acostumbra suceder según el curso natural y ordinario de las cosas" (conf. art. 901 del Código Civil), patrón de previsibilidad que permitirá deslindar los límites de las consecuencias atribuibles al obrar humano (art. 901 y siguientes del Código Civil) de aquellas otras que caen en la órbita del caso fortuito o la fuerza mayor (art. 514 del Código Civil).

3. Expresado cuanto antecede, y haciendo pie en las especiales coyunturas del caso, tengo para mí que el accionante ha logrado demostrar un conjunto de circunstancias graves, precisas y concordantes que permiten tener por configurado aquel primer estadio de la conexión causal que pone en funcionamiento el dispositivo normado en el art. 40 de la ley 24.240, trasladando la carga de la demostración de las aludidas circunstancias obstativas a los demandados, en tren de desembarazarse de la responsabilidad que se les endilga. Esto es, la ruptura del nexo causal presupuesto por la norma. Así, la cercanía temporal entre la comprobada adquisición del producto en el establecimiento demandado, con los síntomas padecidos por los menores y su posterior internación -también acreditados en la especie-; la comprobación sobre la existencia de muestras positivas en productos contaminados con la bacteria *Escherichia Coli* que, aún cuando detectadas en locales diversos al que concurrieron los menores, fueron suministradas por idéntico proveedor de tales productos alimenticios (en todos los casos, la demandada Mc Key S.A.). Añádase a ello que el retiro del mercado de la totalidad de los productos, ni bien se tuvo noticia acerca de la presunta

contaminación, si bien puede obedecer a una "decisión empresarial" tendiente a la prevención de futuros daños, no fue acompañada de la consiguiente conservación de las muestras, frente a una previsible reclamación del particular afectado.

Son todas ellas circunstancias que me llevan al convencimiento de la existencia de absurdo en la valoración de la prueba (arts. 289 y 163 inc. 5 del C.P.C.C.).

4. De tal suerte, y encontrándose acreditado los presupuestos que hacen nacer el deber de indemnizar en cabeza de los demandados, conforme la normativa específica aplicable al caso (arts. 5 y 40 de la ley 24.240), la decisión recurrida, en cuanto rechazó la demanda por no haber acreditado los extremos señalados, ha incurrido en absurdo valorativo e infringido el plexo normativo antes señalado.

Con ese piso de marcha, he de analizar las defensas opuestas por los accionados, que no han sido postuladas en esta sede atento al resultado victorioso de sus pretensiones. En esa faena, y a partir de la compulsa de la prueba producida en autos tendiente a desembarazarse de la imputación que formula la norma aplicable al caso (art. 40 de la ley 24.240), no advierto que los accionados hayan logrado demostrar la ruptura del nexo causal, o en términos de la propia normativa, "que la causa del daño le ha sido ajena".

Añádase a ello que, como bien señala el sufragio que abre este acuerdo, la conducta adoptada por los demandados no se ha ajustado a los deberes de colaboración (y me refiero tanto procesales, como extraprocesales previos al litigio, tendientes a preservar los elementos que permitan dilucidar los extremos debatidos en la especie) que impone el estatuto aplicable (arts. 53 de la ley 24.240; 1198 del Código Civil).

Y es que la satisfacción del interés contractual o extracontractual del consumidor de bienes y servicios no se agota con el cumplimiento de la prestación principal (en el caso, el suministro de alimentos, en buen estado), existe una post eficacia obligacional que trasciende aquel momento y que exige -en el marco del moderno derecho empresarial- una conducta diligente del proveedor, que finca en una posición más humanitaria del mercado (ver, por todos, Alegría, Héctor, "Humanismo y derecho de los negocios", LL ejemplar del 25-VIII-2004). Sirva como fundamento de tal afirmación, la irrupción en los modelos de organización empresarial del concepto de Responsabilidad Social Empresaria (BSR o CSR por sus siglas en inglés), y que se traduce en la asunción directa y voluntaria por parte de la empresa de las consecuencias del impacto social y medioambiental derivadas de su actividad (motorizado por políticas tales como las denominadas "Estrategias de Lisboa" de la Comunidad Económica Europea -ver Horst Köhler, Aníbal; Cavaco, Silvia; Janez Drnovsek, "Europa: de los retos a las oportunidades", El País, opinión, 21-III-2007).

Sobre la recepción normativa de tales principios, se ha advertido que "En agosto de 2003, la Subcomisión para la promoción y protección de los DDHH aprobó las 'Normas sobre las responsabilidades de las corporaciones transnacionales y otras empresas comerciales con relación a los derechos humanos'. Se reconoce en ese documento que aunque los Estados tienen la responsabilidad primaria de promover, asegurar, respetar los derechos humanos, las corporaciones transnacionales y otras empresas comerciales, como órganos de la sociedad, y dentro de sus respectivas esferas de influencia también son

responsables de promover y asegurar los DDHH de la Declaración Universal de DDHH. Y esto por cuanto las empresas internacionales tienen la capacidad de proveer al bienestar económico (desarrollo, avance tecnológico y riqueza) tanto como la capacidad de causar impactos dañinos en los derechos humanos y las vidas de individuos a través del conjunto de sus prácticas y operaciones comerciales (políticas de empleo, políticas ambientales, relación con proveedores y consumidores, interacción con gobiernos, etc.)" (Aráoz, Liliana M., "Responsabilidad social empresaria", LL Sup. Act., 23-V-2013, 1). Desde otro vértice, la Organización Internacional de Normalización -ISO-, ha aprobado la Norma ISO 26.000, entre cuyas materias fundamentales se encuentra precisamente la consideración, en las actividades y decisiones de la empresa a los asuntos de los consumidores.

Se trata de conceptos propios de las ciencias de la administración que desde hace ya algún tiempo son seriamente adoptados por el Derecho (Morales Saldaña, Hugo I., "Responsabilidad Social de las Empresas", Revista Latinoamericana de Derecho Social, UNAM, México, núm. 1, julio-diciembre de 2005, pp. 149 y ss.; Jasminoy, Héctor, "Responsabilidad social de las empresas ante la pobreza", LNL 2002-17-1108; Meznarit, Francisco, "Riesgos del trabajo y responsabilidad social empresaria", RDLSS 2006-1-14). Desde ya que tales postulados trascienden también al ámbito del asesoramiento profesional del abogado de empresa (Molinelli, Guillermo N., "La ética profesional y el abogado interno de empresa", LL 1990-C-1160; Sanchez Cannavó, Sebastián L., "El estándar de conducta de los administradores societarios: 'el buen hombre de negocios' desde la perspectiva empresarial", "Jurisprudencia Argentina", 2006-III-886).

La empresa, bajo esta nueva concepción, deja de interesarse tan sólo por lo que ocurre puertas adentro de su estructura y asume un programa de actuación no ya orientado únicamente al beneficio de sus propios inversores, sino abarcativo de los intereses de los denominados stakeholders, es decir, todo aquel individuo o grupo que puede afectar o ser afectado por el logro de los objetivos de la empresa, que obviamente incluye en su catálogo al consumidor como sujeto preferente.

Estos deberes empresariales, de cuya vigencia ya se ha encargado de resaltar la doctrina en relación a la materia ambiental (ver Kemelmajer de Carlucci, Aída R., "Estado de la Jurisprudencia nacional en el ámbito del daño ambiental colectivo después de la sanción de la ley 25.675, ley general del ambiente [LGA]". Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. También, Morello, Augusto M., "Recreación de la ética colectiva desde las perspectivas del juez y el abogado", ED 154- 1029), trascienden también al ámbito de las relaciones con los consumidores (Araldi, Liliana; Baigorria, Mariana; Tambussi, Carlos, "La responsabilidad social empresaria y los derechos del consumidor", LL 2014-A, 527), no toleran una posición meramente pasiva en el proceso, e imponen un deber de prevención y colaboración que también alcanza a la dinámica postcontractual y previa a la del litigio.

Se trata, según se ha señalado, de un "aprendizaje dinámico que se refleja no sólo en inversiones en calidad, en el desarrollo de los productos y en la eficiencia de los procesos; sino que comprenda el tratamiento general de las relaciones comprendidas en la actividad empresaria tanto con los empleados, los proveedores, los consumidores, como con la

sociedad y el medio ambiente en conjunto" (Farré Calvo, Verónica P., "La Responsabilidad Social Empresaria en las PyMES", LL 2014-A, 596).

Advierto, pues, y como lo puntualiza el colega que abre el acuerdo, que las demandadas no han adoptado en el caso los recaudos que imponía la gravedad de los hechos de cuyo acaecimiento tomaran temprana noticia. En el caso, la conservación de las muestras que hubieran permitido la averiguación exacta del origen del daño.

II.- En consecuencia, y de acuerdo con lo que sostiene el juez del primer voto, corresponde hacer lugar al recurso extraordinario en tratamiento y revocar la decisión recurrida, disponiéndose el reenvío de la causa a la instancia de origen a fin de que proceda a la cuantificación de los daños, con costas (arts. 68 y 289 del C.P.C.C.).

Voto por la afirmativa.

La señora Jueza doctora Kogan, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Hitters, votó la cuestión planteada también por la afirmativa.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, oído el señor Subprocurador General, se hace lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto, se revoca la sentencia impugnada y, en consecuencia, se remiten las presentes actuaciones a la instancia de origen a fin de que se determine la cuantificación del daño reclamado. Las costas de todas las instancias se imponen a los demandados vencidos (arts. 68, 274 y 289, C.P.C.C.).

Regístrese y notifíquese.

JUAN CARLOS HITTERS

LUIS ESTEBAN GENOUD

HILDA KOGAN

EDUARDO NESTOR DE LAZZARI

CARLOS E. CAMPS

Secretario