

Comisión nº 4:Derecho de Daños: “Función preventiva y sancionatoria de la responsabilidad civil”

LA FUNCIÓN PREVENTIVA DE LOS DAÑOS PUNITIVOS EN LAS RELACIONES DE CONSUMO

Autor: Ezequiel N. Mendieta¹.

Con el aval del Prof. Sergio Sebastián Barocelli²

Resumen: En la presente ponencia se busca exponer que los daños punitivos regulados en el artículo 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor 24240 cumplen una función preventiva. En virtud de ello, cabe entender que la función preventiva reconocida en el Código Civil y Comercial de la Nación cobra especial relevancia en la relación de consumo. En efecto, la prevención de daños se encuentra previsto en el artículo 42 de la Constitución Nacional, constituyendo un derecho fundamental en el sistema protectorio del consumidor. De esta manera, el objetivo que se plantea es que mediante la imposición de daños punitivos se incentive a los proveedores a que adopten las medidas razonables de seguridad tendientes a prevenir los daños que injustamente pueda recibir, constituyendo un mecanismo eficaz de prevención al alcance del consumidor, principalmente para aquellos que se encuentre en una situación de vulnerabilidad.

I. INTRODUCCIÓN

Como consumidores y usuarios de diferentes productos y servicios, los habitantes se encuentran expuestos ante riesgos introducidos por el proveedor a través de los productos y servicios que este comercializa. En efecto, vivimos en una sociedad de riesgo global, la cual se caracteriza principalmente por el aumento exponencial de las situaciones de peligro a las cuales se encuentra expuesto el consumidor.

En virtud de ello, los miembros de la sociedad esperan de los distintos proveedores que adopten las medidas razonables de seguridad necesarias a los fines de evitar la causación de daños. Asimismo, también se espera que dichos sujetos desarrollen buenas prácticas con el objeto de no vulnerar los derechos de los consumidores.

Sin embargo, se pueden encontrar casos en los cuales los proveedores introducen productos riesgosos en el mercado a sabiendas sin identificar debidamente el peligro que ello conlleva o desarrollan prácticas con grave menosprecio hacia los derechos de los consumidores.

En este contexto, se sancionó el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCC), el cual trajo una serie de novedades como la sistematización de las funciones de la responsabilidad civil. Dentro de dichas funciones, se puede encontrar la prevención, la

¹ Ayudante de Segunda en la Cátedra Ameal-Velazquez en la materia “Obligaciones Civiles y Comerciales”, dictada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

²Profesor adjunto regular “Contratos Civiles y Comerciales” y “Elementos de Derecho Civil”, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; Profesor Titular Ordinario “Derecho Civil III”, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad del Salvador.

cual tiene por objeto la fase previa a la producción del daño. Esto implica la búsqueda de evitar que el daño suceda.

En otro orden, en nuestro ordenamiento jurídico, existen diversos mecanismos tendientes a motivar a los proveedores a la adopción de las medidas de seguridad y prevención mencionadas en los párrafos anteriores como por ejemplo los daños punitivos o las acciones colectivas.

Ante todo ello, en el presente trabajo se buscará explicar por qué los daños punitivos deben ser catalogados dentro de las funciones preventivas de la responsabilidad civil. Para ello, se analizarán cómo quedó delimitada la función preventiva en el Código Civil y Comercial, sus fundamentos, así como también cómo opera dicha función en el marco del sistema protectorio del consumidor. Por último, se expondrá la principal función de los daños punitivos y los motivos por los cuales debe catalogarse dentro de la función preventiva del derecho de daños.

II. LA FUNCIÓN PREVENTIVA EN EL DERECHO DE DAÑOS

La entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial ha traído consigo una serie de novedades, entre ellas el tratamiento explícito de las funciones de la responsabilidad civil. Si bien en el régimen anterior estas funciones se encontraban presentes —verbigracia, la acción de daño temido establecida en el artículo 2499 del Código Civil o el daño punitivo en el artículo 52 bis de la Ley 24240—, lo cierto es que con el nuevo cuerpo normativo se ha ordenado y regulado específicamente las mentadas funciones.

Ante ello, es dable recordar que a la responsabilidad civil puede asignársele 3 funciones: a) preventiva; b) resarcitoria; c) punitiva. De este modo, en el Anteproyecto del CCC se previeron específicamente estas tres funciones en el artículo 1708, sumando a la función resarcitoria la acción preventiva y la sanción pecuniaria disuasoria o, en los términos del artículo 52 bis de la Ley 24240, daños punitivos. Sin embargo, la Comisión Bicameral decidió quitar la sanción pecuniaria disuasiva.

De este modo, ante la mentada supresión, parte de la doctrina sostuvo que en nuestro ordenamiento la responsabilidad civil solo cumple funciones preventivas y resarcitorias³.

Sin perjuicio de ello, se puede interpretar que luego de la sanción del CCC se reconocieron expresamente las tres funciones típicas de la responsabilidad civil. Si bien en el artículo 1708⁴ del CCC se expuso solamente las funciones preventivas y resarcitorias, lo

³PICASSO, Sebastián, “Las funciones del derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación”, RCyS 2015-IV, 5.

⁴“ARTICULO 1708.- Funciones de la responsabilidad. Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño y a su reparación”.

cierto es que en los artículos 1714⁵ y 1715⁶ se hizo expresa mención a la punición excesiva y las facultades de los jueces para morigerar las sanciones que pudieran dictarse. A su vez, siguiendo la clasificación clásica, en el ámbito de aplicación de la Ley 24240, sigue en pleno vigor lo dispuesto en el artículo 52 bis con relación a los daños punitivos. Si encuadramos este instituto dentro de la función punitiva de la responsabilidad civil, resultaría al menos contradictorio desconocer la existencia de la mentada función dentro del sistema de responsabilidad civil argentino.

Asentado lo anterior, es oportuno pasar al análisis de la función preventiva de la responsabilidad civil en los términos del CCC. En primer lugar, conforme lo expuso con meriada claridad Zavala de Gonzalez, el objetivo principal de cualquier sistema de responsabilidad civil es impedir que los daños ocurran, concluyendo en que la función preventiva es insoslayable en la responsabilidad por daños⁷. Esto es así toda vez que la expectativa común de todo habitante es permanecer exento de los peligros de la modernidad y los daños injustamente sufridos.

De este modo, en el artículo 1710⁸ del CCC se reguló una obligación genérica de prevención y de disminución del daño teniendo especialmente en cuenta el rol que el sujeto cumple o puede cumplir en la producción del mentado daño. Es decir, la obligación pesa sobre quien se encuentra en mejores condiciones de prevenir el daño.

En otro orden de ideas, la función preventiva encuentra sustento en uno de los principios más importantes de la responsabilidad: el *neminem laedere* o *alterum non laedere*. En este sentido, se ha sostenido que dentro del deber de no dañar se encuentra ínsito el principio de prevención⁹, el cual constituye una verdadera obligación de evitar los daños que esten al alcance del sujeto.

⁵“ARTICULO 1714.- Punición excesiva. Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarla a los fines de fijar prudencialmente su monto”.

⁶“ARTICULO 1715.- Facultades del juez. En el supuesto previsto en el artículo 1714 el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida”.

⁷ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde M., “Función preventiva de daños”, LL 2011-E, 1116. En este sentido, la autora sostuvo lo siguiente: “No se trata sólo de compensar a las víctimas sino, ante todo, de evitar daños y de reponer o rehabilitar situaciones afectadas, al menos para estrechar la nocividad futura, como cuando se procura la reinserción social de un incapacitado. Esa prevención integra la responsabilidad como función esencial y autónoma; debe constituir finalidad primaria, en lugar de derivación colateral y secundaria, inducida por la vigencia de obligaciones resarcitorias”

⁸“ARTÍCULO 1710. Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo”.

⁹AMEAL, Oscar José, ALTERINI, Congreso y LOPEZ CABANA, Roberto, *Derecho de las Obligaciones Civiles y Comerciales*, 4º Ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, pág. 161.

A su vez, este principio tiene una clara raigambre constitucional¹⁰, principalmente en el artículo 19 de la Constitución Nacional¹¹ y específicamente en el artículo 42 del mentado cuerpo normativo conforme se expondrá en un apartado especial.

En resumen, cada habitante tiene la obligación genérica de evitar la producción de daños que estén a su alcance mediante la adopción razonable de las medidas de seguridad que tiendan a cumplir con ello.

III. LA FUNCIÓN PREVENTIVA EN EL MARCO DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR

Asentado lo anterior, es oportuno adentrarse en la función preventiva en el marco protectorio de los consumidores. En este sentido, la prevención en el derecho del consumidor encuentra sustento directo en lo dispuesto en el artículo 42¹² de la Constitución Nacional.

En virtud de ello, se puede vislumbrar que en el primer párrafo del mentado artículo se hace referencia a la protección de la seguridad del consumidor. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN o Corte Suprema) sostuvo en el caso “Ledesma”¹³ que la seguridad era un valor que debía guiar la conducta de los proveedores de aquellas actividades que se vinculen con la vida o la salud de las personas.

En igual sentido, ampliando el alcance dado, en el fallo “Uriarte”¹⁴, la Corte Suprema desarrolló aun más el deber de seguridad¹⁵. Por consiguiente, la interpretación que hizo el Alto Tribunal sobre el deber de seguridad que se halla incorporado en el artículo 42 de la Carta

¹⁰PICASSO, Sebastián, “La reforma del derecho de daños”, SJA 26/12/2012, pág. 4. Al respecto, quien fuera uno de los redactores del anteproyecto, explicó que se tuvo especialmente lo que se denominó el fenómeno de constitucionalización del derecho civil. En este sentido, expuso que en el artículo 1º del CCC se dispuso que “... la interpretación de las leyes debe ser conforme con la Constitución Nacional y los tratados en los que la República sea parte, y el articulado especial referido a la responsabilidad civil acusa la introducción de principios de clara raigambre constitucional, como el *alterum non laedere* (arts. 1710, 1716, 1717 y cons.) y el de reparación integral (art. 1740), ambos implícitos en el art. 19 de nuestra Carta Magna, según lo ha declarado reiteradamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación”.

¹¹ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde M., “Función preventiva...”, *op. cit.*

¹²“Artículo 42.- Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la **protección de su salud, seguridad e intereses económicos**; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. **La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos**, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control” (Lo destacado no pertenece al original).

¹³Fallos: 331:819.

¹⁴Fallos: 333:203.

¹⁵En este sentido, el Alto Tribunal sostuvo que “... no se puede soslayar que el deber de la demandada de extremar al máximo las precauciones para evitar situaciones de riesgo para los usuarios, no fue un tema evaluado debidamente por la Cámara que prescindió del criterio regulador previsto normativamente, que impone a las empresas el deber de extremar las previsiones para el estricto cumplimiento de las leyes y reglamentos dictados en amparo de las posibles víctimas para quienes, de lo contrario, el resarcimiento resultaría ilusorio en la mayoría de los casos”.

Magna conlleva la obligación del proveedor de la adopción de las medidas razonables de prevención a los fines de evitar el daño del consumidor.

En otro orden, es dable señalar que mediante las Directrices para la Protección del Consumidor de la Organización de las Naciones Unidas¹⁶ (en adelante, Directrices) se estableció la seguridad del consumidor como un principio general. En efecto, en la directriz 5 c), se estableció como necesidad legítima de los consumidores la protección de los consumidores frente a los riesgos de sus salud o su seguridad.

En virtud de lo expuesto, cobra especial relevancia lo establecido en el artículo 1710, incisos b) y c) del CCC en lo que respecta la protección de los derechos de los consumidores. En este sentido, resulta aplicable al proveedor la obligación específica de adoptar medidas de seguridad a los fines de evitar la producción del daño, es decir, se encuentra obligado a invertir en aquellas medidas de seguridad para prevenir el daño en los consumidores o, en el caso en que detecte productos defectuosos en el mercado, adopte las medidas necesarias para cesar o disminuir los eventuales daños.

IV. LA FUNCIÓN PREVENTIVA DE LOS DAÑOS PUNITIVOS

Desde sus orígenes, el daño punitivo fue considerado principalmente como una sanción, es decir, una sanción privada ante la grave inconducta de quien produjo el daño.

En este punto es importante destacar que ya desde el nacimiento de los daños punitivos, ya estaba inserta la idea de prevención. Ello así por cuanto se puede vislumbrar que en los primeros casos dictados en Inglaterra en el Siglo XVIII¹⁷, se mencionó la prevención y disuasión de repetición de la conducta sancionada como una de las finalidades de los daños punitivos.

Sin perjuicio de ello, en nuestro días, se debe interpretar que la función que cumplen los daños punitivos es claramente preventiva. Lo que se va a buscar con su imposición es motivar a los proveedores a que adopten las medidas de seguridad y prevención que razonablemente amerite cada situación o para que no repita una determinada conducta.

¹⁶Resolución 70/2015 del 22 de diciembre de 2015 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

¹⁷El primer caso en el cual los *exemplary damages* —término utilizado para denominar a los daños punitivos en el derecho británico— fueron autorizados expresamente fue “*Huckles v. Money*” [95 Eng. Rep. 768 (KB 1763)], dictado en el Reino Unido en 1763. Allí, el tribunal sentenció que se había ejercido el poder de manera arbitraria en contraposición a lo dispuesto en la Carta Magna, atentando incluso contra la libertad del reino. En consecuencia, determinó que correspondía fijar *exemplary damages*. Asimismo, con origen en el mismo hecho, se dictó el *leading case* “*Wilkes v. Wood*” [98 Eng. Rep. 489 (KB 1763)]. Allí, el tribunal consideró que el jurado, ante la particularidad del caso, tenía la potestad de fijar una indemnización mayor a la que correspondería para reparar los daños efectivamente sufridos. En efecto, estimó que los *damages* no solamente cumplían una función resarcitoria, sino que también servían para castigar al culpable y disuadirlo que repitiese dicha conducta en el futuro.

En este contexto, en el ámbito del derecho comparado, se puede mencionar que en Inglaterra se le ha asignado una función disuasiva a los daños punitivos. En efecto, en el caso “*Rookes v. Barnard*”¹⁸ se estableció la regla “*if, but only if*”. Es decir, los daños punitivos se impondrán si, pero solo si la suma otorgada en concepto de indemnización no resultara suficiente para castigar al infractor y para disuadirlo de repetir la conducta sancionada¹⁹. Este principio fue reformulado y clarificado por la *Law Reform Commission* del Parlamento británico, reconociendo expresamente que los que se busca con los *exemplary damages* es disuadir la repetición de la conducta sancionada²⁰.

En otro orden de ideas, resulta interesante destacar el caso de Quebec, Canadá. En efecto, en el artículo 1621 del Código Civil de Quebec²¹, se estableció que al momento de graduar el monto de los daños punitivos, estos debían fijarse teniendo en cuenta la suma necesaria a los fines preventivos.

Una mención aparte merece la teoría elaborada por los Shavell y Polinsky²², quienes centraron su análisis en la finalidad preventiva que tenían los daños punitivos. En efecto, sostuvieron que los daños punitivos tenían dos objetivos: prevenir y castigar. Para ello, era necesario determinar cuál era la suma más apropiada para generar un efecto disuasivo óptimo.

En este orden de ideas, distinguieron entre aquellos supuestos en los cuales el proveedor será seguramente encontrado responsable y aquellos casos en los cuales este tenga alguna posibilidad de evitar responder ante el daño injustamente causado. A partir de ello, teniendo siempre como norte la imposición de daños punitivos como una forma de disuadir no solo al demandado, sino también al resto de la sociedad, consideraron que la aplicación de estos daños ejemplares procederían cuando el victimario tenga posibilidades de evitar la reparación del daño injustamente causado²³. Precisamente, lo que se busca es generar el

¹⁸[1964] AC 1129.

¹⁹[1964] AC 1129. “*In a case in which exemplary damages are appropriate, a jury should be directed that if, but only if, the sum which they have in mind to award as compensation (which may of course be a sum aggravated by the way in which the Defendant has behaved to the Plaintiff) is inadequate to punish him for his outrageous conduct, to mark their disapproval of such conduct and to deter him from repeating it, then it can award some larger sum*”.

²⁰ LAW REFORM COMMISSION, “*Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages*”, *Law Report* del Parlamento británico, 1997, pág. 130, pto. 1.101 y 185, conclusion N°20. “(20) *Punitive damages may be awarded in addition to any other remedy which the court may decide to award, but may only be awarded if the judge considers that the other remedies which are available to the court will be inadequate alone to punish the defendant for his conduct (the ‘if, but only if’ test); (Draft Bill, clause 3(7) and 3(8)) for these purposes the court may regard deterring the defendant and others from similar conduct as an object of punishment*”.

²¹“*Where the awarding of punitive damages is provided for by law, the amount of such damages may not exceed what is sufficient to fulfil their preventive purpose*”.

²²POLINSKY, A. M. y SHAVEL, S., “*Punitive Damages: An Economic Analysis*”, *Harvard Law Review*, Vol. 114, N°4, Febrero 1998, pág. 869.

²³ Esta idea fue analizada por la Supreme Court of the United States en “*Cooper Industries v. Leatherman Tool Group, Inc.*” [532 U.S. 424, 438/439 (2001)]. Allí, el trabajo de Polinsky y Shavell fue expresamente citado y sirvió como puntapié inicial para desarrollar la idea si los daños punitivos guardaban una función disuasoria.

suficiente incentivos para que los proveedores adopten las medidas razonables de prevención del daño²⁴.

Por su parte, en nuestro ordenamiento jurídico, la disposición legal en la cual se reguló el daño punitivo no fue del todo clara²⁵. Sin embargo, puede interpretarse bajo el prisma de la función preventiva. En este punto, cabe recordar los fundamentos que tuvo en cuenta el legislador al momento de introducir los daños punitivos en el derecho argentino. En este sentido, conviene recordar que en el Dictamen de la Cámara de Diputados del Congreso de la Nación Argentina con objeto del proyecto de la Ley 26361²⁶, expresamente se argumentó que “[c]on el daño punitivo se trata de desbaratar la perversa ecuación que aconseja dejar que se produzca un perjuicio pues, en sí, resulta más económico repararlo en los casos singulares que prevenirlo para la generalidad”²⁷. De esta manera, el mentado instituto quedó solo limitado al ámbito de aplicación de las normas protectorias del consumidor.

En este orden de ideas, quien mejor explicó la función preventiva de la multa civil fue Irigoyen Testa. Concretamente, el autor sostuvo que lo siguiente:

... el sistema de responsabilidad debería cumplir, al menos, con una primera función principal: la de disuasión o prevención que minimice los costos sociales, para reducir, hasta el nivel óptimo, los daños tolerables en una sociedad (conforme con los niveles de actividad y de prevención deseables). Asimismo, según el criterio de eficiencia perseguido, podríamos sostener que es deseable, bajo ciertos supuestos, una segunda función principal, que es la compensación de los perjuicios sufridos por las víctimas. Por último, podríamos admitir la deseabilidad de una última función accesorio, que es sancionatoria. En principio, la primera función principal (disuasoria) se logra mediante la segunda función principal (compensatoria) y, excepcionalmente, cuando ésta es insuficiente o inadecuada para crear los incentivos de prevención óptimos, la función accesorio (sancionatoria) es necesaria para alcanzar el cumplimiento de la función principal disuasoria²⁸.

²⁴POLINSKY, A. M. y SHAVAL, S., *Punitive Damages...*, *op. cit.*, págs. 888/889. Al desarrollar este punto, los autores advirtieron de los peligros que conllevan el *underdeterrence* y el *overdeterrence*, proponiendo una fórmula matemática que contemple las diversas variables analizadas a los fines de calcular el monto óptimo para los daños punitivos y generar el incentivo necesario.

²⁵“ARTICULO 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 del 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, inciso b) de esta ley”. Esta redacción ha causado diversas controversias en la doctrina local, principalmente por lo laxo que resultó ser en la exigencia de una conducta gravemente reprochable, teniendo en cuenta que en la letra de la norma se consignó que bastaba el mero incumplimiento de una norma de consumo para que proceda la aplicación de los daños punitivos, lo cual desvirtuaría por completo la finalidad que estos últimos tienen.

²⁶Esta fue la norma que, en el 2008, introdujo el artículo 52 bis en la Ley 24240 de Defensa del Consumidor, en la cual se regularon los daños punitivos en el derecho argentino.

²⁷Dictamen de las comisiones de Defensa del Consumidor, de Comercio y de Justicia de la Honorable Cámara de Diputados del Congreso de la Nación Argentina, Orden del Día N°306/2006, 26/05/2006, pág. 16.

²⁸IRIGOYEN TESTA, M., “¿Cuándo el juez puede y cuándo debe condenar por Daños Punitivos?”, RCyS 2009–IX, 16.

Habida cuenta de ello, el autor explicó que, en el ordenamiento jurídico argentino, los daños punitivos tiene como finalidad principal la disuasión de los daños dentro de los niveles de precaución socialmente deseables. A su vez, tienen una función accesorio que sería la sanción al proveedor. A su vez destacó que los daños punitivos deben fijarse sólo en aquellos casos en los cuales la indemnización resultara insuficiente para cumplir la función disuasoria. Por lo tanto, se impondrán una suma extra (daños punitivos) a los fines de alcanzar los niveles de precaución deseables.

Ahora bien, lo expuesto, se conjuga de manera perfecta con lo dispuesto en el artículo 1710 del CCC, principalmente en su inciso b). En efecto, cuando se compruebe que el proveedor no haya invertido en medidas de seguridad tendientes a prevenir el daño, sabiendo que está introduciendo en el mercado un producto o servicio peligroso que puede ocasionar daños a los miembros de la sociedad, esa conducta será gravemente reprochable y habilitará la posibilidad de aplicar daño punitivo.

En este punto cabe aclarar que no cualquier incumplimiento en la adopción de medidas de seguridad determinará la aplicación automática de los daños punitivos. Para ello, se requiere una conducta agravada, es decir, una actuación dolosa o con grave menosprecio hacia los derechos de los consumidores.

De igual forma, cobra relevancia el inciso c) del artículo 1710 del CCC, el cual impone la obligación de no agravar el daño. Este es el supuesto en el cual el proveedor toma conocimiento de los defectos de sus productos con posterioridad a su comercialización. En este caso, deberá disponer los mecanismos necesarios para evitar que se produzcan daños, como por ejemplo, realizar un *recall* de todos los productos defectuosos. Si el proveedor no adopta las mentadas medidas y, sabiendo que el producto que se encuentra en el mercado puede ocasionar daños, ello muy probablemente configurará una conducta gravemente reprochable, la cual será pasible de aplicación de daños punitivos²⁹.

En este punto, se puede hacer una breve referencia de cómo podría operar concretamente la función preventiva de los daños punitivos, pudiendo ser de suma utilidad para prevenir las violaciones a los derechos de los consumidores vulnerables o hipervulnerables³⁰.

En primer lugar, los daños punitivos servirán para incentivar al proveedor de adoptar medidas tendientes a no vulnerar los derechos de los consumidores hipervulnerables, teniendo

²⁹Esto puede verse palmariamente en el caso del Ford Pinto, en el cual la empresa conocía fehacientemente que los vehículos tenían un defecto de fabricación, pero decidieron proceder con las ventas antes que costear el rescate de las unidades para su reemplazo. Ver "*Grimsham v. Ford Motor Co.*", (1981) 119 CA3d 757.

³⁰Este es un término acuñado por Antonio Herman Benjamin, miembro del Superior Tribunal de Justicia de Brasil, en uno de sus votos (v. STJ, Recurso Especial N°931.513 – RS, 2007/0045162-7).

en especialmente en cuenta sus condiciones. Por ejemplo, los fabricantes de juguetes deberán utilizar materiales que no pongan en riesgo la salud de los niños o mayor énfasis en las instrucciones brindado información sobre los eventuales riegos o usos incorrectos del producto.

Otra cuestión que deberá tenerse en cuenta es que ya el menosprecio a los derechos de un consumidor vulnerable constituye una grave conducta que habilitaría la aplicación de daños punitivos³¹.

De esta manera, se puede vislumbrar como aun cuando no se considere expresamente, el menosprecio hacia los derechos de los consumidores hipervulnerables constituye generalmente una conducta gravemente reprochable. En consecuencia, si se llegara a dar este supuesto, se habría cumplido con uno de los principales requisitos para la procedencia de la multa civil establecida en el artículo 52 bis de la LDC.

Por ello, debe considerarse a los daños punitivos como una poderosa herramienta a favor de los consumidores hipervulnerables para fortalecer el acceso a la justicia. De esta forma también cumple la función de empoderar a los consumidores desaventajados para incentivarlos a que demanden por la protección de sus derechos, sin que las cuestiones económicas o impedimentos de cualquier otra índole obste la demanda por la tutela de sus intereses.

En resumen, la esencia de los daños punitivos, lejos de ser netamente represiva como parte de la doctrina pretendió encasillarla³², funge como una poderosa herramienta de la cual dispone el consumidor para poner al descubierto aquellas conductas del proveedor gravemente reprochables que afecten sus derechos. De esta forma, cada vez que se aplique este remedio para la protección de los derechos de los consumidores, debe hacerse teniéndose siempre en cuenta que la función principal es la disuasión de la conductas gravemente reprochables, es decir, lo que se debe buscar es prevenir la repetición de la conducta que motivó la aplicación de la sanción ejemplar.

V. CONCLUSIONES

El derecho de daños ha tenido un desarrollo superlativo. El postmodernismo nos ha traído una serie de adelantos que han significado un salto cuántico en la historia de la

³¹ Así parece haberlo interpretado the Supreme Court of the United States “BMW v. Gore” al citar como ejemplo de conducta gravemente reprobable la vulnerabilidad financiera. Por su parte, en “State Farm v. Campbell”, en el cual se enumeraron una serie de conductas gravemente reprobables que darían lugar a la aplicación de daños punitivos. Entre esas conductas podemos destacar que se hizo referencia a “... the tortious conduct evinced an indifference to or a reckless disregard of the health or safety of others; the target of the conduct had financial vulnerability...”.

³² PICASSO, Sebastián, “Las funciones del derecho de daños...”, *op. cit.*

humanidad. Sin embargo, con dichos adelantos, también han conllevado un crecimiento exponencial de los riesgos a los cuales se encuentra expuesta la sociedad.

En este contexto, a partir de agosto de 2015, entró en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Allí, se buscó actualizar la normativa civil considerando los anteriores proyectos, la jurisprudencia imperante y bajo el prisma del Bloque de Constitucionalidad conformado luego de la Reforma de la Constitución Nacional de 1994.

De este modo, se puede vislumbrar que en el marco protectorio del consumidor la prevención de daños tiene directa raigambre constitucional. En consecuencia, se requiere que se adopten mecanismos efectivos tendientes a garantizar la protección constitucional mencionada anteriormente.

En virtud de ello, los daños punitivos constituyen un mecanismo eficaz para lograr la finalidad mentada. Si bien tradicionalmente ha sido catalogada dentro de la función punitiva, lo cierto es que por su finalidad disuasoria debe ser encuadrada dentro de la función preventiva de la responsabilidad civil. En efecto, lejos de querer castigarse puramente al proveedor, lo que realmente se busca y se tiene que tener en cuenta al momento de imponer la multa civil es generar el suficiente estímulo para que los demás proveedores adopten las medidas razonables de prevención necesarias para evitar daños.

Por todo ello, se proponen las siguientes conclusiones:

1) La obligación de prevención surge del principio general del derecho de daños *neminem laedere*.

2) La obligación de prevención, con respecto al consumidor, está especialmente prevista en el artículo 42 de la Constitución Nacional.

3) La obligación de prevención establecida en el artículo 1710 del Código Civil y Comercial es aplicable a las relaciones de consumo, principalmente las disposiciones contenidas en los incisos b) y c).

4) Los daños punitivos establecidos en el artículo 52 bis de la Ley 24240 constituyen un mecanismo eficaz para la prevención de daños a los consumidores, principalmente para los consumidores hipervulnerables.

5) Los daños punitivos deben encuadrarse dentro de la función preventiva de la responsabilidad civil y no en la función punitiva, puesto que la principal función es la de prevenir futuras inconductas y no castigar al proveedor.

EZEQUIEL N. MENDIETA