



Título: El Celista

Técnica: Lápiz sobre papel

Dimensión: 39 x 29 cm

Año: 2009

## ***LA IMPORTANCIA DE LA APRECIACIÓN JUDICIAL DE LOS HECHOS EN LA IMPOSICIÓN DE UNA CONDENA POR DAÑOS PUNITIVOS\****

---

\* Artículo de Reflexión que presenta los primeros resultados de la investigación desarrollada en el marco de la tesis doctoral denominada “La recepción de los *daños punitivos* en el Derecho Argentino. Su Regulación Jurídica como medio de prevención y sanción de graves inconductas”, en el Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.

Fecha de recepción: abril 9 de 2013

Fecha de aprobación: mayo 21 de 2013

## LA IMPORTANCIA DE LA APRECIACIÓN JUDICIAL DE LOS HECHOS EN LA IMPOSICIÓN DE UNA CONDENA POR DAÑOS PUNITIVOS

*María Agustina Otaola\*\**

### RESUMEN

En el presente artículo se aborda la importancia de la apreciación judicial de los hechos como elemento determinante en la atribución de responsabilidad por daños punitivos. Mediante el análisis de una sentencia de la provincia de Córdoba, Argentina se pone en evidencia un aspecto muchas veces postergado en el estudio de los desacuerdos en la doctrina y jurisprudencia argentina con respecto a la procedencia o no de los daños punitivos como medio de prevención y sanción de graves inconductas.

**Palabras clave:** Derecho de daños - hechos- daños punitivos- jurisprudencia

### THE RELEVANCE OF JUDICIAL FACTS EVALUATION IN ASSIGNMENT LIABILITY FOR PUNITIVE DAMAGES

### ABSTRACT

This article addresses the relevance of judicial appreciation of the facts as a determining factor for liability attribution of punitive damages. By analyzing a sentence from the province of Córdoba, Argentina, is evidenced an aspect often delayed in the studies of disagreements in Argentina's doctrine and jurisprudence regarding the admissibility of punitive damages as a mean of prevention and punishment of serious misconduct

**Key words:** Law of torts – Facts - punitive damages- jurisprudence

---

\*\* Autora, Abogada, becaria de posgrado en el Concejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas de Argentina (CONICET), doctoranda en Derecho y Ciencias Sociales en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC), maestranda en Derecho y Argumentación jurídica (UNC), adscripta de Derecho Privado II y Derecho Privado VII (UNC)>. Correo de contacto: agus\_otaloa@hotmail.com

# A IMPORTANCIA DE LA APRECIACIÓN JUDICIAL DE LOS HECHOS EN LA IMPOSICIÓN DE UNA CONDENA POR DAÑOS PUNITIVOS

## 1. INTRODUCCIÓN

*Es evidente que existe la verdad. Porque el que niega que existe la verdad,  
conoce que la verdad existe. Si, pues, no existe la verdad, es verdad  
que la verdad no existe*

(Santo Tomás de Aquino, 1224-1274)

Cuando hablamos del conocimiento de los hechos en el derecho, y más precisamente en el marco de un proceso judicial, es necesario poner de relieve las particularidades que se presentan en la averiguación de los mismos.

Se trata generalmente del conocimiento de hechos pasados y, por lo tanto, no susceptibles de observación directa; y se trata también de un conocimiento de carácter ideográfico, institucionalizado y “limitado”, ya que la investigación de lo que realmente aconteció debe resguardar garantías esenciales para el derecho que condicionarán en gran medida la búsqueda de la verdad, como bien señala Gascón Abellán (2004).

Sin embargo, aún dentro del proceso judicial, es preciso señalar distinciones fundamentales. En efecto, cuando se trata del proceso penal, se habla de la búsqueda de la verdad real, por contraposición a la verdad formal que caracteriza el proceso civil.

En el presente trabajo me referiré a éste último, donde el concepto de verdad como correspondencia con la realidad cede muchas veces ante el concepto de verdad formal, o bien como *consenso*. No obstante, muchas veces será menester incluso en el proceso civil indagar sobre lo que realmente aconteció a fin de aplicar ciertas figuras que requieren de prueba suficiente para lograr sus objetivos. Y esto se debe a que el proceso de daños y perjuicios tiene como norte la reparación de los daños causados, pero ésta no es la única ni la principal función del mismo.

Si bien originalmente se consideró al resarcimiento como la función principal del derecho de daños, fueron aceptándose paulatinamente otras dos funciones: la pre-

vención de los daños y la punición. Esta última es la función más controvertida en la doctrina argentina, ya que algunos autores la consideraron históricamente propia de derecho penal y extraña al derecho privado (López Herrera, 2008, pág. 100).

La punición se identifica plenamente en la hora actual en el derecho Argentino con los *daños punitivos*, es decir, la imposición al sindicado responsable de un “plus”, una multa que excede el daño efectivamente causado y que tiene por objeto castigar al sujeto por graves inconductas y prevenir la reiteración en el futuro. Dado el origen foráneo del instituto de los daños punitivos y su estado de impreciso ámbito de determinación y aplicación dentro el derecho argentino, su aplicación a casos individuales se desarrolla en un ámbito de absoluta incertidumbre. Por ello, no resulta posible formular predicciones a su respecto o de otro modo, si corresponde o no la aplicación de este tipo de multa civil.

Se podría decir que uno de los mayores problemas para la vigencia de esta novedosa propuesta reside en la ausencia de una “práctica generalizada” y como consecuencia de ello, la carencia de acuerdo al respecto.

Si bien la norma que acoge, dentro del derecho privado argentino, los denominados daños punitivos parece ser clara en cuanto al presupuesto fáctico que es su condición de aplicación; la doctrina mayoritaria concluye que la finalidad punitiva o sancionatoria establecida en este nuevo instituto exige la efectiva presencia de una conducta dolosa o gravemente culposa.

En este trabajo, me abocaré al análisis de los hechos en los llamados daños punitivos. Esto, en virtud de que al hablar de función punitiva, será menester indagar acabadamente los hechos acaecidos a fin de conocer si el agente actuó con un especial ánimo dañador. En el proceso civil de daños es muy frecuente que se atribuya responsabilidad en virtud de factores objetivos de atribución con total abstracción de la idea de culpa. Por el contrario, tratándose de la función punitiva, lo que se persigue es castigar al sindicado responsable por su actuar doloso, lucrativo o con grave menosprecio hacia los derecho ajenos.

Esta breve introducción tiene como objetivo destacar una cuestión fundamental: las complejidades que se suscitan al definir los hechos en el proceso de daños y perjuicios, y las consecuencias que esto genera para la aplicación de una figura que a la fecha se encuentra controvertida en nuestra praxis judicial, debido a su novedad, a su origen foráneo y fundamentalmente a su deficiente redacción que no prevé un claro supuesto de aplicación.

## 2. BREVE PANORAMA DE LOS DAÑOS PUNITIVOS EN LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA

*La verdad es hija del tiempo, no de la autoridad*  
(Sir Francis Bacon, 1561-1626)

Los daños punitivos son una creación jurisprudencial que surge en el derecho anglosajón<sup>1</sup>, donde se aplicó a los más variados supuestos de hecho; motivo por el cual esta figura ha despertado la perplejidad de muchos civilistas argentinos generando las más variadas opiniones respecto de la conveniencia o no de su incorporación en nuestro derecho positivo. Luego de arduas discusiones, en el año 2008 se incorporaron los daños punitivos a la Ley de Defensa del Consumidor en el artículo 52 bis<sup>2</sup> para sancionar al proveedor por incumplimiento de sus obligaciones legales o contractuales.

El tenor literal de la norma establece que ante el incumplimiento del proveedor de sus obligaciones legales o contractuales, el juez podrá ordenar el pago de daños punitivos a instancia del consumidor y a su favor. La palabra *podrá* se interpreta en la doctrina mayoritaria como una facultad del juez que se encuentra sujeta a la comprobación, dentro del caso individual, de un especial ánimo doloso o gravemente culposo o bien, de la existencia de un ánimo lucrativo que justifique la imposición de esta sanción.

No obstante el aparente acuerdo en la doctrina y jurisprudencia Argentina respecto de la exigencia de una conducta subjetiva agravada, el relevamiento del material jurisprudencial existente desde el año 2008 revela importantes desacuerdos al momento de decidir la aplicación de los daños punitivos.

En primera instancia, la sentencia dictada para los autos: “R., S. A. c. Compañía Financiera Argentina S.A.”, rechazó el rubro daño punitivo e invocó para ello, su carácter excepcional así como la inexistencia de elementos probatorios de mala fe o intención de dañar por parte de la demandada. Sin embargo, la Cámara que intervino en alzada concedió la suma de pesos quince mil (\$15.000), en concepto

---

1 Nacen en Inglaterra y su mayor campo de aplicación lo encontramos en los Estados Unidos.

2 Art. 52 bis. Daño punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable de incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inc. b) de esta ley

de daños punitivos y fundamentó esa decisión en la corroboración de que efectivamente existían datos inequívocos, extraídos de la causa, que acreditaban un proceder abusivo de la demandada y una notoria falta de atención a numerosas gestiones realizadas por el consumidor.

Asimismo, por tener en cuenta la manifiesta negligencia e inoperatividad de la reprochada para aplicar esa multa civil.<sup>3</sup>, se juzgó cumplido el elemento subjetivo que también requiere la norma del 52 bis L.D.C. y la doctrina establecida a su respecto.

A su vez, un reciente fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba, dejó sin efecto la condena por daños punitivos dispuesta en primera instancia y brindó como fundamento de ello, que en la causa no se advertía que la suspensión de un recital obedeciera a un accionar doloso, tendiente a obtener un mayor rédito económico.<sup>4</sup>

En el fallo “Cañadas Pérez, María Dolores c/ Bank Boston Na s/daños y perjuicios” de fecha 28/10/2008<sup>5</sup>, la actora manifestó que a mediados de enero de 2006 concurrió a la sucursal de Movistar a los fines de comprar un celular y se le informó de la imposibilidad de realizar dicha operación, en razón de figurar como deudora por cheques rechazados por falta de fondos. La demandante afirmó que nunca fue titular de ninguna chequera y no libró cheque a persona alguna, por lo tanto demandó daños y perjuicios derivados de dicha información falsa y solicitó al la rectificación de la información falsa y errónea que dicha entidad emitiera respecto a su persona, tanto al Banco Central de la República Argentina como así también a la Organización Veraz SA.

El magistrado de grado estimó procedente el rubro daños punitivos con fundamento en la orfandad probatoria en que incurrió el Banco demandado –a la luz del nuevo texto del art. 53 de la ley 24.240-, quien encontrándose en mejores condiciones de probar que no hubo error administrativo de su parte, que su actuar fue diligente, se mantuvo en una postura relictas, desoyendo los reclamos del consumidor. Como consecuencia de los argumentos vertidos, estimó procedente el rubro daños punitivos por un monto equivalente al importe por el que prosperó la demanda (\$6.000) con más sus intereses al momento de practicarse la liquidación. Lo llamativo del caso, es que en la demanda, el rubro daños punitivos no fue reclamado por la parte actora.

---

3 R., S. A. c. Compañía Financiera Argentina S.A.” (CNCOM – SALA F - 10/05/2012) elDial AA769F

4 “Bastianelli, María Constanza C/ Ticketek Argentina S.A. y Otro – Ordinarios – Otros – Recurso de Apelación” – Cámara Sexta de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba – Expte. N° 01762642/36, 21/02/2013

5 “Cañadas Pérez, María Dolores c/Bank Boston Na s/daños y perjuicios” - Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 39 - 28/10/2008. Fuente: elDial AA59F6

La entidad bancaria demandada apeló el pronunciamiento de grado cuestionando puntualmente la procedencia de la multa civil aplicada, pues el juzgador castigó con una sanción prevista en una ley del año 2008, un obrar supuestamente dañoso, acaecido en el año 2006.

Los miembros de la Cámara estimaron procedente el agravio de la entidad demandada en lo atinente al reclamo del rubro daños punitivos y afirmaron que la sanción se impuso como consecuencia de una conducta llevada a cabo con anterioridad a la referida ley (26.361), y afirmaron que “la figura del daño punitivo es de carácter excepcional y no rutinario, y debe ser empleada con sumo cuidado, pues se trata de un instituto importado del derecho anglosajón, extraño a nuestro sistema jurídico que prácticamente no concibe la existencia de las llamadas *penas privadas*. Por ello, su aplicación “ejemplar” a conductas disvaliosas no puede ser efectuada en forma retroactiva”.<sup>6</sup>

En el fallo “R., F. E. c/ Bayer S. A. y Otros s/ Daños y Perjuicios” de la Cámara Nacional Civil Sala A, de fecha 22 de Agosto de 2012, se negó la procedencia del rubro daños punitivos por las causas que mencionaré a continuación.

El actor demandó al Laboratorio en virtud de que con fecha 16/10/1998 se le prescribió el medicamento Lipobay que le causó los siguientes síntomas: mialgias, debilidad muscular y visión borrosa en el ojo izquierdo, razón por la cual se le recomendó que suspendiera la toma del medicamento.

Con fecha 8/8/2001 Bayer S.A. dispuso voluntariamente el retiro del mercado del producto Lipobay “en todas sus concentraciones” como consecuencia de la evaluación de datos de farmacovigilancia que indicaron un creciente riesgo de rabdomiólisis, derivado del uso concomitante de cerivastatina y gemfibrozil. A pesar de que constaba en el prospecto dicha asociación como una contraindicación, se siguieron recibiendo reportes espontáneos de miopatía y rabdomiólisis. Sumado a ello, la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (A.N.M.A.T.) agregó como causa del retiro del medicamento: “por comunicaciones internacionales de efectos adversos graves por cerivastatina en general, asociada al gemfibrozil y/o por la administración de dosis elevadas de la primera”. La demandada aseguró que la suspensión del medicamento fue ordenada por Bayer para todos los países del mundo en donde estuviese disponible el gemfibrozil.

El pronunciamiento de primera instancia fue apelado por ambas partes. El actor pidió daños punitivos porque, según sostuvo, Bayer S. A. conocía los riesgos del medicamento Lipobay y guardó silencio.

---

6 “Cañadas Pérez María c/ Bank Boston NA s/ daños y perjuicios” – CNCIV – SALAF – (Expte. n° 99.748/06) Causa libre n° 526.897, 18/11/2009. Fuente: elDial AA59C7

El Señor juez de Cámara Dr. Sebastián Picasso que emitió su voto en primer lugar consideró que debía rechazarse el agravio tendiente a obtener una condena de Bayer S. A. a pagar daños punitivos el pedido de imposición de daños punitivos no fue planteado en la instancia de grado, y es sabido que, so pena de lesión del principio de congruencia, el tribunal de alzada no puede fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del magistrado de primera instancia (art. 277, CPCCN). Más allá de ello, el art. 52 bis de la ley 24.240 no estaba vigente al momento de los hechos, pues fue incorporado a dicho estatuto recién con la sanción de la ley 26.361 (publicada en el Boletín Oficial el 7/4/2008). Ello veda, claramente, su aplicación al caso, en los términos del art. 3 del Código Civil.<sup>77</sup>, pues a tenor del mismo, las situaciones jurídicas ya constituidas o extinguidas se rigen por la ley bajo la cual se constituyeron o extinguieron; de otro modo, habría retroactividad (Rivera, , 2010, p. 243).

Lo llamativo es que en el fallo LNR c/ Laboratorios Phoenix, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, condenó al laboratorio por un hecho muy similar en su premisa fáctica y también de fecha anterior a la sanción de la ley 26.361. La persona que inició la demanda fue tratada con un producto medicinal denominado “Megalex” que recetó un gastroenterólogo y no contenía en su prospecto adjunto, contraindicaciones que le produjeron problemas ginecológicos, hinchazón generalizada, alteración en la visión y mareos. El medicamento se comercializaba con dos prospectos que diferían sustancialmente, uno de los cuales no mencionaba la reacción adversa aludida. La actora ingirió el medicamento con dicho prospecto carente de información veraz y completa que le causó efectos adversos y afirmó que de haberse consignado en el prospecto la contraindicación de “prolactinoma” no lo habría ingerido.

Desde el año 2003, la “ANMAT” había admitido el cambio del indicativo con la advertencia que omitió consignar; no obstante lo cual, aún durante la substanciación del pleito se siguió comercializando el medicamento con dos prospectos, colocando de tal manera en el mercado un producto deficiente y con falta de información veraz y completa.

La demandada indica que con anterioridad a la pretensión solicitó y obtuvo del ente correspondiente, la autorización para comercializar el medicamento con el nuevo pros-

---

7 El Dr. Sebastián Picasso, conocido opositor de los daños punitivos en la doctrina argentina, comenzó su resolución de la siguiente manera: “En otras oportunidades he señalado que el art. 52 bis de la ley 24.240, cuya aplicación pretende la actora ante esta instancia, es inconstitucional (vid. mis trabajos “Sobre los denominados ‘daños punitivos’”, LL, 2007-F-1154; comentario al art. 52 bis de la ley 24.240 en Picasso-Vázquez Ferreyra, Ley de defensa del consumidor comentada y anotada, cit., t. I, p. 593/632, y “La función de la responsabilidad civil y los daños punitivos” -en coautoría con Alberto J. Bueres-, Revista de Derecho de Daños, 2011-2, p. 21/73)”. Por lo que se conoce de antemano su actitud adversa respecto de los daños punitivos.

pecto que sí advertía dicha contraindicación. Por tal motivo, negó su responsabilidad en los hechos, la que en todo caso –sostuvo- debe recaer en el galeno que recetó dicho medicamento, que no fue demandado en la causa.

El juez de primera instancia admitió parcialmente el reclamo actoral, por considerar que la prueba que meritó demuestra la imputabilidad objetiva de los emplazados (el laboratorio y su director médico) en orden a las disposiciones de la Ley de Defensa del Consumidor, por incumplimiento de la obligación de informar. No se hizo lugar al reclamo por daños punitivos. A ninguna de las partes satisfizo el pronunciamiento, motivo por el cual apelaron el fallo de primera instancia. Ante el recurso de apelación interpuesto, la Sala G de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo civil entendió que el mismo caso, constituía un supuesto subsumible en N1 y por ello, condenaron a los co-demandados a abonar la suma de pesos cien mil (\$100.000), en concepto de daños punitivos.

## 2.1 EL PARADIGMÁTICO FALLO TEIJEIRO C/ CERVECERÍA Y MALTERÍA QUILMES

*No basta decir solamente la verdad, mas conviene  
mostrar la causa de la falsedad  
(Aristóteles, 384 AC- 322 AC)*

Decidí analizar este fallo, por la perplejidad que me causó conocer sentencias tan contradictorias respecto de un mismo hecho.

Este caso radicado en la ciudad de Córdoba, fue muy conocido y en torno a él se formaron las opiniones más diversas respecto de la justicia en la aplicación de esta nueva figura punitiva. Al leer las sentencias, identifiqué dos razones principales de tan divergente resultado: por un lado la apreciación de los hechos y la valoración de la prueba que se realizó en ambas instancias, y por otro lado, la novedad de la figura junto a la deficiente redacción de la norma al no prever un claro supuesto de hecho que conlleve a la aplicación de los daños punitivos, y la contradicción que esto significó con posturas mayoritarias que propician una aplicación excepcional de la figura ante supuestos graves y caracterizados por una conducta dolosa o gravemente culposa.

Con respecto a la primera cuestión, es decir, la apreciación de los hechos y la valoración de la prueba, en este supuesto particular del derecho civil, creo que es menester apartarse de la llamada “verdad formal” y propiciar un análisis cognoscitivista, en el sentido que nos permita lograr una aproximación a lo que realmente aconteció, dada

la naturaleza sancionatoria de los daños punitivos. Por lo tanto, se torna imperativo manejarnos con los parámetros probatorios que rigen en materia penal, en tanto se persigue una verdad como correspondencia con la realidad. También es fundamental en este punto, hacer hincapié en la dificultad que se presenta al intentar probar estados anímicos o hechos internos.

Las realidades con las que se configura el supuesto de hecho legal pueden ser de tres tipos: hechos externos, hechos internos o psicológicos y conceptos que han de ser llenados de contenido por el juez. Los hechos psicológicos o internos denotan los motivos, intenciones o finalidad de una conducta o el conocimiento del hecho por parte de alguien.

La existencia de hechos psicológicos plantea una duda: la de si puede mantenerse el carácter meramente descriptivo de los mismos. En otras palabras, ¿pueden considerarse hechos o deben considerarse meros juicios de valor?.

Con razón ha dicho Gascón Abellán *“que los hechos psicológicos sean internos o no observables no significa que no sean auténticos hechos, y, por tanto, comprobables mediante juicios descriptivos”* (2004, pp.76-78). Estos juicios descriptivos se referirán –las más de las veces- a conductas externas y por lo tanto observables, que permitan inferir con cierta probabilidad tales estados internos.

Finalmente, demostrar que el conocimiento de los hechos no es una cuestión incontrovertible como muchos creen y aún los hechos que se suponen “evidentes” necesitan ser justificados.

Con respecto a la segunda cuestión, la deficiente redacción de la norma al no prever un claro supuesto de hecho, me adelanto a manifestar mi adhesión al paradigma cognoscitivista en cuanto plantea una exigencia para el derecho sustantivo: evitar, en la medida posible, la presencia de juicios de valor en el supuesto de hecho de las normas, procurando que las notas que lo configuren tengan un referente empírico claro. Interpreto esta directriz, no como una interdicción al legislador de incorporar juicios de valor en las normas, sino como una exigencia de incorporar referentes empíricos claros, a fin de eliminar la discreción judicial en la mayor medida posible.

Finalmente, no es cuestión menor, reparar en que los daños punitivos fueron incorporados a la ley consumeril, donde existe un fuerte garantismo hacia los derechos del consumidor; se evoca constantemente el principio “in dubio pro consumidor”, producto de una historia signada por los abusos de la parte más poderosa de estas relaciones, que siempre es el proveedor.

La historia ha dado cuenta de reiterados abusos hacia el consumidor y de actitudes lucrativas en detrimento de los mismos; a veces con micro lesiones, otras veces

con daños grotescos, pero siempre con la misma moraleja: abuso del derecho de ejercer libremente el comercio.

Todo esto ha culminado en una legislación fuertemente proteccionista, a punto tal que puede inclinar la balanza peligrosamente hacia el lado contrario: abusos por parte de los consumidores que se patentizan en exorbitantes reclamos a la justicia y que a largo plazo pueden significar incluso la quiebra de pequeñas y medianas empresas.

Todo ello nos conduce a puntualizar en la necesidad de agudizar los parámetros para la fijación de los hechos objeto del proceso donde se reclaman daños sufridos por consumidores, ya que en el fondo de las decisiones judiciales creo que no hay más que un conocido problema: la ineludible proyección de las subjetividades del juez, que se encuentra condicionado por sus sentimientos, sus ideologías, sus valores éticos-políticos, etc. La cotidianidad en la práctica tribunalicia muestra frecuentes opiniones del tipo: “ojalá que la causa caiga en el juzgado de tal juez que es pro consumidor” y del lado contrario “el juez tal es pro empresarios”, etc. Esto parece ser un reflejo de la *contaminación teórica del conocimiento de los hechos* que sirven de base a las decisiones judiciales.

La conclusión –a mi entender– no puede ser otra: no se puede aplicar a rajatabla el principio in dubio pro consumidor, obviando de tal modo una apreciación rigurosa de la prueba rendida en el proceso. El juez debe exigir que se prueben acabadamente los hechos. Este principio debe interpretarse dentro de lo razonable: ante la duda, se interpreta a favor del consumidor, esto es, debe haber una fijación de los hechos que arroje como resultado cierta razonabilidad que lleve a la convicción del juez a inclinar la balanza a favor del mismo.

Este principio debe funcionar como una garantía epistemológica en el sentido de que si no se prueban los hechos más allá de la duda razonable, la decisión deberá inclinar la balanza a favor del consumidor. No significa de ninguna manera liviandad en las exigencias probatorias.

### 2.1.1 Los hechos que motivaron la demanda

*Hay que haber renunciado al sentido común para no estar de acuerdo en que nada sabemos en el mundo, si no es por la experiencia*  
(Voltaire, 1978).

Conforme los dichos de la parte actora, el 24 de octubre de 2008, al comprar una botella de la marca “Pepsi” en un kiosco de la ciudad de Córdoba – botella de vidrio de 1,25 litros, retornable – advierte que en su interior flotaba un cuerpo extraño. Al

dejar la botella en reposo, el cuerpo comenzó a subir, haciéndose plenamente visible al llegar a la superficie, observando que se trataba de un sobre color plateado de la marca de preservativos Prime, que en su anverso reza “Prime” y luego tiene un logo que expresa “aloe vera”, “gel íntimo”, con sus bordes oxidados, probablemente por la acción corrosiva de los componentes de la gaseosa.

La parte actora reclama la reparación en especie (entrega de un producto equivalente o la suma necesaria para adquirirlo en el mercado) como asimismo la reparación del daño moral sufrido. Finalmente reclama la imposición de daños punitivos por la suma de pesos dos millones (\$ 2.000.000), teniendo en cuenta la gravedad del incumplimiento.

### 2.1.2 Las pruebas que formaron la convicción del juez en primera instancia para la aplicación de los daños punitivos

*Ni la contradicción es indicio de falsedad, ni la falta de contradicción es indicio de verdad.*

(Blaise Pascal, 1623-1662)

No obstante la consideración de diversas pruebas que se detallarán, parece ser que la fundamental –en el sentido que fundó la convicción del juez- es la botella de la marca pepsi cerrada y no manipulada que se depositó en el juzgado, que contiene en su interior un sobre de gel íntimo, con uno de sus bordes cortados.

El a- quo consideró que este hecho per se, implica una abierta violación al art. 5 de la ley de defensa del consumidor que consagra, en forma expresa, una obligación de seguridad de resultado a cargo del proveedor, cuyo incumplimiento lo hará incurrir en responsabilidad objetiva. De ahí que sólo puede liberarse probando un hecho de la víctima, de un tercero por el que no debe responder o un caso fortuito genérico” (Bueres, Picasso, 2009, pág. 40).

Como se señaló antes, la ley 24.240 presupone una situación de desequilibrio genético en la relación de consumo, y, en tal mérito, la necesidad de contemplar esta situación al momento de la interpretación de los casos concretos: *se presupone irrefragablemente la situación de debilidad en que se halla el consumidor... De allí que se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor* (Stiglitz R., Stiglitz P., 1994, pág. 117).

En cuanto a la conducta que la ley describe como violatoria de obligaciones legales o contractuales, debe ser, para dar lugar a la procedencia de los daños punitivos, dolosa o realizada con culpa grave. El actor sostiene que nos encontramos frente

a un grave incumplimiento al haber actuado con marcado menosprecio al derecho de consumidor, poniendo en riesgo su salud, calificando su conducta como muy reprochable por tratarse de una empresa de prestigio en el mercado. La empresa rechaza la pretensión, negando haber incurrido en defecto alguno en los controles de calidad y haber puesto en riesgo la salud del actor, resaltando que el contenido de la botella no fue ingerido. Ofrece la declaración de personas que trabajan en la empresa, que describieron el proceso de limpieza de botellas.

De todas las declaraciones surge que los procesos de higiene son óptimos y de extrema calidad, que cada botella pasa por un equipo electrónico llamado EBI, que revisa que no haya nada dentro de la botella. Afirman que “desde el punto de vista técnico, es materialmente imposible” que existan objetos en el interior de las botellas.

Los testimonios han sido cuestionados por la actora, por su dependencia de la demandada y por ser justamente quienes intervienen en el proceso a que se hiciera referencia. El juez de grado entendió que sus dichos deben ser valorados, con las reservas del caso, por ser estas personas las más indicadas para describir el proceso de elaboración y limpieza del producto. Y enfatizó que se trata de dependientes de la empresa demandada, que sin lugar a dudas, los condiciona en sus declaraciones, y asimismo son parte en los procesos que describen, lo cual, si bien no los descalifica, torna sus declaraciones relativas o teñidas de parcialidad, por lo tanto consideró que no puede tomar estas declaraciones como terminantes.

Se ha diligenciado asimismo prueba pericial, habiendo presentado el perito técnico oficial un informe describiendo el proceso de elaboración y envasado de las gaseosas. Del mismo surge que al advertirse algún cuerpo extraño en el interior de la botella, la misma es automáticamente rechazada. Sostiene que pudo comprobar en CMQ alta tecnología de primer nivel mundial, y asegura que “es prácticamente imposible” que se envasen botellas con elementos extraños a la gaseosa. Se advierte que no se ha presentado pericia en disidencia, razón por la cual y ante la falta de impugnación ni prueba que la contradiga, deben ser debidamente valoradas las conclusiones expuestas.

Del análisis integral de la prueba producida, se llega a la conclusión de que si bien la empresa demandada cumpliría con todas las reglas de control de calidad, no puede soslayarse que, frente a prueba que aparece como concluyente, se presenta otra, que resulta incontrovertible, y es el producto defectuoso incorporado al mercado consumidor, consistente en la botella reservada en el tribunal. Al respecto es de destacar la conducta procesal asumida por la demandada, quien se limita a negar el hecho.

En base a esta consideración, el juez de primera instancia concluye en que ha existido una falla que implica una negligencia que calificó de grave.

Finalmente, el juez destacó que conforme el principio de la carga dinámica de la prueba, la demandada se encontraba en mejores condiciones de probar su conducta diligente, y se ha empeñado en probar la seguridad del producto, sin dar una explicación satisfactoria de la causa de la puesta en el mercado de un producto defectuoso.

La falta de limpieza adecuada implica una conducta absolutamente negligente; si bien, no puede hablarse de malicia, ni fraude, consideró que ha existido una negligencia culpable que califica como “grosera”; por lo tanto juzgó justificada la pretensión de imposición de daños punitivos.

Considero que aquí un punto clave es la bipartición entre obligaciones de medios y de resultados, en virtud de la cual en el primer caso se presume la culpa del demandado y en el segundo, el actor deberá probar la culpa de aquél. Ésta no es cuestión menor, ya que en esta instancia se decide con fundamento en la llamada obligación de seguridad que es de resultado y –por lo tanto- la sola existencia de la botella con el objeto en su interior conlleva a la presunción de culpa que, en este caso, el juez califica de “grave”.

Sin embargo, es menester tener en cuenta que las presunciones pueden llevarnos a diferentes resultados: algunas veces favorecerán el esclarecimiento de los hechos (funcionan como garantía institucional epistemológica); otras veces implicarán afirmar hechos que no se corresponden con la realidad, entorpeciendo la averiguación de la verdad (contra- epistemológicas) (Gascón Abellán, 2004, págs. 122- 126).

Creo que en este supuesto, la sola existencia de la botella con el elemento extraño reservada en el tribunal, funciona como una garantía contra- epistemológica que dificulta la averiguación de la verdadera animosidad de la demandada.

El razonamiento parece ser el siguiente “*dado h, entonces p*” (donde h es el incumplimiento de la obligación de resultado –la evidencia de la botella con un cuerpo extraño- y p es la consecuencia normativa- deben aplicarse los daños punitivos-). La condición p se considera suficiente y necesaria para la aplicación de los daños punitivos, mientras que la prueba de h1 (el cumplimiento de las medidas de seguridad e higiene) es irrelevante.

### 2.1.3 La valoración de los hechos en la Cámara

*Y es que en este mundo traidor, no hay verdad ni mentira: todo es según el cristal con que se mira  
(De Campoamor, 1817-1901).*

Tras haberse condenado a la demandada a abonar la suma de \$2.000.000 en concepto de daños punitivos, la misma apeló el fallo por considerar improcedente tal rubro.

Llama la atención que la cámara hizo una valoración de la prueba diametralmente distinta a la realizada por el a quo. En esta instancia, lo que se consideró determinante fue la pericia que demostró la calidad e higiene en los controles realizados por la empresa y a los fines de valorar subjetivamente la conducta de la demandada, consideró irrelevante la existencia de la botella con el cuerpo extraño

Resaltó que en virtud del carácter esencialmente sancionatorio de los daños punitivos, los mismos no podrían jamás ser aplicados en base a factores objetivos de atribución sin violar los principios constitucionales de inocencia, del debido proceso y de la defensa en juicio (art. 18 C.N.). Desde esta perspectiva, el solo hecho objetivo comprobado de la botella de Pepsi con un vicio que la hace impropia para su destino y que la demandada no ha acreditado culpa ajena como eximente, no bastan para que se torne aplicable la multa civil peticionada, ya que lo dirimente aquí fue que la demandada ha demostrado que en el proceso de producción y embotellamiento de la gaseosa, adopta las medidas de precaución para preservar la higiene y calidad del producto que se requieren conforme a parámetros internacionales. Ello se desprende del informe pericial, de los certificados de aprobación del sistema de gestión de calidad y de las testimoniales rendidas que, pese a provenir de personal dependiente de la demandada se tienen en consideración.

Es claro que si apareció el envoltorio de gel íntimo en el interior de la botella es porque alguna falla hubo, pero la prueba rendida demuestra que no estamos frente a lo que se denomina “daño lucrativo”, es decir, omisión deliberada de cuidados o precauciones exigibles, con el propósito de abaratar costos o incrementar la ganancia.

Llegó a esa conclusión porque no surge del informe pericial, ni de ningún otro elemento de prueba y, más aún, ni siquiera ha sido invocado por el actor qué medida de precaución o control concreta considera que se omite.

El razonamiento parece ser “*dado h1, entonces no p*”. Aquí la prueba de h1 (el cumplimiento de las medidas de seguridad e higiene) es razón suficiente y necesaria para la no aplicación de daños punitivos, mientras que la prueba de h es irrelevante.

### 3. REFLEXIÓN FINAL

Creo que el quid de la cuestión se encuentra en el diferente valor que se da a las distintas pruebas, y no en el conocimiento de las mismas. Tanto el juez de primera instancia como los miembros que integran la Cámara conocen directamente dos pruebas fundamentales: la botella de gaseosa no abierta ni manipulada con el objeto en su interior y la pericia que da cuenta de la calidad de los sistemas de higiene y control.

No se trata de un escepticismo ante las realidades objetivas<sup>8</sup>; la disidencia surge de considerar prueba dirimente a la primera de ellas en primera instancia, negando valor a la segunda; y de considerar como prueba decisiva la pericia que da cuenta de la calidad de los sistemas de higiene en el fallo de la Cámara. Esta sola cuestión llevó a resultados contradictorios: no se disminuyó el monto del rubro daños punitivos, sino que en base a una distinta valoración de la prueba, se consideró que tal rubro no era procedente. Por lo tanto, el problema se da con la prueba como “resultado probatorio”, es decir en la justificación que permite elegir racionalmente entre las diversas aserciones formuladas en el proceso. En ambas instancias la decisión se basa en pruebas directas<sup>9</sup>, pero la justificación es diametralmente opuesta.

La motivación se encuentra presente en las dos sentencias, aunque luce como un proceso posterior a una decisión previamente tomada: por un lado parece justificarse una decisión que en el fondo contiene una ideología pro consumidor y por otro lado se presenta como una postura más cautelosa respecto de la aplicación de la figura punitiva.

El problema que implica esta práctica consiste en la contradicción con respecto a los ideales básicos del Estado de Derecho; la idea básica de la *Rule of Law* requiere que las decisiones de los jueces en todas las controversias que se presentan a su decisión, deben estar determinadas por el derecho existente (previamente a cada decisión), y que los ciudadanos tengan la posibilidad de predecir el contenido de las decisiones en los procesos en los cuales se controvierten sus derechos y obligaciones (Caracciolo, 2012). Con respecto a la aplicación de los daños punitivos, se advierte una cantidad de pronunciamientos antagónicos, motivo por el cual la posibilidad de predecir el contenido de la sentencia se diluye. Esta dificultad atenta contra la seguridad jurídica, ya que las partes no saben a qué atenerse en un proceso donde se reclama esta multa civil.

#### 4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, 2da edición, Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales S.A., Madrid 2004

- 
- 8 Berkeley afirma que las cualidades sensibles son subjetivas, no tienen existencia excepto para el sujeto que las percibe: lo único que podemos afirmar es que tenemos experiencias pero no que existe una realidad objetiva.
  - 9 Aquí me refiero a prueba directa en el sentido canónico: prueba directa es aquella en la que el hecho que se quiere probar surge directamente del medio o fuente de prueba.

- GHERSI, Carlos A., *Los nuevos daños. Soluciones modernas de reparación*, Buenos Aires, Hammurabi, 2000
- GUASTINI, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, traducción por Marina Gascón y Miguel Carbonell, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1999
- LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Los daños Punitivos*, 1a ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008,
- MARMOR, Andrei, *Interpretación y teoría del derecho*, 1 ed., traducción por Marcelo Mendoza Hurtado, Barcelona, Ed. Gedisa, 2001
- SAUX, Edgardo I. y Enrique C. MULLER, *Responsabilidad Civil y Aquiliana*, 1 ed., Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 2005
- STIGLITZ, Rubén y Gabriel STIGLITZ, *Derechos y Defensa del Consumidor*, La Roca Buenos Aires, 1994
- ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde: *Actuaciones por daños. Prevenir. Indemnizar. Sancionar*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2004