ISSN 1666-8987 • Año LXII • ED 304

EL DERECHO

[Buenos Aires, miércoles 15 de noviembre de 2023 - N° 15.646]

DIARIO DE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

Director: Alejandro Borda - Consejo de Redacción: Gabriel Fernando Limodio, Luis María Caterina, Martín J. Acevedo Miño, Daniel Alejandro Herrera, Nelson G. A. Cossari

NOTA

Réquiem para el libro de asistencia de partes, por Livio Pablo Hojman
Cita Digital: ED-V-LIII-837

JURISPRUDENCIA

NOTIFICACIÓN: Notificación por Ministerio de Ley: validez; providencia disponible en el sistema judicial de consulta de causas; posibilidad de acceder al expediente electrónicamente; excepciones del art. 133 del CPCCN; inaplicabilidad (CNCiv., sala C, julio 31-2023)

DAÑO PUNITIVO: Procedencia: factor de atribución subjetivo; requisitos de configuración (CNCom., sala F, julio 5-2023)

NOVEDADES EN EL DERECHO DE SEGUROS

El seguro a debate: María Fabiana Compiani y Waldo Sobrino, por María Celeste Colombo
Cita Digital: ED-V-LIX-789

EL DERECHO

Réquiem para el libro de asistencia de partes

por Livio Pablo Hojman(*)

Sumario: I. El caso que se comenta. – II. La tecnología de gestión del proceso. – III. La notificación automática. – IV. La gestión electrónica del expediente. El libro de asistencia. – V. Conclusiones.

I. El caso que se comenta

La sala C de la Cámara Civil de Capital Federal, en las actuaciones "P., D. N. c/ Leader Music S.A.C.I.M. y otro s/ daños y perjuicios" (35874/2021), confirmó una decisión del juez de grado que, oportunamente, había declarado intempestiva la contestación de agravios que se le había corrido traslado, de manera automática y como apelada, a la parte actora. En primera instancia, el juez consideró que la suscripción del libro de notas que había realizado la apelada, instrumentado con el botón electrónico en el sistema web del Poder Judicial de la Nación, no producía los efectos de impedir la notificación por ministerio de ley que había ordenado el traslado de los agravios, pues la parte había tenido acceso a las resoluciones dictadas en el expediente tramitado electrónicamente.

Frente a esa resolución, el apelante introdujo reposición con apelación en subsidio. Rechazado el primer remedio se elevaron las actuaciones. La sala C confirmó la decisión del *a quo*, ya que estimó que nada impedía al recurrente tomar vista de las actuaciones mediante el sistema de consulta de causas y, de esa manera, tomar conocimiento del contenido de la providencia digital incorporada a las actuaciones. En ese sentido, el tribunal consideró que dejar nota electrónica no trae aparejados automáticamente los efectos previstos en el art. 133 del CPCCN, que no considera producida la notificación cuando: (1) el expediente no se encontrare en el tribunal; (2) cuando hallándose en él no se exhibiera a quien lo solicita y esto se hiciera constar en el libro de asistencia[1].

Como se observa, la decisión abre una serie de interrogantes sobre el futuro funcionamiento de la notificación automática. Por ello, se analizará en estas líneas qué rol viene a asignarse a la tecnología en el proceso, así como también cuál ha sido el origen y razón de ser de la notificación automática, y cómo esta ha sido impactada por el cambio tecnológico de gestión procesal. Por último, en lo que hace a las conclusiones, se indicará la trascendencia de la denominada "instrumentalidad de las formas procesales", y si esta merece una modulación según las circunstancias que se presentan en el proceso.

II. La tecnología de gestión del proceso

El reconocimiento de la eficacia como una característica de transcendencia para los procesos judiciales resulta una consecuencia de un concepto más amplio, esto es el de la Tutela Judicial Efectiva. Muchas normas refieren a ella, como el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece, dentro de las garantías judiciales, que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable.

En tal sentido, se indica que el acceso a la jurisdicción no se agota o funde con permitir la apertura de la instancia, pues también se presenta cuando cuentan las partes con un plazo adecuado de sustanciación, permitiéndoles la obtención de una respuesta oportuna a su pretensión, en tiempo razonable[2].

Con igual objetivo, el Máximo Tribunal federal ha indicado que la garantía constitucional de la defensa en juicio y del debido proceso no se agota en el cumplimiento formal de los trámites previstos en las leyes adjetivas. También comprende, para el tribunal, la necesidad de obtener una rápida y eficaz decisión judicial que ponga fin a los conflictos y situaciones de incertidumbre, evitando, dentro de los límites de lo razonable y conforme a las circunstancias de cada caso, una dispendiosa y eventualmente inútil actividad jurisdiccional[3].

Especialmente, el factor tiempo y su carácter de razonable no resulta que pueda estimarse con una precisión milimétrica o, mejor dicho, adoptando criterios precisos de medición del lapso que consume. Sin embargo, ¿se puede afirmar que el plazo razonable del año 1969, fecha en que se firmó el Pacto de San Jose de Costa Rica, o en el año 1984, cuando se aprobó por ley su incorporación, e incluso el año 1994, cuando adquiere jerarquía constitucional, es menor al de hoy? Quizás, es algo en lo que debemos pensar.

Veamos. El acortamiento de los tiempos "razonables" procesales, como parámetro, es advertible, pues el proceso resulta un fenómeno que no puede estar encapsulado de las restantes vivencias por las que atraviesan sus usuarios (partes). En efecto, quienes acuden al servicio de justicia, en su quehacer cotidiano transaccionan en una velocidad que poco se asemeja a la de varios lustros atrás; ellos se trasladan y comunican también por medios más eficientes y económicos, y los ejemplos podrían seguir acumulándose. Ante ello, el proceso judicial no puede quedar desacoplado con este general "acortamiento de los tiempos" que como sensación han incorporado los usuarios del sistema.

En este escenario, uno de los elementos que se hace presente para cumplir con este objetivo es la implementación de nuevas tecnologías en lo que refiere a la gestión procesal. Así, el proceso electrónico, establecido como mecanismo de gestión procesal, con el empleo de las TIC (tecnologías de las información y comunicación) para una más adecuada prestación del servicio de justicia aparece como una herramienta indudablemente imprescindible para la buscada eficacia[4].

Además, al elemento de la deseada eficacia se adiciona que durante el transcurso de la pandemia la gestión electrónica tuvo un carácter de necesidad, pues la tramitación misma del proceso debió reformularse con la implementación de recursos digitales para su instrumentación, esto con la finalidad de conservar el aislamiento social que se pretendía por aquel entonces.

En este marco, la solución para alcanzar mayor eficiencia, o hasta permitir el funcionamiento del sistema durante la pandemia, ha sido afrontada en muchos casos rodeada de premura. Incluso sin que las legislaturas asumieran el rol de afrontar el desafío de reformar las normas procesales adecuándolas a la nueva realidad. Así, se presentan situaciones que se advierten inconsistentes, pues muchas

Nota de Redacción: Sobre el tema ver, además, los trabajos publicados en El Derecho: *Algunas reflexiones sobre las atribuciones judiciales en materia de notificación. Comentario breve*, por A. Ricardo Wetzler Malbrán, ED, 183-628; *La notificación a los integrantes de la clase afectada*, por Pablo I. Dono, ED, 243-899; *Notificación electrónica. Reforma al Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires*, por Hugo A. Vaninetti y Gustavo Vaninetti, EDLA, 2010-B-1069; *Los alcances de la instrucción "notifíquese" y otras modestas perplejidades procesales*, por Julio Chiappini, ED, 234-296; *Notificación electrónica. Acordadas 35/13, 36/13, 38/13 y 43/13 de la Corte Suprema de la Nación. Avances en su implementación*, por Hugo Alfredo Vaninetti, EDLA, 2014; *Notificación de la demanda de desalojo, prueba del contrato de locación y principio de congruencia*, por Ignacio M. Bravo D'André, ED, 248-911; *Las medidas para mejor proveer deben notificarse*, por Julio Chiappini, ED, 251-680; *La notificación de la demanda por carta documento*, por Osvaldo A. Gozaíni, ED, 289-196; *Automatización, virtualidad y eficacia, estandartes de las transformaciones procesales en el expediente digital de la Justicia bonaerense. Nuevo Reglamento de Presentaciones y Notificaciones Electrónicas –Acuerdo n° 4013/2021 SCBA– (T.O. Acuerdo n° 4039/2021)*, por Paulo Alberto Maresca, ED, 295-897; *La validez de las notificaciones procesales por WhatsApp y otros medios telemáticos en condiciones de seguridad jurídica*, por María Carolina Cassullo, ED, 295-137; *La vuelta al rigorismo formal luego de la pandemia: análisis jurisprudencial sobre las notificaciones vía WhatsApp en el fuero de familia*, por María Agostina Passera, ED, 300-336. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(1) Docente UCA (Paraná) y UNL, doctorando en Derecho UCA (Buenos Aires), Especialista en Derecho Procesal (UNl), Daños (UNL).

(1) Debe resaltarse que no resulta esta la primera decisión tomada por la Sala C con este criterio, pues, el 19 de noviembre de 2021, ratificó, en autos "Samouelian Miguel Ricardo Marcelo c/ Berendorf de Haimovici Berta s/ Ejecución de sentencia - Incidente civil" (75136/2012), la decisión del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil nro. 47, que no había considerado enervada la notificación automática por la suscripción del libro digital de notas.

(2) Bourguignon, Marcelo, "El debido proceso garantía constitucional", en *Revista La ley*, Buenos Aires, 1983, Tomo D, p. 1144.

(3) CSJN, "Fundación San Martín de Tours", Fallos 302:299, 1980.

(4) Camps, Carlos E., "Los principios del derecho procesal electrónico en la práctica profesional", en *Derecho procesal electrónico práctico*, Buenos Aires, Albremática, 2021, p. 20.

de las reformas (solo parciales) fueron emprendidas por las superintendencias de los organismos judiciales, esto es la Corte Suprema federal, por ejemplo, o la Corte bonaerense, por solo citar un caso.

III. La notificación automática

La comunicación procesal resulta uno de los "nervios" de la sustanciación del trámite judicial. Vuelve tangible el principio de contradicción al permitirles a las partes el conocimiento recíproco de las peticiones de ellas. También les hace posible el conocimiento de las resoluciones judiciales que se pronuncien, concretando de esta forma la defensa en juicio, incluso una providencia judicial será procesalmente inexistente, afirma Alsina, mientras no se la ponga en conocimiento de los interesados[5].

De esta manera, el sistema de notificación permite la comunicación de las resoluciones, así como de las peticiones y documentos que aporten las partes, contemplando los códigos adjetivos comunicaciones de tipo *directas*, esto es cuando el notificado resulta informado de manera inmediata, expresa y manifiesta; en cambio, también se prevén anoticiamientos *indirectos*, como aquellos en los cuales el interesado puede tomar conocimiento de la resolución, con independencia de que esto ocurra[6].

Ahora bien, bajo un criterio de celeridad y economía, el art. 133 del CPCCN establece el principio general en materia de notificación. Esto es, de forma sencilla, que, salvo los casos en que procede la notificación por cédula, las resoluciones judiciales quedarán notificadas en todas las instancias los martes y viernes.

Al respecto, Maurino indica que la notificación automática es la que se tiene por operada determinados días de la semana, establecidos por la ley o por el juez, y esto ocurre aun cuando el interesado no comparezca a la sede judicial (de ahí su carácter de indirecta), y por ello puede ocurrir, incluso, que el interesado ignore el contenido de la resolución que le ha sido notificada por este modo[7].

Se justifica este método de notificación en la construcción de un hábito que desplegarán las partes: concurrir al menos dos días en la semana a la sede del tribunal y compulsar las actuaciones. Los beneficios de imponer esta conducta a las partes resultan del hecho de no tener que librarse las respectivas cédulas, medio directo de comunicación, que requiere mayores despliegues de actividad de las partes y del órgano jurisdiccional[8].

En otro orden, este sistema automático de anoticiamiento, en el mismo art. 133 del Código adjetivo nacional, establece dos posibles situaciones que impiden que se produzca. La primera (correspondiente al inciso a]) resulta cuando el expediente no se encontrare en el tribunal; la segunda (correspondiente al inciso b]), cuando hallándose en él no se exhibiere a quien lo solicita y se hiciera constar tal circunstancia en el libro de asistencia.

La conjunción "y" en el inciso "b" del art. 133 ha merecido diversas interpretaciones. Para la posición denominada restringida, esta conjunción considera que para impedir los efectos de la notificación automática se deben cumplir las dos circunstancias mencionadas: estar el expediente en el tribunal y firmar el libro respectivo. Por ello, en seguimiento de esta posición se ha indicado que, para que no se tenga por cumplida la notificación por ministerio de ley, es insuficiente tratar de demostrar que el expediente no se encontraba en secretaría a disposición de las partes, pues la conjunción "y" contenida en el art. 133 del CPCCN exige ineludiblemente el cumplimiento del otro recaudo, esto es, dejar nota en el libro de asistencia. La ausencia de firma del interesado en el libro no puede ser suplida por otros medios de prueba, pues resulta, para esta posición, la única prueba para enervar la notificación[9].

La otra posición adopta una interpretación de los requisitos del art. 133 (inciso b]) menos formalista. Acude para ello a la denominada "Instrumentalidad de las formas procesales". Según este criterio, el interesado (que no ha firmado el libro respectivo) podrá acudir a otros medios probatorios que acrediten que no se ha podido acceder al expediente, y con ello anoticiarse de las resoluciones pendientes de comunicación.

Sobre esta posición, amplia, se ha indicado que si la parte, aun con independencia de que hubiera dejado constancia en el libro de asistencia, ha podido por un medio serio y objetivo comprobar que el expediente no pudo ser compulsado el día de la nota correspondiente, debe tenerse por no cumplida la notificación automática[10].

En síntesis, resulta significativo cómo la indicada "instrumentalidad" de las formas (adoptada por esta segunda posición), y que ha servido para justificar que pueda obstruirse la notificación automática, pues veremos que (utilizada en forma inversa) subyace en el caso que motiva este comentario, puede servir para dar una respuesta distinta, esto es que la notificación se ha producido, aun cuando las formas procesales quizás han sido adoptadas siguiendo la letra de la norma.

IV. La gestión electrónica del expediente. El libro de asistencia

La implementación de una tramitación digital para el proceso, instrumentado en muchos casos por medio de acordadas dictadas por los superiores tribunales o cortes supremas, ha generado que las reglas establecidas en los Códigos Procesales, para determinados instrumentos, queden sometidas a un signo de interrogación.

Arazi y Belloti realizan un interesante recorrido por distintas normas que, producto de la implementación de tecnologías de gestión digital del proceso, merecen una reconsideración. Dentro de ellas indican situaciones como la referida a la adjunción de copias, lo atinente a vistas y su contestación con especial efecto respecto al Ministerio Público, también observan la temática referida a los plazos para alegar y, en lo que aquí interesa, advierten sobre el impacto de la notificación ficta[11].

Sobre este punto, los autores indican que la notificación automática debe ser revisada; pues, si bien no resulta absolutamente incompatible, presenta "conflictos de funcionalidad" con las nuevas tecnologías de gestión procesal implementadas.

Efectivamente, se advierte un desencaje entre el expediente papel que, por ejemplo, al encontrarse "a despacho", no permitía visualizar a las partes las resoluciones que no habían podido ser examinadas por ellas en sus respectivas visitas al tribunal y compulsa del expediente. Actualmente, el sistema permite a las partes la visualización de las resoluciones "on line", en tiempo real, sin importar si el expediente ha sido puesto "en letra" o no.

Por ello, como acertadamente lo indica Giannini, existe una significativa diferencia entre la justificación del sistema en la época en que no era posible saber las novedades de la causa sin ver el expediente y la actualidad, donde las resoluciones sucesivamente dictadas en la causa son visibles para las partes, por más que los martes y viernes la causa se encuentre "a despacho"[12].

Quizás contribuya a la confusión la implementación del denominado "botón de visita" que, según la Acordada 3/2015, sustituyó al libro de visitas en papel por la inserción de una firma electrónica que ahora se encuentra a disposición de las partes en cada expediente digital. Debe recordarse que, en 2015, momento en el cual se implementó esta firma electrónica, con el accionamiento del botón especialmente ubicado, aún se gestionaban en papel las actuaciones, y por ello en el mismo art. 11 de la Acordada se indicaba que de la firma electrónica que la parte realizaba se debía asentar en papel en el respectivo expediente[13].

(5) Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores, 1941, t. 1, p. 740.

(6) Falcón, Enrique M., *Tratado de derecho procesal civil y comercial*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2011, V.2. p. 30.

(7) Maurino, Alberto Luis, *Notificaciones procesales*, Buenos Aires, Astrea, 2004, p. 164.

(8) Quizás, hoy tampoco tendríamos que indicar que la cédula insume un despliegue de actividad procesal relevante, pues la implementación en las diversas jurisdicciones de domicilios electrónicos ha permitido implantar una comunicación considerablemente más rápida y con menor necesidad de actividad de personal para tal efecto.

(9) Alvarez Julia, Luis, "Notificación por ministerio de la ley", Buenos Aires, *Revista La Ley*, 1996-B, 295.

(10) CNCiv., sala B, "Mancini de Nicoletti, Ana s/ Incidente", 13/05/1994, ED-159, p. 464. Incluso en el desarrollo argumental de la sala B se resalta y valora el denominado principio de "Instrumentalidad de las formas", en ese caso, para indicar que la persona no había podido tomar conocimiento de la resolución que, en forma automática, le había sido notificada.

(11) Arazi, Roland y Bellotti, Lucas, "El ocaso de previsiones procedimentales incompatibles con el trámite digital del proceso", *Revista de Derecho Procesal*, Santa Fe, 2023-1, p. 17.

(12) Giannini, Leandro, "La notificación automática ('por nota') en la era digital", Buenos Aires, *Revista La Ley*, 25/08/2023, Cita: TR LALEY AR/DOC/1971/2023, consultado en línea el 15/9/2023.

(13) Acordada 3/2015 de la CSJN del 19/2/2015 (B.O. 25/2/2015).

Indudablemente, la pervivencia de la posibilidad de ingresar al libro de visitas, ahora de forma remota con la inserción de una firma electrónica, los días martes y viernes, presenta la dificultad de permitir seguir con vida a un instituto propio de la gestión del expediente papel, y que era utilizado en la práctica solo cuando al requerirse el expediente se le informaba a la parte que este no se encontraba. Recién luego de haber solicitado el expediente se le permitía a la parte asentar en el libro de visitas que había requerido las actuaciones, y de esta manera imposibilitar cualquier resolución que estuviera pendiente de ser comunicada en forma automática.

V. Conclusiones

Las formas procesales son necesarias y la experiencia demuestra que su ausencia provocaría desorden e incertidumbre(14). Muchas de estas formas se sostienen sobre condiciones sociales y políticas de la época en que ellas se despliegan, y muchas otras se sostienen solo por el espíritu conservador que "domina el orden forense"(15).

Propio de la época que nos toca transitar es la irrupción de la tecnología en la tramitación procesal, y Sagüés se refiere a ello al indicar que la "desmaterialización del proceso", como en cualquier hipótesis de restricción de derechos, debe contar con un test de razonabilidad, por más que puedan gozar las normas que la implementan con una presunción de constitucionalidad(16).

Esta razonabilidad, en cuanto a las formas procesales, cuenta con un principio introducido en el art. 169 del CPCCN, que establece (luego de haber indicado el principio de especificidad) la denominada "Teoría de la finalidad" (o "Instrumentalidad de las formas"). Este principio indica que aun cuando la ley no establezca taxativamente para un acto irregular una sanción de nulidad, esta procederá igual cuando este carezca de los requisitos indispensables.

Incluso siguiendo esta senda de la instrumentalidad, el art. 169, en su párrafo final, con la intención de "salvar" los efectos del acto procesal que cuenta con algún defecto, también indica que no se podrá declarar la nulidad si el acto, no obstante su irregularidad, ha logrado la finalidad a la que estaba destinado.

Como se observa, la instrumentalidad servirá para nulificar el acto que taxativamente no cuenta con tal tipo de sanción, como también para salvar un acto pese a hallarse incidido por el incumplimiento de alguna de las formas legales establecidas.

Ahora bien, la indicada instrumentalidad debe tener distinta calibración cuando su uso resulta, como en el caso bajo comentario, una herramienta que impacta sobre garantías que hacen al contradictorio, y por eso la decisión adoptada por la sala C no deja de provocar ciertas dudas respecto de su resultado.

En conclusión, el ejercicio de compatibilidad entre lo anterior y lo nuevo, cuando ello no ha sido emprendido por el legislador, pues debe tener el cuidado que permita considerar la pervivencia de las garantías del contradictorio, evitando sorpresas procesales a las partes.

Por último, frente al escenario que abre este tipo de decisiones, pues también resultaría adecuado un rediseño de la forma de impedir la notificación automática, por lo pronto, eliminando con una simple acordada el indicado botón de suscripción del libro de visitas, y de esta manera se evita crear expectativas de resultado en una actividad procesal que, aparentemente, se encamina a resultar infructuosa.

VOCES: DEMANDA - PODER JUDICIAL - NOTIFICACIÓN - INFORMÁTICA - TECNOLOGÍA - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - DOMICILIO - DEFENSA EN JUICIO - PROCESO JUDICIAL - EXPEDIENTE JUDICIAL - JUECES - DERECHO PROCESAL - PROCESO ORDINARIO - ABOGADO - JURISPRUDENCIA

(14) Maurino, Alberto Luis, *Nulidades procesales*, 3ª, Buenos Aires, Astrea, 2011, p. 4.

(15) Chiovenda, Giuseppe, *Instituciones de derecho procesal civil* (Trad. E. Gómez Orbaneja), Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1954, Tomo III, p. 116.

(16) Sagüés, Néstor, "Digitalización judicial, debido proceso y derechos fundamentales", Buenos Aires, *Revista El Derecho*, 29/8/2022, Cita Digital: ED-MMMCDVI-609, visto el 25/9/2023.

Notificación:

Notificación por Ministerio de Ley: validez; providencia disponible en el sistema judicial de consulta de causas; posibilidad de acceder al expediente electrónicamente; excepciones del art. 133 del CPCCN; inaplicabilidad.

Con nota a fallo

1 – Corresponde confirmar la validez de la notificación por ministerio de ley si la providencia estuvo disponible en el sistema judicial y nada impedía al quejoso tomar vista de las actuaciones mediante el sistema de consulta de causas desde el mismo día del dictado de la providencia en cuestión, y así anoticiarse del contenido de la providencia digital incorporada en esa fecha en dicho sistema.

2 – Procede confirmar la validez de la notificación por ministerio de ley si la providencia estuvo disponible en el sistema judicial, pues el propio recurrente pudo acceder al expediente electrónico para dejar nota en todos los días que detalla, de manera que no se presentan en el caso las excepciones previstas en el art. 133 del CPCCN para no considerar notificada la providencia a la que allí se alude.

3 – La posibilidad de dejar nota electrónica no trae aparejados automáticamente los efectos previstos en el art. 133 del CPCCN, es necesario que concurran –además– las condiciones que allí expresamente se indican y sobre las que el recurrente guarda silencio en su memorial: que "el expediente no se encontrare en el tribunal" o que "hallándose en él, no se exhibiere a quien lo solicita...". M.A.R.

61.748 – CNCiv., sala C, julio 31-2023. – P., D. N. c. Leader Music S.A.C.I.M. y otro s/ daños y perjuicios.

Buenos Aires, 31 de julio de 2023

Vistos y*Considerando*:

I. Contra la providencia de fecha 21.06.2023 mediante el cual el Sr. Juez de grado declaró extemporánea la contestación de traslado presentada por Google Argentina SRL. y Google LLC se alzan las mismas a través del recurso de revocatoria con apelación en subsidio.

Desestimado el primer remedio procesal, se concedió el recurso de apelación subsidiariamente interpuesto. De los fundamentos se corrió traslado, el que fue contestado por la actora mediante la presentación del 04.07.2023.

II. Sostiene el recurrente que "con fecha 23 de mayo, V.S. corrió traslado a mis representadas de los fundamentos del recurso interpuesto por la actora (el "Traslado del Recurso") ... El traslado del recurso fue notificado ministerio *legis* el día 6 de junio de 2023, toda vez que el viernes 26 de mayo de 2023 fue Feriado Nacional, y los días 30 de mayo y 2 de junio de 2023 mis mandantes dejaron debida constancia mediante nota electrónica en el expediente, toda vez que el mismo se encontraba a despacho. Con fecha 12 de junio de 2023 (a fs. 412/417), esta parte presentó la contestación al traslado del memorial de la actora, es decir dentro de los cinco (5) días hábiles judiciales luego de haberse notificado por ministerio *legis* el Traslado del Recurso. Por ende, la contestación a los agravios de la parte resulta tempestiva de conformidad con el art. 246 del CPCCN".

Comenzamos por señalar que a nuestro criterio los agravios del recurrente no deben ser admitidos.

En efecto, como bien señala el Sr. Magistrado de primera instancia, nada impedía al quejoso tomar vista de las actuaciones mediante el sistema de consulta de causas desde el mismo día del dictado de la providencia en cuestión, es decir a partir del 23.05.2023, y así anoticiarse del contenido de la providencia digital incorporada en esa fecha en dicho sistema.

Tan es así que el propio recurrente pudo acceder al expediente electrónico para dejar nota en todos los días que detalla, de manera que no se presentan en el caso las ex-

cepciones previstas en el art. 133 del ritual para no considerar notificada la providencia a la que allí se alude.

Dicho en otras palabras, la posibilidad de dejar nota electrónica no trae aparejados automáticamente los efectos previstos en el citado artículo, es necesario que concurran –además– las condiciones que allí expresamente se indican y sobre las que el recurrente guarda silencio en su memorial: que "*el expediente no se encontrare en el tribunal"* o que "*hallándose en él, no se exhibiere a quien lo solicita..."* (art. 133, inc. 1 y 2, Cód. Procesal) (conf esta Sala "C", en autos "Samouelian, M. R. C. c/ Berendorf de Haimovici B. s/ ejecución de sentencia", Expte. Nro. 75.136/2012, del 19.11.2021).

Conforme a lo expuesto, *se resuelve*: confirmar la providencia recurrida, que resulta ajustada a derecho; y, en consecuencia, rechazar el recurso bajo análisis. Con costas de Alzada a cargo del vencido (arts. 68 y 69, Cód. Procesal). Notifíquese electrónicamente a las partes, regístrese y, oportunamente, devuélvase. – *Juan M. Converset*. – *Pablo Trípoli*. – *Omar L. Díaz Solimine.*

***

Daño Punitivo:

Procedencia: factor de atribución subjetivo; requisitos de configuración.

1 – No puede estimarse que el daño punitivo solamente procede en aquellos supuestos en los que los fabricantes o proveedores se prevalen a sabiendas de conductas dañosas procurando obtener ganancias, especulando con la posibilidad de lucrar a expensas de los consumidores que no formulen reclamos, pues ello implicaría introducir una limitación que no tiene base legal y que en poco contribuiría a sanear las distorsiones en las relaciones de consumo. Siendo este el factor de atribución que, en la generalidad de los casos, preside la apreciación de la procedencia de la aplicación de dicha multa civil, sea que se la conceda al amparo del art. 52 bis de la LDC, sea que encuentre justificación en la disposición del art. 8 bis del mismo cuerpo legal.

2 – Sin que ello signifique desatender la atribución de responsabilidad al proveedor cuando fuera comprobada su actuación permanente tendiente a lucrar en perjuicio de los consumidores, cabe considerar que no corresponde exigir la demostración de una intención dañosa general y continua para la aplicación de una multa en concepto de daño punitivo, pues ello escapa al ámbito regulatorio del art. 52 bis de la LDC. Sino que solo puede, en principio, admitirse la ponderación de las aristas fácticas del conflicto individual de intereses, con relación a la posición asumida frente a un consumidor en particular.

3 – Cabe confirmar la condena por daño punitivo impuesta a la defendida, pues su conducta encuadra dentro de la culpa o negligencia grave. En efecto, la existencia del factor subjetivo de atribución surge claramente, pues ella actuó con grave indiferencia frente a los intereses de su cliente, ya que, a sabiendas de la regularidad con que suceden los hechos como el de autos, no adoptó los medios para prevenir el daño sufrido por el demandante (arts. 1109 del Código Civil derogado y 1749 y 1751 del CCyCN).

4 – Aún juzgada la cuestión con el criterio restrictivo que debe primar en la materia, cabe considerar que, en el caso, puede inferirse, con suficiente grado de certidumbre, la configuración de un daño punitivo con arreglo al marco de aprehensión de los arts. 8 bis y 52 bis de la LDC (del voto de la doctora Tevez). R.C.

61.749 – CNCom., sala F, julio 5-2023. – (Herederos de) R. E., G. I. c. Cencosud S.A. s/ ordinario.

En Buenos Aires a los 5 días del mes de julio de dos mil veintitrés, reunidos los Señores Jueces de Cámara fueron traídos para conocer los autos "(HEREDEROS DE) R. E., G. I. C/ CENCOSUD SA S/ ORDINARIO" EXPTE. Nº CIV 85063/2017 en los que al practicarse la desinsaculación que ordena el art. 268 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación resultó que la votación debía tener lugar en el siguiente orden: Vocalías Nº 18, Nº 17, Nº 16.

Se deja constancia que las referencias de las fechas de las actuaciones y las fojas de cada una de ellas son las que surgen de los registros digitales del expediente.

El doctor Ernesto Lucchelli no interviene en el presente Acuerdo por encontrarse en uso de licencia (art. 109 del Reglamento para la Justicia Nacional).

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada de fecha 23 de febrero de 2021?

El Sr. Juez de Cámara Dr. *Rafael F. Barreiro* dice:

I. Antecedentes de la causa

1. G. I. R. E. promovió demanda por daños y perjuicios por la suma de $ 700.000 contra ORGANIZACIÓN VERAZ SA y CENCOSUD SA (v. fs. 3/15).

Explicó que el día 04/03/2012 concurrió a un establecimiento Easy ubicado en el barrio de Caballito donde, al momento de abonar le informaron que de realizar el pago mediante la tarjeta "Cencosud" obtendría un importante descuento sobre los bienes adquiridos, tramitándole la tarjeta en el momento.

Afirmó que, ante el panorama descrito accedió a la emisión del plástico y abonó su compra de $ 969,25 obteniendo un descuento de, aproximadamente, un 15% equivalente a $ 137,94.

Adujo haber abonado las tres cuotas en tiempo y forma pero que, al recibir los resúmenes, se percató de la excesiva onerosidad de los cargos aplicados por la emisora.

Contó que intentó dar de baja la tarjeta pero que en ninguna parte del contrato se informaba el procedimiento, por lo que ante infructuosos intentos por vía telefónica, procedió a realizar el trámite por la web de la demandada con fecha 01/06/2012.

Indicó que a pesar de haber realizado los trámites no obtuvo constancia alguna y que continuó recibiendo resúmenes de tarjeta y que, tras comunicarse telefónicamente le dijeron que debía cancelar los resúmenes para obtener la baja.

Detalló las fechas de los resúmenes y sus montos y destacó que cualquier descuento ofrecido resultaba en un ardid en tanto aquel era consumido por los gastos cobrados.

Sostuvo que, a pesar de haber realizado los pagos, la demandada aún así no realizó la baja de la tarjeta y continuó sus intentos de percibir gastos infundados y mantuvo la cuenta abierta generando gastos administrativos –pese a su deber de dar de baja la cuenta luego de 4 meses de deuda de acuerdo a los términos y condiciones–.

Cuestionó las acciones de la demandada las que, dijo, únicamente se destinaban a obtener un lucro contra la voluntad del consumidor mediante prácticas comerciales engañosas y agresivas.

Informó que, la conducta de Cencosud no cesó allí sino que se agravó con el envío permanente de mensajes, notas y mails intimidatorios y que terminó por informarla como deudora ante Organización Veráz.

Postuló que el daño producido por la accionada con su campaña de desprestigio era superior a la deuda reclamada, habiendo utilizado la emisora en sus reclamos métodos "intolerables" que atentaban contra la paz social y vulneraban los derechos de los consumidores.

Contó que el día 29/04/2013 remitió carta documento ratificando su voluntad de dar de baja las tarjetas e intimándola al cese de la persecución pero que ninguna respuesta obtuvo.

Refirió que Cencosud vendió el crédito a la empresa "Argentina Collection Agency SA" a quien también remitió carta documento el 03/02/2014.

Relató que el 07/04/2014 interpuso demanda ante la Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor, la que finalizó con una condena de $ 65.000 a la emisora por incumplimiento al deber de información.

Detalló los reclamos realizados ante Organización Veraz quien, pese a haber dicho que suprimió los registros de Cencosud, seguía informándola como deudora irrecuperable por una suma irrisoria, sin considerar los tempestivos pagos realizados a los restantes actores del sistema financiero con los que operaba.

Remarcó que la demandada insistió con sus reclamos durante 3 años hasta que se presentó a la mediación, oportunidad en que otorgó a la actora una nota fechada del 09/06/2016 donde constaba la inexistencia de deuda.

Manifestó su indignación en la persecución sufrida y la conducta posteriormente asumida por el emisor, quien obró en perjuicio de su dignidad e imagen.

Solicitó la compensación de los daños extrapatrimoniales padecidos.

Justificó la responsabilidad endilgada al accionado en el incumplimiento del deber de información exigible en

virtud de la Ley 24.240 y del Código Civil y Comercial de la Nación; y la vulneración de su dignidad en virtud del trato dispensado.

Endilgó responsabilidad objetiva a Organización Veraz por el riesgo propio de su actividad en la difusión de información errónea y solicitó se le haga extensiva la condena de reparar el daño moral padecido en virtud de la negligencia mencionada.

Requirió la condena a reparar el daño moral padecido entre los años 2013 y 2016 por la suma de $ 700.000 –comprendiendo en este rubro tanto el daño al honor, como el tiempo insumido en reclamos y la limitación de acceso al crédito–.

Pidió la aplicación de una multa civil en los términos del artículo 52 bis. LDC que justipreció en la suma de $ 1.000.000. Ofreció prueba.

2. A fs. 99/113 se presentó Organización Veraz y contestó demanda cuyo íntegro rechazo solicitó.

En primer término, efectuó una minuciosa negativa de los hechos expuestos en el escrito de inicio.

Negó la procedencia de la demanda incoada en su contra en tanto consideró que carecía de legitimación para ser traída a juicio. Aclaró que no existía relación de consumo entre su parte y la actora.

Solicitó el rechazo de la demanda con costas e impugnó los montos reclamados por considerarlos excesivos.

3. A fs. 120, a pedido de la actora, se declaró la rebeldía del codemandado Cencosud SA.

Y a fs. 150/151, en oportunidad de celebrarse la audiencia preliminar, la actora desistió de la acción y de derecho respecto a la codemandada Organización Veraz SA, quien prestó conformidad.

II. La sentencia apelada

Con fecha 23 de febrero de 2021 la magistrada de grado emitió su pronunciamiento y resolvió hacer lugar a la demanda incoada contra Cencosud SA a quien condenó al pago de la suma de $300.000 con más los intereses dispuestos para cada rubro así como también las costas del proceso.

Para así resolver la a quo consideró que: a) si bien la rebeldía no permitía dejar de lado el derecho de defensa en juicio de raigambre constitucional, la falta de presentación oportuna del accionado conllevaba a tener por ciertos el relato de los hechos y los documentos acompañados por la actora; b) debía tenerse por cierto el incumplimiento del deber de información en cabeza de la emisora de tarjeta de crédito y la posterior información desfavorable en los sistemas crediticios; c) el daño moral podía presumirse de los hechos esgrimidos y acreditados por la actora y cabía estimarlo en la suma de $100.000 al cual se adicionaría una tasa correlativa del 6% anual desde la mora la que fijo desde el momento de la indebida inclusión en la central de deudores; y d) resultaba admisible el reclamo por daño punitivo el que justipreció en la suma de $ 200.000 a la fecha del pronunciamiento.

Reguló honorarios a los profesionales intervinientes.

III. Las quejas

Con fecha 03/03/2021 se denunció el fallecimiento de la actora. El día 09/03/2021 Se presentó el Sr. R. M. P., cónyuge supérstite de la Sra. R. E., en su carácter de heredero, ratificó la gestión del letrado patrocinante y solicitó que se lo tenga por parte.

Posteriormente, se presentaron el Sr. P., junto con los descendientes de la accionante –S. P. y L. R.– y acreditaron el vínculo con la causante, tomando su lugar en el proceso (v. fs. 276/278).

1. Los actores R. M. P. y S. P. se alzaron contra la sentencia y expresaron sus agravios a fs. 330/332. La Sra. L. M. R. adhirió a los mismos a fs. 333. Cencosud contestó agravios a fs. 339/344.

Sus quejas pueden sintetizarse en las escasas sumas reconocidas en concepto de daño moral; la tasa de interés dispuesta para el mencionado rubro y en la cuantía del daño punitivo fijado.

2. A fs. 287 Se presentó en autos Cencosud SA y apeló la sentencia definitiva.

Fundó a fs. 321/328 el recurso oportunamente interpuesto, el que mereció contestación de su contraria a fs. 335/337.

Criticó la sentencia en cuanto endilgó responsabilidad a su parte a pesar de no haber producido pruebas tendientes a demostrar la veracidad de los dichos y sin citar la prueba tenida en cuenta para decidir en tal sentido.

Asimismo, consideró que no se había probado el daño moral que se dijo padecido ni la culpa grave y/o el dolo requeridos para fundar la procedencia del daño punitivo.

IV. La solución

1. Antes de entrar al estudio de las cuestiones traídas a esta Alzada, entiendo necesario señalar que no he de seguir a las apelantes en todos y cada uno de sus planteamientos, limitándome en el caso, a tratar sólo aquellas que son “conducentes” para la correcta adjudicación de los derechos que les asisten. Me atengo, así, a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ha estimado razonable esta metodología de fundamentación de las decisiones judiciales (conf. doctrina de *Fallos 265:301; 278:271; 287:230; 294:466*, entre muchos precedentes).

A lo que debo añadir que examinaré cada cuestión –hechos, pruebas y fundamentos– de manera que nada que sea sustancial quede sin tratar e intentaré ser conciso, por motivos de claridad para sustentar la decisión; bien entendido que he valorado todas las pruebas y reflexionado sobre todos los argumentos expuestos por las partes (CSJN, en *Fallos 265:301; 278:271; 287:230; 294:466, etc.*).

2. Así las cosas, me adentraré en primer término en las quejas vertidas por el demandado Cencosud SA en tanto sus críticas proponen la revocación de la responsabilidad adjudicada en el decisorio.

Ahora bien, tal estudio se hará, sin embargo, con las limitaciones naturales que se devienen de la rebeldía del demandado durante el proceso en la anterior instancia.

2.1. En relación a la declaración de rebeldía, es sabido que ésta conlleva –en principio– a una presunción de veracidad de los hechos en que se sustenta la pretensión introductoria, en tanto el legislador ha recibido expresamente dicho principio de interpretación en el cciv 919 –actualmente art. 263 CCCN– (conf. Salas, “Código Civil Anotado”, Tº I, p. 445; Belluscio-Zannoni, “Código Civil”, Tº 4, p. 132).

Sin embargo, el art. 356, inc. 1º, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación no determina un resultado ineludible en cuanto a la suerte del reclamo, sino que establece podrán estimarse como reconocimiento de la verdad de los hechos pertinentes y lícitos; en tanto que el art. 60 dispone que declarada la rebeldía la sentencia será pronunciada según el mérito de la causa y lo establecido en aquél, y en caso de duda constituirá presunción de verdad de los hechos lícitos afirmados por la otra parte (CSJN, *Fallos* 320:1048, disidencia parcial del Dr. Gustavo A. Bossert).

Por ello se ha señalado que si el juez dispone la apertura a prueba la situación de rebeldía no equivale a la admisión de los hechos pertinentes y lícitos, pues sólo en caso de duda aquella declaración servirá al actor como *presunción de verdad*; en suma, la otra parte tiene que cumplir con la carga de la prueba (conf. Morello *et alter*, “Códigos Procesales en lo Civil y Comercial…”, Tº II-B, p. 9, Librería Editora Platense SRL, La Plata, Prov. de Bs. As., 1985).

Tal es la solución que consagra el cpr 60, en cuanto dispone que la rebeldía no alterará la secuela regular del proceso y que la sentencia debe pronunciarse según el mérito de la causa y lo establecido en el cpr 356:1 que en lo pertinente dice “...el silencio... podrá estimarse como reconocimiento de la verdad de los hechos...”: El texto es claro: “podrá” y no “deberá”. Luego es carga del actor probar sus dichos de manera clara y convincente (cpr 377) y la rebeldía constituirá presunción de verdad de los hechos lícitos afirmados (cpr. 60) cuando no se exige la comprobación de algún hecho constitutivo de la acción o se trata de circunstancias que el demandado no tenía porque conocer; es decir que la sentencia será pronunciada según el mérito de la causa. Por ende, la rebeldía declarada no es suficiente, por si sola, para que el juez admita la verdad de los hechos alegados por la actora, y solo produce una presunción favorable a la pretensión del accionante, que debe ser ratificada o robustecida mediante la correspondiente prueba (cfr. me he pronunciado como Juez de primera instancia en “Aguilar Sebastián c/ Sabate Rodríguez y Cía. SRL y otro, s/ ordinario” –Expte. Nro. 52.796 del Juzg. Com. nº 18 Secr. nº 35– del 18.05.2009; esta Sala en “Bruno de Matsubara Lidia Norma c/Generación XXI SRL y otro s/Ordinario” del 27/12/2012).

2.2. Tal circunstancia debe, sin embargo, ponderarse teniendo en miras la normativa protectoria de los consumidores, y las presunciones establecidas en la Ley 24.240

cuando, como en el caso, el reclamante afectado es, sin duda alguna, un sujeto amparado por la normativa.

Así, es sabido que, como principio el cpr 377 pone en cabeza de los litigantes el deber de probar los presupuestos que invocan como fundamento de su pretensión, defensa o excepción, y ello no depende sólo de la condición de actor o demandado, sino de la situación en que cada litigante se coloque dentro del proceso (CNCom, Sala A, 14.6.07, "Delpech, Fernando Francisco c. Vitama SA", entre otros). La consecuencia de esta regla es que quien no ajuste su conducta a esos postulados rituales debe necesariamente soportar las inferencias que se derivan de su inobservancia, consistentes en que el órgano judicial tenga por no verificados los hechos esgrimidos como base de sus respectivos planteos (CNCiv, Sala A, 1.10.81, "Alberto de Río, Gloria c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, íd., Sala D, 11.12.81, "Galizzi, Armando B. c. Omicron SA"; íd., 3.5.82, "Greco Jospe c. Coloiera Salvador y otro"; CNCom, Sala A, 12.11.99, "Citibank NA c. Otarola Jorge"; íd., "Filan SAIC c. Musante Esteban", Sala B, 16.9.92, "Larocca Salvador c. Pesquera Salvador"; íd., 15.12.89, "Barbara Alfredo y otra c. Mariland SA y otros"; Sala E, 29.9.95, "Banco Roca Coop. Ltdo. c. Coop. de Tabacaleros Tucumán Ltda., esta Sala, 27.4.2010, "Lucchini Hernán Ricardo c/ Banco de La Nación Argentina y otro, s/ ordinario", íd., 16.11.2010, "Pugliese Hnos. S.H. de J. L. Pugliese y Damiano Pugliese c/ Refinería Neuquina SA, s/ ordinario"; íd., 18.11.2010, "Belli y Compañía SA, c/ Seguettis SRL y otro, s/ ordinario"; íd., 28.06.2011,"Mazzei, Juan Carlos c/ Boix Vargas Carlos Alberto, s/ ordinario").

La carga de la prueba actúa, entonces, como un imperativo del propio interés de cada uno de los litigantes y quien no prueba los hechos arriesga la suerte del pleito.

Ahora bien, como he dicho en otras oportunidades, la valoración y la carga de la prueba impuesta por el cpr. 377 ha sido alterada tanto con la teoría de la carga dinámica como con la sanción de la Ley 24.240.

El carácter tuitivo de aquella norma vino a agravar la carga que pesa en cabeza del proveedor de bienes y servicios. En este punto dispone el art. 53, 3er párrafo que: "*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*".

Cabe aclarar aquí que el mentado precepto no importa eximir al consumidor de acreditar mínimamente los hechos alegados y delegar la prueba en el proveedor, empero esta última posición no es la que adoptó la Sra. R. E. en el pleito, quien acompañó adecuadamente la totalidad de los reclamos cursados tanto a su parte para el cobro de la supuesta deuda como de su parte hacia Cencosud y sus cobradores –tanto por mail como por carta documento–, las constancias de los informes de Organización Veraz de fecha 01/04/2015 y 03/02/2015, las copias de la causa tramitada ante la Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor, las notas dirigidas al BCRA solicitando la eliminación de los datos erróneos.

Ello así, no resulta suficiente el simple cuestionamiento de la demandada en el momento de expresar agravios para echar por tierra la versión de los hechos de la actora, si aquella ninguna explicación brindó en el momento oportuno, omitiendo así no sólo pronunciarse sobre los hechos, sino también producir prueba alguna tendiente a demostrar el cumplimiento de las obligaciones a su cargo.

Es que solicitar al accionante que demuestre el incumplimiento del deber de información resultaría en la exigencia de una prueba vil e imposible, máxime cuando el accionado –de haberse presentado en tiempo y forma habría contado con todos los elementos necesarios para acreditar que informó adecuadamente a la usuaria de la tarjeta de crédito de las condiciones vigentes, los costos del servicio y las condiciones y modos para proceder a la baja del servicio.

Por otro lado, no pueden considerarse en esta alzada los argumentos de Cencosud en cuanto manifestó que no informaba a sus clientes ante centrales privadas –como lo es Organización Veraz– sino solamente ante el BCRA que no fue oficiado en autos; ni mucho menos tomar por cierta la información de la base BCRA del año 2016 –copiada en su escrito de agravios–, en tanto se trata de argumentos no esgrimidos en el momento procesal oportuno.

Efectuar la valoración de un argumento no esgrimido como defensa, llevaría a exceder los límites que determina concretamente el cpr:277, dado que no es admisible que en la Alzada se decida dejando de lado el contenido de la relación procesal como ha sido trabada en los escritos constitutivos del proceso (CNCom, Sala C, "Barujel, Leonardo c/ Galerías Broadway SRL s/ ordinario", 11/09/1991).

Destácase, sin embargo, que la información obtenida de la web BCRA resulta, además tendenciosa, en tanto, reitero, es del año 2016 y la accionante –y Organización Veraz– destacaron en sus escritos que la información como deudora irrecuperable se dio desde el año 2013 hasta noviembre de 2015, por lo que la existencia de la misma en la central de deudores del Banco Central en el año 2016 resultaba evidente.

Por todo lo hasta aquí expuesto, no caben dudas que la actora acreditó fehacientemente el incumplimiento del deber de información por parte de la accionada quien no sólo no detalló adecuadamente los términos de la contratación y sus costos, sino además no brindo respuestas tempestivas y adecuadas a sus reclamos y pedidos de baja; al mismo tiempo que continuó con el cobro indebido o no autorizado de resúmenes.

3. En virtud de lo hasta aquí expuesto, me adentraré en las quejas de las partes relativas al reclamo por daño moral. Es que, si bien la accionada propuso su rechazo por falta de prueba de su acaecimiento, los actores –herederos de la Sra. R. E.– consideraron insuficiente su cuantía para reparar el daño sufrido.

En este marco, debo señalar en orden a las obligaciones del proveedor y el daño moral que: "el incumplimiento deviene de concretas obligaciones impuestas por la ley de defensa del consumidor (trato digno, arts. 8 bis y buena fe contractual, art. 37 LDC), las que fueron transgredidas por la demandada a título de culpa grave (art. 1724 del CCyCN.).

"Y en este punto no deben olvidarse las enseñanzas de Von Ihering, que se pronunció por la afirmativa, sosteniendo que cualquier interés, aunque sea moral, es merecedor de protección por parte del derecho; agregando que no es razón para dejar sin reparación al titular del derecho afectado, la circunstancia de que éste no resulte apreciable en dinero. El dinero no siempre cumple una función de equivalencia, ya que ésta sólo se da cuando se trata de prestaciones de contenido patrimonial; en los demás casos cumple una función satisfactoria, posibilitando al titular del derecho violado la obtención de otros goces o sensaciones agradables o placenteras que lo distraigan y le hagan o mitiguen los padecimientos sufridos" (Ihering, Rudolph Von, *"De l'interet dans les contrats et de la prétendue nécessité de la valeur patrimoniale des prestations obligatories*", en Oeuvres choisis por O. de Meulenaere, Chevaler-Maresq et Cie. Edit., París, 1893, T. II, especialmente p. 178 y ss., cit. en "Tratado de la Responsabilidad Civil", Trigo Represas, Félix A. López Mesa, Marcelo J. Ed. LLBA 2004. T. I, p. 482).

La doctrina apunta como presupuestos del daño moral que sea cierto, personal del accionante, y derivar de la lesión a un interés suyo no ilegítimo y que el reclamante se vea legitimado sustancialmente.

En lo que atañe a lo primero, el daño moral debe ser cierto y no meramente conjetural, el que no es indemnizable; lo cual significa que debe mediar certidumbre en cuanto a su existencia misma.

Sin embargo, esta exigencia de certeza del daño debe ser adaptada al supuesto del daño moral posible en el sector del derecho del consumidor, dado que no se trata de un daño que pueda ser probado en base a pautas objetivas y materialmente verificables de acuerdo a las circunstancias del caso.

Los autores han sostenido que *"se puede sufrir un daño moral (afectación de los sentimientos) por causas contempladas en la LDC específicamente, omisión de información; trato indigno; mera inclusión de cláusulas abusivas, etc. y en segundo lugar, estas causas sólo pueden constituir una afectación de los sentimientos, es decir, daño moral autónomo del derecho económico*" (Ghersi, Carlos, *Las relaciones en el derecho del consumo especialmente la responsabilidad y el daño moral*, LLC2013 (marzo), 133).

Resulta incuestionable que la conducta asumida por la demandada repercutió indudablemente en los sentimientos de la recurrente, afectándose, de esta manera su vida personal.

En efecto, la penosa situación que debió atravesar la damnificada al solicitar en varias oportunidades la baja de

la tarjeta sin tener respuesta satisfactoria por la accionada, quien continuaba emitiendo resúmenes y abultando la deuda unilateralmente impuesta, al mismo tiempo que la informaba indebidamente ante las bases de deudores del sistema financiero, permite tener por acreditado un estado de impotencia y perplejidad que produce incomodidad, desasosiego, consternación y zozobra moral. Todo ello ha debido originar un cambio disvalioso en el bienestar del demandante al afectar su equilibrio anímico o estabilidad emocional, y ha debido ocasionar por el mero hecho de su acaecimiento un estado y un considerable sufrimiento que justifica su reparación (Com. A. "Miragaya, Jorge c/ Banco Francés s/ ordinario", 11.05.04; Com. D. "Mercobank S.A. s/ liquidación judicial s/ inc. de revisión por Tomada, Jorge", del 19.10.05.).

De modo que si como ocurrió en el caso, la defendida incurrió en incumplimiento, ejecutó deficientemente las prestaciones que tenía a su cargo, no adecuó su obrar al estándar de profesionalidad que le era requerido, quebrando con tal proceder las legítimas expectativas del usuario de sus servicios, debe responder por los perjuicios a éste irrogados.

En virtud de todo lo expuesto, considero que resulta insuficiente la reparación concedida en concepto de daño moral.

En tales condiciones, juzgo razonable elevar la indemnización y fijarla –a la fecha de este pronunciamiento- por este concepto en la suma de $ 350.000.

Dicho importe devengará intereses a una tasa pura correlativa del 12% anual desde la mora y hasta 10 días de quedar firme el presente decisorio –oportunidad en que deberá hacerse efectivo el pago de la condena– (esta Sala en "Quintana Milciades Flora c/Nosis Laboratorio de Investigación y Desarrollo SA s/ord.", del 10/09/2013, véanse mis votos en autos "Rivolta Miguel Ángel c/BBVA Banco Francés SA s/ord" del 31/09/2013, "Pliner, Marta Perla c/La Nueva Coop. de Seguros Ltda. s/ord." del 05/06/2014, entre otros; esta Sala "Ventura Agustín c/Volkswagen Argentina SA y otro s/ordinario" del 15/11/2021, "Luna Carlos Marcelo c/General Motors de Argentina SRL s/ordinario" del 07/12/2021).

Mas, en caso de no abonarse la condena dentro de los 10 días de quedar firme la presente, corresponderá aplicar intereses a la tasa que cobra el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones comunes de descuento a treinta días (cfr. los argumentos expuestos en "Moreno Constantino Nicasio c/Aseguradora Federal Argentina SA s/ord." del 01/08/2013).

4. Finalmente se quejaron los actores de la cuantía de la multa civil pretendida, mientras que el accionado impugnó su procedencia en forma integral.

Analizaré el presente agravio con sujeción al criterio de interpretación que expresé en reiterados votos ("*Bava Mónica Graciela y otras c/ ALRA SA y otro s/ ordinario"* del 19.06.18;*"Vega Gustavo Javier c/ MasterCard SA y Otros s/ ordinario"* del 29.08.17; "*Feurer Eva y otro c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ ordinario"* del 22.08.17; "*López Bausset Matías c/Automilenio S.A. y otro s/ ordinario"* del 12.07.17; *"López Hernán Javier c/ Forest Car SA y otros s/ sumarísimo"* del 12.07.07; *"Martínez Aranda Jorge Ramón c/ Plan Ovalo SA de Ahorro P/F Determinados y otro s/ ordinario"* del 27.04.17; *"Robledo Brigo Adán c/ Fiat Auto Argentina SA y otros s/ ordinario*" del 14.02.17; *"Berrio Gustavo Osvaldo y otro c/ la Meridional Compañía de Seguros SA s/ ordinario"* del 15.12.16) cuyos esquemas expositivos no reiteraré aquí a los fines de evitar alongar en demasía este Acuerdo., que coinciden con el pensamiento que volqué en una publicación relativa a la sustancia del daño punitivo (Barreiro, Rafael F, *El factor subjetivo de atribución en la aplicación de la multa civil prevista por el art. 52 bis de la ley 24.240*, Revista del Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa, Año V, Nº 3, La Ley, junio de 2014, ps. 123/135), es corriente asignar a la multa civil, además del propósito punitivo, otras dos finalidades: reparatoria y preventiva.

Su justificación puede apreciarse desde dos perspectivas: a. la compensación de daños extraordinarios; y b. la conducta socialmente intolerable del proveedor.

Si se estimara que la multa civil sólo procede en aquellos supuestos en los que los fabricantes o proveedores se prevalen a sabiendas de conductas dañosas procurando obtener ganancias, especulando con la posibilidad de lucrar a expensas de los consumidores que no formulen reclamos, se estaría introduciendo una limitación que no tiene base legal y que en poco contribuiría a sanear las distorsiones en las relaciones de consumo.

He aquí sucinta y precisamente explicado el factor de atribución que, en la generalidad de los casos, entiendo preside la apreciación de la procedencia del reclamo orientado a la aplicación de daños punitivos, sea que se los conceda al amparo del art. 52 bis, o bien sea que encuentren justificación en la disposición del art. 8 bis.

En esta particular relación ha mediado un incumplimiento de la demandada, consistente en: (i) la infracción al deber información (art. 4) y (ii) el trato indigno dispensado al usuario (art. 8 bis).

Dispone el art. 8 bis, LDC, que los proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios. Deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias. No podrán ejercer sobre los consumidores extranjeros diferenciación alguna sobre precios, calidades técnicas o comerciales o cualquier otro aspecto relevante sobre los bienes y servicios que comercialice. Cualquier excepción a lo señalado deberá ser autorizada por la autoridad de aplicación en razones de interés general debidamente fundadas. En los reclamos extrajudiciales de deudas, deberán abstenerse de utilizar cualquier medio que le otorgue la apariencia de reclamo judicial. Tales conductas, además de las sanciones previstas en la presente ley, podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el artículo 52 bis de la presente norma, sin perjuicio de otros resarcimientos que correspondieren al consumidor, siendo ambas penalidades extensivas solidariamente a quien actuare en nombre del proveedor.

Dicho art. 8 bis es una reglamentación de la amplia garantía del art. 42 CN, que exige dispensar a los consumidores un trato equitativo y digno. Las situaciones de inequidad e indignidad pueden justificar la aplicación de daños punitivos. Es palmario que la inobservancia del proveedor de estas pautas de conducta no puede sino provenir de un obrar intencional o, como mínimo, de una grave desaprensión en el cumplimiento de sus obligaciones. En la mirada de la cuestión que aquí se propone, este dispositivo no es una excepción confirmatoria de la regla de la objetividad que inspiraría la solución del mencionado art. 52 bis, sino que sobre la misma atribución subjetiva refuerza la defensa de los consumidores mediante el resorte de precaver situaciones vejatorias, expresamente reprimidas en el texto constitucional.

Además hay aquí una referencia incuestionable a la equidad, que no tiene por qué considerarse ausente en el daño punitivo y, en rigor, en todo el sistema articulado en defensa de los derechos de los consumidores y usuario.

Agréguese que la actitud despectiva de la accionada hacia la accionante en su calidad de consumidor y a sus derechos, se advierte notoriamente, no solo en lo relativo a estas actuaciones, sino en cuanto a la masividad e implicancia que tienen los roles de tales empresas con relación al universo de clientes que podrían encontrarse en una situación similar (v. en este sentido los múltiples reclamos en sede administrativa que constan en la resolución de la DGDYPC con similares reclamos a aquel cursado por la Sra. R. E. a fs. 190).

Asimismo, puede juzgarse cumplimentado el elemento subjetivo que también requiere la norma del LDC 52 bis y su doctrina para la aplicación de la multa civil.

En esta directriz se tiene dicho que constituye un hecho grave susceptible de "multa civil" por trasgresión del LDC 8 bis que exige un trato digno al consumidor, colocarlo en un derrotero de reclamos, en el que se haga caso omiso a la petición, tal como ocurrió en el presente caso (Guillermo E., Falco, "*Cuantificación del daño punitivo"*, LL 23/11/2011, y fallo allí cit.).

Los defectos referidos constituyen un supuesto cuya gravedad justifica la aplicación de la multa civil. En efecto, como consideración de carácter general puede coincidirse en que "el derecho a la protección de los intereses económicos está estrechamente ligado a la pretensión de calidad de los productos y servicios y a la vigencia de una auténtica justicia contractual, así como a un sistema de compensación efectiva en materia de reparación de daños" (Stiglitz, Rubén S., *Contratos Civiles y Comerciales*. Parte General, Bs. As., ed. La Ley, 2010, Tomo I, p. 244).

Debo dejar sentado que, en mi opinión, debe tomarse en consideración que exigir invariablemente en la totali-

dad de los casos que la conducta del proveedor se oriente a lucrar actuando en perjuicio de los consumidores para hacer operativo el dispositivo del art. 52 bis, y que aquello se haga intencionada y permanentemente, antes que proteger adecuadamente los derechos que la LDC consagra expresamente, conduciría a privarlos de suficiente y eficaz tutela pues se introduciría un límite que no tiene base en la ley. Apreciar la cuestión de esta manera, parecería sumir en la desprotección a los perjudicados considerados individualmente, es decir, se decidiría con abstracción del conflicto particular, porque siempre debería comprobarse que ha habido una maquinación tendiente a vulnerar los derechos de un colectivo de sujetos, con desatención de la específica conducta evidenciada en el caso concreto.

Entiendo entonces, y sin que ello signifique desatender la atribución de responsabilidad al proveedor cuando aquella actuación permanente fuera comprobada, que no cabe exigir la demostración de una intención dañosa general y permanente que escapa evidentemente al ámbito regulatorio del mencionado art. 52 bis. Sólo puede, en principio, admitirse la ponderación de las aristas fácticas del conflicto individual de intereses, en relación a la posición asumida frente a un consumidor en particular. Tal es, estimo, la situación configurada en el caso bajo juzgamiento.

En suma, la conducta de las defendidas encuadra dentro de la culpa o negligencia grave. La existencia del factor subjetivo de atribución surge claro pues, Whirlpool Argentina actuó con grave indiferencia a los intereses de su cliente pues, a sabiendas de la regularidad en que estos hechos suceden, no adoptó los medios para prevenir el daño sufrido por el demandante (art. 1109 del Código Civil derogado y 1749 y 1751 del CCyCN).

En consecuencia, propongo al Acuerdo, rechazar la crítica ensayada por la accionada sobre este punto y confirmar la condena por daño punitivo.

Ahora bien, en relación a su cuantificación, debo señalar que no soy ajeno a las complicaciones que giran en torno a la fijación del monto indemnizable por este rubro.

No desconozco que resulta conveniente acudir a instrumentos que permitan objetivizar, en la mayor medida posible, su cálculo. Ello, a los fines de lograr un mejor resguardo del derecho de defensa de las partes (art. 18 CN), pues permite que las partes conozcan el procedimiento utilizado para su cálculo y se encuentren en condiciones de cuestionarlo o defenderlo.

La finalidad de disuasión se aprecia explícitamente en los fundamentos del proyecto de ley 26.361 que introducen los daños punitivos (art. 52 bis) en la ley 24.240: "Con 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."

Asimismo, debe seguirse, como pauta ineludible de interpretación a los fines de determinar el *quantum* del daño punitivo, el listado de recaudos impuestos por el artículo 49 de la ley 24.240. Es decir, deberá tomarse en cuenta: a) el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario, b) la posición en el mercado del infractor, c) el grado de intencionalidad, d) la gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización y e) la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho.

En primer lugar, el perjuicio resultante para la reclamante consistió en la imposibilidad de acceder a los productos del sistema financiero, y en la prolongación innecesaria de sus padecimientos ante la falta de respuesta del demandado, quien desentendió de los reclamos realizados.

Agréguese que la posición del infractor en el mercado, amerita la aplicación de una sanción considerable, pues incide en la variable "d", aumentando numéricamente los potenciales perjuicios sociales, dado el volumen de clientes que manejan.

En razón de lo expuesto, juzgo que la suma de $ 700.000, resulta suficiente en el caso bajo examen.

Aclárese que la suma otorgada no devengará intereses moratorios dado el carácter de multa civil que reviste el rubro en cuestión.

Mas, en caso de no abonarse la condena dentro de los 10 días de quedar firme la presente, corresponderá aplicar intereses a la tasa que cobra el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones comunes de descuento a treinta días (cfr. los argumentos expuestos en "Moreno Constantino Nicasio c/Aseguradora Federal Argentina SA s/ord." del 01/08/2013).

13. [*sic*] En atención al modo en que ha sido resuelta la cuestión, las costas de ambas instancias serán soportadas por la accionada. Es que, la condena en costa al vencido, constituye un resarcimiento que la ley conforme la prescripción contenida en el cpr 68, reconoce al vencedor para sanear su patrimonio de los perjuicios que le ocasione el pleito. La misma debe ser entendida como reparación de los gastos razonables y justos, generados durante el devenir del proceso para accionar o para defenderse.

Por tanto, el vencimiento lleva consigo tal condena principio éste resultante de la aplicación de una directriz axiológica de sustancia procesal, en cuya virtualidad debe impedirse que la necesidad de servirse del proceso se convierta en daño (CNCom., Sala B, 28/3/89, "San Sebastián c/ Lande, Aron"); es decir, es una institución determinada por el supremo interés que el derecho cuyo reconocimiento debe transitar por los carriles del proceso, salga incólume de la discusión judicial (CNCom, Sala B, 12/10/89, "De la Cruz Gutiérrez, Graciela María, c/ Círculo de Inversores SA"; esta Sala, 11/10/11, "Koldobsky Liliana Estela c/ Koldobsky Carlos David s/ ordinario"; íd., 10/07/12, "Galli, Horacio Alberto c/ Euroderm SRL, s/ ordinario", íd., 25/10/12, "Massa José Luis y Otro c/ Standard Bank Argentina SA s/Amparo", íd., 14/03/2013, "Mielke Daniel Alberto c/Grove Felipe Rolando y otro s/ ordinario").

V. Conclusión

Por todo lo expuesto, si mi criterio fuera compartido por mis distinguidos colegas, propongo al Acuerdo: a) rechazar las quejas vertidas por Cencosud SA y admitir aquellas expuestas por los herederos de la demandante; b) confirmar la responsabilidad endilgada en la sentencia apelada, y elevar la condena a la suma de $ 1.050.000 con más los intereses fijados para cada uno de los rubros; c) imponer las costas de ambas instancias a la accionada vencida (arg. art. cpr 68).

Así voto.

La Dra. *Alejandra N. Tévez* dice:

1. Comparto en lo sustancial la solución propiciada por el distinguido colega preopinante en el voto que abrió este Acuerdo.

2. Solo agregaré, con relación al daño punitivo, que de los antecedentes colectados en la causa puede inferirse, con suficiente grado de certidumbre, su configuración, con arreglo al marco de aprehensión de los arts. 4, 5, 8 bis y 52 bis de la LDC. Ello así, aún juzgada la cuestión con el criterio restrictivo que, como es sabido, debe primar en la materia.

En ese quicio, en relación a la naturaleza y recaudos de procedencia de este tipo de daño, me remitiré al criterio interpretativo que he volcado en reiterados votos en esta Sala F (v. pronunciamientos en los autos: "Dubourg Marcelo Adrián c/ La Caja de Seguros SA s/ ordinario", del 18.02.14; "Santarelli Héctor Luis y otro c/ Mapfre SA de Seguros s/ ordinario", del 08.05.14; "García Guillermo Enrique c/ Bankboston NA y otros s/ sumarísimo", del 24.09.15; "Díaz Víctor Alcides c/ Fiat Auto SA de Ahorro para Fines Determinados y otros s/ ordinario", del 20.10.15, "Irala Villalba Isabel c/ Telefónica de Argentina S.A. s/ sumarísimo","Corbalan, Marcelo David c/ BBVA Consolidar Seguros S.A. s/ ordinario", del 13.4.21; "De Los Santos, César Fabián c/ Ford Argentina S.C.A. y otros s/ sumarísimo", del 13.5.21 y "Magula Martin Alejandro c/ BMW de Argentina S.A. y otros s/ Sumarísimo", del 17.5.21, entre otros), en línea con la tesitura expuesta en el plano académico en distintas publicaciones sobre la materia (cfr. "Algunas reflexiones sobre la naturaleza y las funciones del daño punitivo en la ley de defensa del consumidor", RDCO 2013-B-668; y "Trato "indigno" y daño punitivo. Aplicación del art. 8 bis de la Ley de Defensa del Consumidor", del 26.04.16, La Ley 2016-C, 638, ambas en coautoría con María Virginia Souto).

Así voto.

Y *Vistos*:

I. Por los fundamentos expresados en el Acuerdo que antecede, *se resuelve*: a) rechazar las quejas vertidas por Cencosud SA y admitir aquellas expuestas por los herederos de la demandante; b) confirmar la responsabilidad endilgada en la sentencia apelada, y elevar la condena a la suma de $ 1.050.000 con más los intereses fijados para cada uno de los rubros; c) imponer las costas de ambas instancias a la accionada vencida (arg. art. cpr 68).

II. En atención a lo dispuesto por el artículo 279 del Cód. Procesal, corresponde dejar sin efecto la regulación efectuada en la instancia de grado y establecer los honorarios de los profesionales intervinientes adecuándolos a este nuevo pronunciamiento para que no medie incongruencia con los recursos deducidos y el resultado del pleito (*Fallos* 313:528; 311:2687; 314/1873; 598/33). **Claro que ello no faculta a agravar la situación del único apelante, si fuera el caso** (*Fallos* 321:2307).

a. Atento el mérito de la labor profesional cumplida, apreciada por su calidad, eficacia y extensión, así como la naturaleza y monto del proceso, se fijan en 16,54 UMA (equivalente a $ 319.850,52) los estipendios del letrado patrocinante de la parte actora, doctor W. F. K (ley 27.423: 1, 3, 15, 16, 19, 21, 22, 24, 29, 51 y Ac. CSJN 19/23).

Asimismo, teniendo en cuenta que con posterioridad a la aceptación del cargo del día 3/6/20 y presentación del día 11/6/20, se hizo efectivo el apercibimiento de lo dispuesto por el art. 388 CPCCN con fecha 25/8/20, **a fin de no causar una *reformatio in peius***, se fijan en 4,531 UMA (equivalentes a $ 87.620,47) los honorarios de la perito contadora V. C. G. G. (ley 27.423: 1, 3, 15, 16, 19, 21, 51 y Acordada CSJN 19/23).

b. Asimismo, por la actuación de Alzada que motivó la resolución que antecede, se fijan en 5,29 UMA (equivalentes a $ 102.298,02) los honorarios del letrado patrocinante de la parte actora, doctor W. F. K. (ley 27.423: 16 y 30/conf. Ac. CSJN 19/23).

Ello, claro está, sin desmedro de la actualización que pudiera corresponder conforme la previsión del art. 51 Ley 27.423.

c. Finalmente, teniendo en cuenta lo establecido en la Ley Nº 26.589, la fecha en que recayó la sentencia conclusiva del proceso, la trascendencia económica de la materia, corresponde la aplicación de lo establecido en el art. 2, inc. g) del Anexo I del decreto 2536/15 y decreto 286/23 (conf. esta Sala "Ammaturo Francisco Horacio y otros c/Darex SA y otro. s/ ordinario"; "All Music S.R.L. c/ Supermercados Ekono S.A. s/ ordinario" ambos del 29.03.12), se fijan en 10,69 UHOM ($ 29.611,30) los honorarios del mediador, doctor C. G. R.

d. La presente regulación no incluye el Impuesto al Valor Agregado, que pudiere corresponderle a los beneficiarios en razón de su condición, impuesto que debe ser soportado por quien tiene a su cargo el pago de las costas conforme la doctrina sentada por C.S.J.N. *in re*: "Compañía General de Combustibles S.A. s/ recurso de apelación" del 16.6.93).

La adición corresponde previa acreditación de su condición de responsable inscripto frente al tributo.

Se fija en diez días el plazo para su pago conforme lo dispuesto por el artículo 54 de la Ley 27.423.

El doctor Ernesto Lucchelli no interviene en el presente pronunciamiento por encontrarse en uso de licencia (art. 109 del Reglamento para la Justicia Nacional).

IV. [*sic*] Notifíquese (Ley Nº 26.685, Ac. CSJN Nº 31/2011 art. 1º y Nº 3/2015), cúmplase con la protocolización y publicación de la presente decisión (cfr. Ley Nº 26.856, art. 1; Ac. CSJN Nº 15/13, Nº 24/13 y Nº 6/14) y devuélvase a la instancia de grado. – *Rafael F. Barreiro. – Alejandra N. Tévez* (Prosec. letrada: María Julia Morón).

NOVEDADES EN EL DERECHO DE SEGUROS

Directora: María Celeste Colombo

El seguro a debate: María Fabiana Compiani y Waldo Sobrino

por María Celeste Colombo(*)

Desde la sanción de la ley 27.337[1], en Argentina, los debates presidenciales son obligatorios y se desarrollan generalmente en el mes de octubre. En este contexto –en la sección "Novedades en el Derecho de Seguros", del diario El Derecho– emulamos ese ejercicio republicano y convocamos a dos de los más importantes referentes del Derecho de Seguros para un debate sobre los puntos más controvertidos en la materia. La modalidad para esta conversación es la siguiente: cada uno de los invitados contestará a cada pregunta formulada con la posibilidad de replicar por única vez la respuesta del otro. Los temas a discutir: inflación y suma asegurada; reformas a la Ley de Seguros; plazo de prescripción en el contrato de seguros; deber de información e información complementaria requerida al asegurado; y, por último, nuevas tecnologías en la industria del seguro.

En esta oportunidad, tengo el agrado de presentarles a María Fabiana Compiani[2] (FC) y a Waldo Sobrino[3] (WS) a quienes les agradezco su predisposición y la amabilidad de acompañarme en esta propuesta.

a) Para romper el hielo, les traigo un tópico bastante actual, en un contexto inflacionario como el vigente, ¿cómo abordar la suma asegurada como límite de la obligación del asegurador?

*** Respuesta FC**: La actualidad de nuestro país exhibe inflación de dos dígitos hace más de quince años, y de tres dígitos a partir de este año; sin embargo, la estrechez de nuestro sistema legal somete a las obligaciones de dar dinero –como la que se encuentra en cabeza del asegurador– a un rígido principio nominalista (art. 765, Código Civil y Comercial de la Nación[4]), a lo que se suma la prohibición de la actualización por índice de precios dictada por la ley 23.928 (ley de convertibilidad), cuyos arts. 7 y 10 fueran ratificados por la ley 25.566 (art. 4).

Debido a tales normas, en el tiempo que media entre que las partes convienen la suma asegurada (salvo, por ejemplo, los supuestos en que se pacte el pago efectivo en moneda extranjera, art. 766, CCCN, o como múltiplo de salarios, o valores de referencia autorizados legalmente, por ejemplo), o la fija en forma uniforme la autoridad de control (como en el seguro automotor obligatorio y voluntario), y el momento del cumplimiento por el asegurador, el desfasaje producido por la inflación no encuentra remedio plausible en el sistema legal argentino.

Nota de Redacción: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en El Derecho: *Reciente plenario de la Cámara Civil y los seguros*, por Carlos Schwarzberg, ED, 233-629; *Reflexiones derivadas de ciertos aspectos del siniestro y reparos doctrinarios que me aparecen de la interpretación de la Excma. Cámara en lo Comercial*, por Emilio H. Bulló, ED, 236-1077; *La franquicia en el contrato de seguro*, por María Cristina Morandi, ED, 238-1181; *Seguro de responsabilidad civil. Citación en garantía. Dirección del proceso. El depósito en pago de la suma asegurada y accesorias devengadas, ¿libera al asegurador citado en garantía?*, por Carlos Alberto Schiavo, ED, 244-1039; *La maldita franquicia del contrato de seguro en el transporte público de pasajeros*, por Amadeo E. Traverso, ED, 248-1254; *Sistema de factor de atribución en el Código Civil y Comercial*, por Carlos A. Ghersi, ED, 267-878; *Los supuestos expresamente contemplados en el nuevo Código que eximen –total o parcialmente– la atribución de la responsabilidad*, por Juan Francisco González Freire, ED, 274-813; *Apuntes en torno a las medidas mitigadoras en el Código Civil y Comercial argentino, con especial atención a la responsabilidad civil por incumplimiento contractual*, por Daniel L. Ugarte Mostajo, ED, 275-504; *Criterios de atribución de responsabilidad civil. Razones de su evolución desde Vélez Sarsfield hasta el Código Civil y Comercial*, por Fernando Alfredo Ubiría, ED, 277-724; *Ilegalidad de la suspensión automática de cobertura por mora en el pago de seguro*, por Pablo Fernando Ceballos Chiappero, ED, 284-52; *Derecho de seguros: prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguros. Necesidad de una armonización jurídica*, por Marcelo Oscar Vuotto, ED, 291-634; *Nuevas tecnologías y seguros: inteligencia artificial y nuevos desafíos para la industria del seguro*, por Juan Ignacio Di Vanni, ED, 303. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Directora de la sección "Novedades en el Derecho de Seguros".

(1) Publicada: B.O. 13/12/2016.

(2) Profesora Adjunta regular por concurso de la asignatura Obligaciones Civiles y Comerciales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Expresidente de la Asociación Argentina de Derecho del Seguro, rama nacional de AIDA. Vicepresidente del CILA (Comité Iberolatinoamericano de Derecho de Seguros). Autora de artículos e investigaciones en Derecho de Daños, del Consumidor y de Seguros.

(3) Profesor de Seguros de grado y posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Correo electrónico: waldo.sobrino@wsya.com.ar

(4) En adelante, se abreviará "CCCN".

Ello se agrava cuando es preciso reclamar judicialmente el cumplimiento del contrato o la responsabilidad civil y la fijación de la cuantía del daño, en tanto el tiempo que transcurre durante el proceso judicial no impide que se degrade el valor nominal de la prestación a cargo del asegurador. La realidad exhibe que el problema sólo encontrará una conducción suficiente a través de la modificación del CCCN, admitiendo las cláusulas estabilizadoras, y la derogación de la normativa que prohíbe la indexación por índices de precios.

Réplica WS: Con todo cariño y respeto, disentimos con los interesantes argumentos expuestos por mi querida amiga Fabiana Compiani (que es una de las doctrinarias más profundas de nuestras tierras).

Así, desde nuestra perspectiva, no existe ninguna barrera legal para que las compañías de seguros actualicen adecuadamente las sumas aseguradas, con la finalidad de que no se perjudique a los asegurados ni las víctimas de accidentes de tránsito.

Respecto al primer argumento del "principio nominalista", entendemos que existen dos (2) fundamentos principales muy sólidos para su no aplicación: (a) hace alrededor de más de ciento cincuenta años, el genial Vélez Sarsfield sostenía firmemente que, si existía "... alteración del (valor) de las monedas…", se debería considerar el monto como una "deuda de valor" (nota al art. 619, *in fine*, del Código Civil de 1871); y (b) se debe aplicar el art. 772 del CCCN, dado que –por ejemplo– cuando una persona asegura un automotor contra robo, lo único que tiene como objetivo es que, si le roban el vehículo, la compañía de seguros le abone la suma equivalente para comprar otro (más allá de la depreciación del valor de la moneda).

Con relación a la prohibición legal de actualizar las sumas, se debe recordar que cuando se dictó dicha normativa, la equivalencia del peso y el dólar era U$S 1 = $ 1.

En cambio, hoy por hoy (y solo por ahora…), la equivalencia es de: ¡U$S 1 = $ 1000! ¡Mil a uno!

Entendiendo que, por sobre todo, el Derecho es "razonabilidad", deviene impropio seguir aplicando una norma absolutamente insostenible, que ya no es constitucional, dado que tipifica dentro de la categoría de las denominadas "inconstitucionalidades sobrevinientes".

Finalmente, en los seguros de responsabilidad civil, la no actualización de la suma asegurada, según nuestro criterio, es la violación puntual del art. 109 de la Ley de Seguros, dado que se debe mantener indemne el patrimonio del asegurado; y la no actualización, justamente, hace que para el asegurado –que al inicio del juicio podría haber tenido una suma asegurada suficiente para pagar el siniestro–, con el mero paso del tiempo, su póliza de seguro se convierta, en muchos casos, en 'papel mojado', dado que no sirve para nada.

Incluso también debemos resaltar que, cuando las sumas aseguradas en pesos se diluyen por la inflación, existe una responsabilidad legal de las compañías de seguros (y los productores de seguros), dado que tendrían que haber explicado (Deber de Información + Deber de Asesoramiento + Deber de Advertencia) al asegurado que el seguro se podía contratar en dólares (y pagada la prima en pesos), de forma que podría tener una suma asegurada más acorde con la realidad económica.

***Respuesta WS**: En un país donde la inflación excede el 10 % mensual, pretender que la suma asegurada quede fija en pesos implica –necesariamente– que siempre el asegurado o la víctima del siniestro va a percibir un monto de dinero absolutamente depreciado.

El mercado de seguros (compañías de seguros y Superintendencia de Seguros de la Nación) tiene herramientas técnicas y legales para evitar y prevenir los daños que se le ocasionan a los asegurados (art. 1710 del CCCN).

Así, no solo se podrían establecer las sumas aseguradas en dólares, sino también, aprovechando experiencias del pasado de nuestro país, se podrían determinar los montos asegurados con pautas de actualización automática (como, por ejemplo, fue la Unidad de Cuenta de Seguros –UCS–).

Si no se brindan soluciones técnicas, significa que evidentemente existe una manifiesta indiferencia por los intereses de los asegurados (art. 1724 del CCCN).

Réplica FC: Coincido plenamente con el diagnóstico efectuado por mi querido amigo Waldo, pero discrepo en que sean las compañías de seguro quienes puedan evitar el daño. Su comportamiento debe ajustarse estrictamente a las normas, en ello está comprometido fuertemente el interés público, dado que a través de la prima captan el ahorro de la población. En cambio, la Superintendencia de Seguros de la Nación posee facultades para dictar las normas pertinentes para paliar o morigerar los efectos inflacionarios –art. 67, incs. b), e), f) y g) de la ley 20.091–, que afectan por igual a asegurados, terceros y aseguradores. Lo ha hecho en materia de reservas, creando, a partir del 2019, la Tasa de Actualización de Pasivos (TAP, resolución Nº 1080/2019), índice que publica mensualmente e integra las diferentes variables que deben ser tenidas en cuenta al momento de actualizar los valores "… *para fortalecer el mercado asegurador y, de ese modo, proteger a los asegurados mediante garantías de reservas técnicas que cuenten con el respaldo necesario a los fines de reaccionar ante un posible deterioro de la situación patrimonial*". De todas formas, ese recurso no impide el deterioro de la suma asegurada cuando se hace necesario reclamar el cumplimiento judicialmente, lo que solo encuentra solución con la derogación de la prohibición de la repotenciación por índices de precios.

b) Tras la reforma de nuestra ley de fondo, según su entender: ¿cuál es el plazo de prescripción aplicable al contrato de seguro?

***Respuesta WS**: De manera tajante y específica, en los "Fundamentos" del CCCN, se ordena que las pautas de protección de los consumidores son el "piso mínimo" y "núcleo duro" para amparar a los más vulnerables.

Incluso, en los "Fundamentos", se determina la "escala de graduación" legal de nuestro país, determinando: (i) en primer lugar: la Constitución Nacional; (ii) en segundo término: los principios de protección del consumidor del Código Civil y Comercial; y (iii) en último lugar, con rango inferior: las leyes especiales.

Asimismo, el art. 42 de la CN y los tratados internacionales de derechos humanos (art. 75, inc. 22, de la Carta Magna) ordenan la protección del consumidor.

Como consecuencia de ello, en el caso que pudiera existir un conflicto normativo respecto al plazo de prescripción, en forma ineluctable, se debe aplicar la que más favorezca al consumidor, es decir, el término de cinco (5) años, del plazo genérico de prescripción, determinado en el art. 2560 del CCCN.

Réplica FC: La pretendida jerarquización del Derecho del Consumo en materia de prescripción no respeta la armonización de derechos que reconoce la CN y contradice en forma ostensible la interpretación coherente e íntegra del ordenamiento jurídico. Sabido es que la interpretación debe partir de la letra de la ley, pero debe conformarse con el contenido de las restantes, pues todas ellas forman una unidad coherente, de modo que la inteligencia que se dé a la norma no debe alterar el equilibrio del conjunto (art. 2 del CCCN). Ello permite concluir la preeminencia de las disposiciones del Código en materia de consumo sobre las de la ley especial (incluida la del seguro) en las materias que expresamente regla ese núcleo duro de tutela (información, cláusulas abusivas, prácticas abusivas, comercialización fuera del local comercial del proveedor, etc.), pero en materia de prescripción, que no integra ese núcleo de tutela, justamente, el Código reenvía a la ley especial y al plazo allí fijado (art. 58 de la ley 7418).

***Respuesta FC**: La Ley de Seguros establece que las acciones fundadas en el contrato de seguro prescriben en el plazo de un año (art. 58, ley 17.418). La ley que sancionó el Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26.994, punto 3.4 del Anexo II de la Ley Nº 26.994) modificó el art. 50 de la ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios que ya no se refiere a la prescripción de acciones judiciales de consumidores, sino solo a las sanciones administrativas. El Código prevé un plazo genérico de prescripción de cinco años condicionado en su aplicación a la inexistencia de plazos especiales. Tanto es así que, en los artículos siguientes, el nuevo Código prevé distintos plazos especiales, como el de tres años para la responsabilidad civil (art. 2561, 2 párr.), el de dos años para daños derivados del contrato de transporte de personas o cosas (art. 2562, inc. d), entre otros. En mi opinión, no cabe dudar de que el único plazo de prescripción aplicable al seguro es de un año, sea de contrato de consumo o no.

Réplica WS: En esta cuestión disentimos con mi amiga Fabiana, señalando que la Ley de Seguros debe estar en consonancia con la Carta Magna y el CCCN, que orde-

nan (reitero: ordenan) que se debe proteger al consumidor (art. 42 de la CN; art. 1094 del CCCN).

Así, cual soliloquio, nos preguntamos: ¿se aplica la Constitución Nacional y el CCCN a los consumidores de seguros?

Al ser –sin hesitaciones– la respuesta afirmativa, no queda otra alternativa legal que aplicar todas las pautas protectoras en favor de los consumidores de seguros, incluyendo –obviamente– el plazo de cinco (5) años del art. 2560 del CCCN.

Como consecuencia de ello, entendemos que se debe aplicar el plazo de prescripción en cinco (5) años (art. 2560 del CCCN), en lugar del (raquítico) término de un (1) año del art. 58 de la Ley de Seguros.

c) Deber de información y contrato de seguros: según su opinión, ¿cuál es el contenido y alcance del deber de información con relación al asegurador?

***Respuesta FC**: No hay duda de que el asegurador debe brindar a los consumidores de seguros información detallada, cierta, adecuada y gratuita (art. 1100 del CCCN); que se manifiesta en la etapa precontractual, de oferta, publicidad; como en la celebración y ejecución del contrato y que se proyecta a lo postcontractual. Pero lo propio acontece también si el contrato fuera de adhesión a cláusulas generales predispuestas o, por excepción en nuestro medio, paritario. En efecto, para el contrato de adhesión, el art. 985 del CCCN exige que las cláusulas generales sean comprensibles, autosuficientes y su redacción sea clara, completa y fácilmente legible; y el art. 961 exige que los contratos (incluido el paritario) se celebren, interpreten y ejecuten de buena fe, de acuerdo no solo a lo que formalmente expresen, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos por un contratante cuidadoso y previsor. A mi juicio, más allá de la señalada extensión del deber de información, el alcance más importante en el contrato de seguro es qué se encuentra cubierto por este y qué debe considerarse excluido.

Réplica WS: En general, toda la doctrina coincide con la importancia del deber de información que las compañías de seguros (y los productores de seguros) deben cumplir frente al asegurado.

También coincidimos en que se deben aplicar las normas legales antes mencionadas.

El único problema es que ¡hace varios siglos que las compañías de seguros no lo cumplen!

Prueba concreta de ello es que le consulto al amable lector (seguramente interesado en seguros) si puede mencionar las principales cinco (5) cuestiones básicas que le fueron informadas por la compañía de seguros al momento de contratar el seguro.

P.D.: yo tampoco podría…

***Respuesta WS**: En primer lugar, señalamos que cuando mencionamos el "Deber de Información", lo hacemos en forma amplia, dado que incluimos al "Deber de Información" (art. 1100 del CCCN) + "Deber de Asesoramiento" (art. 10, Ley 22.400) + "Deber de Advertencia" (art. 1710 del CCCN).

Se debe partir de la premisa de las "expectativas razonables" que tienen los consumidores de seguros, de manera tal que se le deben informar aquellas cuestiones que "cualitativamente" le puedan producir mayores perjuicios, y "cuantitativamente" lo referido a las circunstancias que suelen acontecer normalmente.

Asimismo, y atento a que normalmente los contratos no se leen (y no hay culpa del consumidor si no los lee), se deben utilizar las modernas tecnologías, como videos, Códigos QR, *legal design*, infografías, colores que resalten las exclusiones de cobertura, etc., con la finalidad que la información sea 'eficiente'.

Réplica FC: Sólo me permito en este punto extender el débito de información a cargo del asegurador a los contratos de seguro de adhesión y paritarios.

d) Información complementaria requerida al asegurado: ¿considera que se deben incluir recaudos relativos al requerimiento de informaciones complementarias? En su caso, ¿cuáles?

***Respuesta FC**: La jurisprudencia ha sido especialmente docente en cuanto al requerimiento de información complementaria que se encuentra entre las facultades del asegurador, de forma tal que ha exigido al profesional que cumpla los requisitos de razonabilidad, necesidad, pertinencia y diligencia. Ello ha sido fruto de una interpretación razonable del art. 47, 2º y 3º párrs., de la ley 17.418.

La importancia de la cuestión no es menor porque el efecto de un requerimiento que incumpla las estrictas finalidades de investigar el hecho constitutivo del siniestro o la extensión del daño hará que no se verifique el efecto suspensivo del plazo con que cuenta el asegurador para pronunciarse sobre los derechos del asegurado (art. 56 de la Ley de Seguros).

En consecuencia, si el requerimiento formulado por el asegurador resultara meramente dilatorio (por requerir detalles excesivos o por encontrarse la información en cabeza del propio asegurador, o por ser factible a este requerirla por sus propios medios –por ej., las constancias de la causa penal–) o inconducente (en vistas a la única finalidad de que se autoriza el pedido de información complementaria: para verificar el siniestro o la extensión de la obligación a cargo del asegurador), el efecto será el silencio y con él la cobertura del siniestro.

Réplica WS: Coincidimos plenamente con lo señalado por Fabiana, en el sentido que los requerimientos al asegurado deben ser razonables, fundados, temporáneos y no dilatorios. El único problema es que existen algunas compañías de seguros que no liquidan los siniestros en tiempo y forma razonable, aprovechando que el paso del tiempo beneficia a las que no cumplen correctamente, dado que, por la inflación, día a día, tienen que pagar menos (a valores reales).

Finalmente, debemos hacer mención a una documentación complementaria que se requiere al asegurado en las liquidaciones de siniestros. Se trata de un procedimiento irrazonable e ilegal de muchas compañías de seguros, que se viene utilizando en forma inmemorial: nos referimos al documento (que algunos llaman de 'finiquito') que el liquidador de siniestros le hace firmar al asegurado para finalizar el siniestro. La ilegalidad consiste en que dicho documento es elaborado por el liquidador de siniestro, que se lo entrega al asegurado para que lo firme como si fuese una 'declaración unilateral' del asegurado.

La consecuencia estratégica de dicho procedimiento (Sun Tzu) es que el propio asegurado se está autolimitando en forma unilateral al monto del cobro, sin que exista ninguna obligación legal de la compañía de seguros, dado que no se trata de un convenio bilateral, ya que el liquidador no firma.

Como consecuencia de ello, el único obligado, limitado y restringido en sus derechos es el asegurado, ya que la compañía de seguros no asume ninguna obligación de aceptación del monto definitivo, ni los plazos de pago, ni las consecuencias legales por no pagar en forma oportuna, etc.

***Respuesta WS**: Respecto a la información complementaria que tendría que brindar el asegurado, debemos partir de la premisa básica de que todo aquello que no fue pedido o requerido expresamente (a través de formularios) por la compañía de seguros no tiene que ser informado por el asegurado (art. 1100 del CCCN y art. 42 de la CN), dado que es el "profesional" el que debe "informar" al "consumidor" aquellas cuestiones que necesita conocer.

Asimismo, también se debe brindar una aplicación moderna y actualizada al art. 15, párr. 2º, de la Ley de Seguros, de forma tal que toda declaración, denuncia o información que el asegurado no hubiera brindado, pero de la cual la compañía de seguros tenía conocimiento, por ejemplo, a través de Big Data, Internet of Things (IoT), etc., se considera legalmente cumplida.

Réplica FC: Coincido en que en un futuro cercano veremos que el asegurador se encontrará en posesión de información a través de la tecnología que torne inconducente el pedido de información complementaria al asegurado.

e) ¿Considera necesario reformar la Ley de Seguros? En caso afirmativo, ¿cuáles deberían ser las principales cuestiones por reformar?

***Respuesta WS**: Podría ser interesante una actualización de la Ley de Seguros, teniendo como premisa básica y fundamental el art. 42 de la CN, que ordena la protección de los consumidores, incluyendo –obviamente– a los consumidores de seguro.

Sin perjuicio de ello, se debe resaltar que la Ley de Seguros ya ha sido modificada en forma expresa (i) por el CCCN (arts. 1092 a 1122); (ii) por el art. 68 de la Ley 24.449; y (iii) por la aplicación de las neurociencias y la inteligencia artificial.

Ello es así dado que una interpretación y aplicación actualizada nos demuestra que la jurisprudencia modificó –correctamente– diversas pautas de la Ley de Seguros, como, por ejemplo: (i) la prescripción de cinco años; (ii) la obligación de pago de siniestros aunque exista mora del asegurado (cuando la compañía de seguros no se lo advirtió previamente); (iii) las víctimas de accidentes de tránsito consideradas como consumidores; (iv) la responsabilidad de las compañías de seguros por los actos de los productores de seguros (art. 40, ley 24.240); (v) no aplicación de la reticencia o la prorrata si no existe una información y asesoramiento previo; (vi) actualización de las sumas aseguradas (art. 772 del CCCN); etc.

Réplica FC: Justamente, la litigiosidad reinante sobre cada uno de estos temas (plazo de prescripción, suspensión de cobertura automática, *bystander*, responsabilidad de los productores asesores de seguros, reticencia, prorrata y adecuación de sumas aseguradas, entre otros) exhibe la necesidad de modificar la Ley de Seguros, de actualizar sus soluciones para alinearnos con los principios protectorios tanto de consumo como de adhesión a cláusulas generales predispuestas.

***Respuesta FC**: La respuesta afirmativa al interrogante planteado se impone si se observa la alta litigiosidad que deriva de la aplicación de algunos de los institutos regulados en la Ley de Seguros, los nuevos fenómenos sociales que alumbran la necesidad de regular nuevas coberturas (caución para conjuntos inmobiliarios, seguros cibernéticos, de D&O, etc.) y la necesidad de armonización con las normas tuitivas tanto del contrato de consumo como de adhesión a cláusulas generales predispuestas.

Algunas de las normas que merecen modificación son la anulación del contrato en caso de reticencia culpable (art. 6), la propuesta del contrato que difiere con el texto de la póliza (art. 12), la suspensión de cobertura automática en caso de purga de la mora (art. 31), caducidad automática para el incumplimiento de determinadas cargas como la denuncia del siniestro (art. 47), la brevedad del plazo de prescripción de la acción (art. 58), la sanción de caducidad ante el incumplimiento de la carga de denunciar la pluralidad de seguros (art. 67), la exclusión de culpa grave (art. 70), entre muchas otras.

La ausencia de una adecuada armonización con las normas tuitivas aumenta la inseguridad jurídica y nutre un creciente aumento de reclamos que se judicializan en materia de contrato de seguro.

La modificación debería servir, en suma, para actualizar las modalidades más recientes de contratación y comercialización electrónica de las coberturas individuales y colectivas de seguros, tanto patrimoniales como de personas.

Réplica WS: Coincidimos con la amiga Fabiana Compiani en lo que señala que la mayoría de las normas legales deben modificarse.

Sin perjuicio de ello, señalamos que si se modifica la Ley de Seguros, únicamente, debería hacerse sin perjudicar a los asegurados.

Esta aclaración es básica y fundamental, dado que la experiencia reciente nos brinda incertidumbre, ya que con el dictado de la ley que aprobó el CCCN se realizaron dos (2) modificaciones inconvencionales: (a) eliminación del "tercero expuesto" (violando el principio de No Regresión de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos); (b) la incomprensible (o no tanto…) eliminación del plazo de prescripción de tres años en favor del consumidor en la Ley 24.240, que tuvo como única finalidad exclusiva beneficiar impropiamente a las compañías de seguros (aunque debemos señalar que, merced a una sana rebeldía judicial, gran parte de los Tribunales de Justicia aplican el plazo de prescripción de cinco años del art. 2560 del Código Civil y Comercial).

f) Para finalizar, ¿qué oportunidades presenta el uso de las nuevas tecnologías en la industria del seguro? y ¿cómo cree que impactará en el contrato de seguro en particular?

***Respuesta WS**: Las modernas tecnologías no solo van a resultar útiles para las compañías de seguros, a través de las prestaciones de las empresas de Insurtech, para vender más seguros, o detectar fraudes, etc.

También se va a producir un 'tsunami legal' en favor de los asegurados y consumidores de seguros, dado que se va a cambiar el paradigma de información y responsabilidades de las compañías de seguros.

Ello es así dado que, hoy, las compañías de seguros no solo tienen mayor información del asegurado que el asegurado mismo, sino que, a través de algoritmos inteligentes y neuromarketing, van a saber (e inducir) las conductas futuras de los consumidores.

Incluso al tener –en principio– las compañías de seguros toda la información necesaria en *big data*, por aplicación de la "teoría de las cargas probatorias dinámicas de la prueba" (art. 53 de la Ley 24.240 y art. 1735 del CCCN), va a ser la propia compañía de seguros la que va a tener que probar que no tuvo conocimiento de la información pertinente.

Réplica FC: En cuanto al deber de información que pesa sobre el asegurado respecto a su conocimiento del estado del riesgo, podría considerarse que quien se encuentra en mejores condiciones de obtenerlo es el propio asegurador, a partir de la información que se trasmite a través del internet de las cosas, *big data*, etc. Otro tanto acontecería con relación al mantenimiento del estado del riesgo, la denuncia del siniestro en caso de su ocurrencia. Ello derivaría en la necesidad de reformular las sanciones previstas para los casos de reticencia e incumplimiento de cargas legales o convencionales (caducidad y suspensión de la cobertura).

***Respuesta FC**: El aprovechamiento de las actuales herramientas tecnológicas permite una gran recopilación de datos, el *big data* no solo se utilizará a los fines estadísticos, actuariales y técnicos propios del seguro, sino que podrá aprovecharse para mejorar la experiencia del cliente.

Los sistemas de inteligencia artificial pueden procesar, analizar y predecir comportamientos, evaluar con precisión nuevos riesgos y posibilitar su aseguramiento, adaptar productos y servicios a medida del asegurado. Con las nuevas tecnologías, la prevención del daño adquiere otro significado: se debe utilizar la ciencia del comportamiento para incentivar conductas deseables y más saludables por parte del asegurado es una manera de prevenir, mitigar el daño y aminorar sus costos. Los *nudges* y la gamificación constituyen herramientas que en el contrato de seguro producirán beneficios sociales y económicos.

Réplica WS: Compartimos lo explicado por Fabiana. Solo agregamos que se debe regular en forma inmediata la aplicación de las neurociencias y la inteligencia artificial al "neuromarketing" de las compañías de seguros frente a los asegurados consumidores.

En efecto, a través del neuromarketing, las empresas, en general, y las compañías de seguros, en particular, van a poder influir demasiado en el comportamiento de los consumidores (como alertan Daniel Kahneman, Yuval Noah Harari, entre otros), dado que, como enseña Cathy O'Neil, a través del neuromarketing, las empresas harán lo que quieran con el consumidor, ya que van a llegar al "cerebro límbico" (emocional) y al "cerebro reptiliano" (supervivencia), donde no se aplica el neocórtex (racionalidad) de las personas, haciendo que el consumidor pueda llegar a tomar decisiones que le resulten perjudiciales (art. 1101 del CCCN).

VOCES: SEGURO - DAÑO - JURISPRUDENCIA - DAÑOS Y PERJUICIOS - RESPONSABILIDAD CIVIL - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - FRANQUICIA - SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL - OBLIGACIONES - ASEGURADOR - PRESCRIPCIÓN - COTRATO DE SEGURO - DEBER DE INFORMACIÓN - GRUPOS ECONÓMICOS - PERSONAS JURÍDICAS - CLÁUSULAS CONTRACTUALES - NEGOCIO COMERCIAL - INTERNET - TECNOLOGÍA - INFORMÁTICA - COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS