

EL NUDGE COMO MÉTODO DE PREVENCIÓN EN EL DERECHO DE SEGUROS

María C. Colombo^(*)

I - INTRODUCCIÓN

La irrupción de la tecnología en la sociedad ha marcado diversas etapas en la historia de la humanidad. No queda tan lejos la Revolución industrial que significó una gran transformación tecnológica, económica y social en el siglo XIX y cuyo impacto marcó un gran hito en la historia de la humanidad.

El derecho no fue ajeno a ese gran cambio, y de a poco fue acusando el impacto. En primer lugar, en el ámbito de los derechos sociales y luego en la esfera del derecho civil.

Hoy asistimos a una nueva era donde las llamadas nuevas tecnologías están cambiando la realidad de nuestra sociedad de una manera muy parecida a aquel entonces.

La irrupción de conceptos como *big data*, inteligencia artificial, *blockchain*, algoritmos y hasta la creación de criptomonedas está provocando múltiples cambios en nuestra manera de relacionarnos, hábitos de consumo y comportamientos sociales.

Estamos inmersos en un mundo interconectado mediante aplicaciones que nos mantienen *online* las 24 horas y monitorean nuestras rutinas, comportamientos sociales y prácticas de consumo.

(*) Abogada (UNC). Diplomatura en Derecho de Seguros (UCES). Especialización en Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual (UCLM). Maestría (tesis en elaboración) en Derecho Civil y Patrimonial (UCA). Miembro de AEDSIA y AIDA Rama Argentina. Ayudante de segunda en Obligaciones y Derecho de Daños (UBA). Coordinadora y docente en la diplomatura de Derecho de Seguros (UCES)



Las distintas aplicaciones alimentan el universo *big data* que almacena una formidable información proveniente de transacciones comerciales, teléfonos móviles, correos electrónicos, redes sociales, computadoras, internet, tabletas, vehículos, electrodomésticos, asistentes virtuales como Siri y Alexa, etc.

Como consecuencia de esta verdadera revolución del *big data* se hizo necesario acudir a diversas técnicas de gestión de datos a los fines de procesar y aprovechar esta información. El *data mining* -la minería de datos- es hoy clave para cualquier empresa de consumo y servicios. La minería de datos es sumamente útil ya que permite extraer información precisa sobre preferencias y patrones de conducta de los consumidores.

Así, entra en escena la *artificial intelligence* (AI) que puede ser definida como “un concepto que engloba muchas otras (sub)áreas como la *informática cognitiva* (cognitive computing: algoritmos capaces de razonamiento y comprensión de nivel superior -humano-), el *aprendizaje automático* (machine learning: algoritmos capaces de enseñarse a sí mismos (tarefas), la *inteligencia aumentada* (augmented intelligence: colaboración entre humanos y máquinas) o la *robótica con IA* (IA integrada en robots). Sin embargo, el objetivo fundamental de la investigación y el desarrollo en materia de IA es la automatización de comportamientos inteligentes como razonar, recabar información, planificar, aprender, comunicar, manipular, observar e incluso crear, soñar y percibir”.⁽¹⁾

Ante esta realidad, se plantean nuevos escenarios donde la fuerza laboral ya no estará solamente en cabeza de seres humanos, hay una marcada tendencia a la incorporación de robots y máquinas autónomas e inteligentes. Asimismo, los *smart contracts* empezarán a plantear nuevos desafíos y vínculos. La utilización de vehículos autónomos necesariamente impactará en la sociedad, ¿será ético dejar en manos de una máquina la decisión de salvar una vida en desmedro de otra?

El derecho deberá dar múltiples respuestas a las consecuencias derivadas de esta nueva revolución. Así, el derecho de seguro no será ajeno a los cambios. El modelo tradicional de negocio está dejando paso a nuevas modalidades de contratación que plantean como necesaria una nueva forma de pensar en el mundo asegurador.

El *big data* aplicado al ámbito del seguro y su aprovechamiento es uno de los mayores desafíos para el negocio en los próximos 10 años.

En el mercado, junto con las compañías tradicionales, están emergiendo las denominadas *Insurtech* que comienzan a tejer alianzas con los grandes actores del mercado.

Así, poco a poco han surgido nuevas pólizas que amparan los denominados ciber riesgos (*cyber risk*). Asimismo, pólizas PHYD (pago por uso) donde el consumidor puede pagar por el tiempo que efectivamente usa el seguro. En Argentina hay plataformas que ofrecen este tipo de seguro a medida.

Las tradicionales compañías de seguros conviven, y compiten, con plataformas *peer to peer* como Teambrella, con un modelo de negocios más parecido a las famosas mutualidades del siglo XVIII que a una compañía de seguros clásica.

La irrupción del *big data* en el mercado asegurador se presenta como una posibilidad cierta de optimizar procedimientos, reducir costos, personalizar productos, fidelizar a los mejores clientes y hasta para la detección temprana del fraude. No obstante, entendemos que estos son solo algunos de los múltiples beneficios que pueden reportar las nuevas tecnologías al mercado del seguro.

(1) Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Inteligencia artificial: las consecuencias de la inteligencia artificial para el mercado único (digital), la producción, el consumo, el empleo y la sociedad” (dictamen de iniciativa) - 31/5/2017

Así, de la mano de la economía del comportamiento, podemos aprovechar la información digital del universo *big data* como una manera de prevenir el acaecimiento del evento dañoso.

El modelo de negocios se ha centrado en la reparación del daño, por lo que es preciso entender que en términos de eficiencia es necesario pensar en el momento anterior al siniestro, es decir, en la evitación del daño.

El objeto del presente artículo es reflexionar sobre el *nudge* como un posible método para actuar en prevención en los términos de los artículos 1710 y siguientes del CCyCo.

II - ¿QUÉ ES LA ECONOMÍA DEL COMPORTAMIENTO?

La teoría de la economía de comportamiento resulta de la combinación de dos áreas de estudios: la economía y la psicología. Surge como una respuesta al pensamiento tradicional que considera al hombre como un ser racional, el *homo economicus* -*econs*- que presupone la existencia de un individuo racional, omnisciente, que se preocupa por su propio bienestar, y toma la mejor decisión a partir de la información adquirida.

Thaler caracteriza al *econs* como aquel sujeto que tiene preferencias bien definidas e inmune a los sesgos, y que sobre la base de estas preferencias toma decisiones óptimas, dado que sus capacidades cognitivas son infinitas. Asimismo, y no obstante su capacidad de ser altruista, elige la mejor decisión sobre la base de su principal motivación que es el interés propio.

A este hombre económico le contraponen el concepto de *homo sapiens*, el denominado humano. El humano es el individuo que aun con la información suficiente, no toma las mejores decisiones, o bien carece de capacidad para actuar en beneficio de su propio interés tomando la peor decisión en un momento dado.⁽²⁾

Daniel Kahneman hizo una fuerte contribución a la economía moderna, analizando el motivo por el cual los individuos se equivocan en la toma de decisiones. Así, nos explica que el mecanismo de pensamiento del ser humano está compuesto por dos sistemas: sistema 1 y sistema 2. El sistema 1 es automático, intuitivo, rápido y opera sin esfuerzo. En cambio, el sistema 2 implica un razonamiento, es reflexivo, lento, y requiere concentración y esfuerzo por parte del individuo. El sistema 1 es el que opera en la generalidad de los casos, en él subyacen las intuiciones, la libre asociación y las impresiones del sujeto. El sistema 2 es más complejo, a él acude el sistema 1 cuando requiere solucionar un problema complejo. El individuo actúa en piloto automático utilizando el sistema 1 que es propenso a cometer errores sistemáticos y es afectado por los denominados sesgos cognitivos.⁽³⁾

Kahneman y Amos Tversky publican en 1974 la obra "Juicio bajo incertidumbre: heurísticas y sesgos", donde explican el papel de la heurística en la toma de decisiones. Así, exponen que las reglas heurísticas son reglas automáticas e inconscientes que utilizamos al procesar la información del exterior. Estas reglas son tres: "i) representatividad, que suele emplearse cuando se pide juzgar la probabilidad de que un evento A pertenezca a la clase o al proceso B; ii) disponibilidad de ejemplos o escenarios, que se

(2) Cfr. Thaler, Richard: "Economía del comportamiento: economía del comportamiento: pasado, presente y futuro" - Revista de Economía Institucional - 20 (38) - págs. 9/43

(3) Kahneman, Daniel: "Pensar rápido, pensar despacio" - Ed. Debate - Barcelona - 2012 - págs. 20/6

emplea a menudo cuando se pide estimar la frecuencia de una clase o la plausibilidad de un desarrollo particular; y iii) ajuste a partir de un ancla, que suele emplearse en la predicción numérica cuando se dispone de un valor relevante⁽⁴⁾. Estas reglas heurísticas conducen a errores sistemáticos, los denominados sesgos cognitivos que no son otra cosa que atajos mentales. Los sesgos cognitivos más conocidos son: sesgo de confirmación, sesgo de aversión a las pérdidas, sesgo de *statu quo* y sesgo de grupos.

A partir de lo expuesto podemos advertir que el hombre lejos está de ser un individuo racional capaz de tomar las mejores decisiones. Así, la teoría económica del comportamiento intenta comprender esta irracionalidad innata en los seres humanos para entender por qué se toman determinadas decisiones. Esta teoría "*propone integrar estas ideas al modelo conductual base de los problemas de decisión. Si muchas veces decidimos de un modo diferente al modelo REM, pero esas desviaciones no son enteramente aleatorias sino que pueden predecirse (al menos probabilísticamente), parece fructífero estudiar las condiciones que influyen en ese resultado*".⁽⁵⁾

III - EL CONCEPTO DE NUDGE

Atento a lo expuesto precedentemente, podemos establecer que la mayoría de las personas toman sus decisiones haciendo uso del sistema 1, es decir, se manejan de manera irracional e intuitiva. Esta forma de pensar, como ya vimos, está plagada de atajos mentales -sesgos cognitivos- que pueden ser aprovechados para inducir al individuo a una toma de decisión adecuada y beneficiosa para sus intereses. He aquí la propuesta de Thaler y Sunstein en su libro "Nudge: improving decisions about health, wealth and happiness".

La teoría del empujón propone incentivar en el consumidor una conducta económica deseable a través de la inducción de pequeños empujones y/o llamados de atención para que ajuste su comportamiento de manera razonable y racional. Esta teoría precisamente aprovecha el estudio realizado por la economía conductual y explota los sesgos cognitivos de las personas para incentivarlas a tomar decisiones racionales y que redundan en su propio beneficio.

Así, surge el concepto de *nudge*⁽⁶⁾. "*Un nudge, tal y como empleamos el término, es cualquier aspecto de la arquitectura de las decisiones que modifica la conducta de las personas de una manera predecible sin prohibir ninguna opción ni cambiar de forma significativa sus incentivos económicos. Para que se pueda considerar como nudge, debe ser barato y fácil de evitar. Los nudges no son órdenes*".⁽⁷⁾

A priori parecería que el concepto de *nudge* restringe las libertades del sujeto al conminarlo a ejecutar determinada conducta. O bien, pudiera interpretarse que directamente es sujeto a la manipulación de un tercero que aprovecha de sus sesgos para lograr un comportamiento determinado.

(4) Tversky, Amos y Kahneman, Daniel: "Juicio bajo incertidumbre: heurísticas y sesgos" - 1974

(5) Acciarri, Hugo (Dir.): "Derecho, economía y ciencias del comportamiento" - Ediciones SAIJ - Consultado el 1/4/2019 - pág. 16

(6) Richard Thaler en su libro pone como ejemplo de *nudge* el acto de colocar fruta en un lugar visible. No es un *nudge*, en cambio, la prohibición de consumir comida chatarra

(7) Thaler, Richard H. y Sunstein, Cass R.: "Un pequeño empujón (*nudges*)" - Ed. Taurus - pág. 11

Los autores entienden que el *nudge*, como estrategia para la toma de decisiones, se enmarca en el denominado paternalismo libertario.⁽⁸⁾

Así, señalan que si bien se trata de métodos tendientes a influir sobre el comportamiento del sujeto, estos se elaboran en su exclusivo bien y con el fin de obtener una decisión racional por parte del sujeto *nudgeado*. El *nudge* es paternalista en este sentido. No obstante, en él hay una impronta libertaria ya que las personas siempre podrán optar libremente por ejecutar o no la conducta deseable.

Se ha conceptualizado al paternalismo como "la interferencia de un Estado o un individuo sobre otra persona, contra su voluntad, bajo la idea y con la motivación de que la persona interferida estará mejor o será protegida de algún daño"⁽⁹⁾. Así, "la intervención de sujetos u organizaciones sobre la libertad o autonomía de otros individuos con fines más o menos benévolos es un hecho constatable y de vieja data".⁽¹⁰⁾

Thaler explica por qué es aceptable este tipo de paternalismo libertario⁽¹¹⁾. El autor entiende que es falsa la premisa que sugiere que las personas eligen lo mejor para ellas. Un buen ejemplo está dado quizás por el consumidor que lejos de actuar razonablemente es un sujeto vulnerable y objeto de protección por parte del ordenamiento jurídico.

El autor señala como equivocado el pensamiento de que es posible evitar influir en las personas. Ejemplo claro son las normas jurídicas y sociales, que no son otra cosa que decisiones ejecutadas por un tercero y que afectan la conducta de otras personas.

El *nudge* como arquitectura de la decisión debe ser preferentemente intencionado, es decir, elaborado con la intención de influir en la conducta. El otro error común es creer que el paternalismo implica coerción, los Estados son más o menos paternalistas, pero siempre dejan un ámbito de libertad. El paternalismo libertario propone la libertad de elegir libremente.

¿A qué denomina Thaler como arquitecto de las decisiones?

Arquitectos de las decisiones son aquellos actores que elaboran *nudges* conducentes a lograr la conducta deseable, en ellos recae la responsabilidad de organizar el contexto en el que tomamos nuestras decisiones. Este arquitecto de decisiones puede recaer en cabeza de un organismo estatal, e incluso el autor deja entrever su preferencia por un *nudgeo* que recaiga sobre una organización gubernamental. No obstante, un organismo privado también puede ser un arquitecto de decisiones.

Los *nudges* como método para ajustar conductas pueden ser usados a los fines de desarrollar una conducta en beneficio del propio sujeto *nudgeado*, en cuyo caso por definición estamos ante la presencia del *nudge* bueno.

Asimismo, el autor ha acuñado el término *sludge*⁽¹²⁾ para aquellos *nudges* que pueden provocar un resultado no deseado, y que termina por contrariar al sujeto objeto del *nudge* haciéndolo perder tiempo o dinero. También se ha utilizado para referir al *nudge* malintencionado, pero entendemos que el *sludge* no necesariamente requiere de mala fe.

(8) Thaler, Richard H. y Sunstein, Cass R.: "Un pequeño empujón (*nudges*)" - Ed. Taurus - pág. 11

(9) Cancio, Sebastián J.: "Pobreza global: la responsabilidad de los individuos y sus implicancias para los Estados" - Universidad Católica de Córdoba - 2015 - (tesis doctoral)

(10) Cancio, Sebastián J.: "Pobreza global: la responsabilidad de los individuos y sus implicancias para los Estados" - Universidad Católica de Córdoba - 2015 - (tesis doctoral)

(11) Thaler, Richard H. y Sunstein, Cass R.: "Un pequeño empujón (*nudges*)" - Ed. Taurus - pág. 14

(12) Se traduce al español como "lodo"

No obstante, preferimos reservar el término *evil nudge* -*nudge* malo o malintencionado- para referirnos al empujón que, aprovechando los sesgos del sujeto *nudgeado*, se dirige a obtener del mismo una conducta en exclusivo beneficio de los intereses del arquitecto de las decisiones. Así, en el *evil nudge* se advierte la mala fe del sujeto *nudgeador*.

La práctica del *evil nudge* pudiera convertirse en una tentación para manipular a consumidores por parte de algunos organismos privados. Sin embargo, estamos convencidos de que en la esencia del *nudge* bueno subyace la idea de prevención. El *nudge* como herramienta bien utilizada puede lograr propósitos beneficiosos para la sociedad, más allá de que el sujeto *nudgeador* sea un organismo público o privado.

Por último, los *nudges* buenos son aquellos que poseen las siguientes características: a) son transparentes, no inducen al engaño; b) no deben restringir el resto de las opciones que deberán estar disponibles; c) es fácil evitar el *nudgeo*; y d) el comportamiento que se intenta fomentar debe ser en beneficio del *nudgeado*.

IV - LA PREVENCIÓN EN EL DERECHO DE SEGUROS

La gran reforma del 2015 introduce en nuestra ley de fondo la denominada función preventiva de la responsabilidad civil.

Previamente, la doctrina y la jurisprudencia fueron marcando la necesidad de poner énfasis en la evitación del daño, en el entendimiento de que el derecho debía actuar antes de que las consecuencias disvaliosas del daño se presentaran, sentándose los principios basales de la prevención.

Prevenir implica no solo evitar el acaecimiento del daño, sino que además exige implementar los medios necesarios para disminuir la magnitud del daño, y/o su agravamiento, si este ya se produjo.

Actualmente, la función preventiva está incorporada al CCyCo. en los artículos 1710 al 1713, donde se establece como norma sustantiva el deber genérico de no dañar y de prevenir el daño; y como herramienta adjetiva la acción preventiva.

En nuestra materia, la función resarcitoria del contrato de seguro está anclada en el primer artículo de la ley 17418. Así, el artículo 1 establece que la reparación del daño es parte de la obligación principal del asegurador. El artículo primero reza: "*Hay contrato de seguro cuando el asegurador se obliga, mediante una prima o cotización, a resarcir un daño*⁽¹³⁾ o cumplir la prestación convenida si ocurre el evento previsto".

Un detalle no menor: la palabra prevención y/o prevenir brilla por su ausencia en toda la ley de seguros. Sin embargo, no podemos soslayar la existencia de distintos artículos con impronta preventiva⁽¹⁴⁾. Asimismo, es de destacar que la doctrina entiende que el instituto de la franquicia es una manera de estimular la prevención en el asegurado⁽¹⁵⁾. De lo expuesto se colige que la idea de prevención no es extraña a nuestra materia.

(13) El destacado nos pertenece

(14) Sugerimos leer los arts. 5, 37, 38, 40, 72, LS

(15) En este sentido, Compiani, María F.: "La prevención en el derecho de seguros" y Stiglitz, Rubén S.: "Derecho de seguros" - LL - 2008 - pág. 112



Tradicionalmente, el negocio del seguro ha girado sobre el concepto de que la función principal de una compañía de seguros es principalmente resarcir el daño una vez ocasionado. Lo cual es absolutamente cierto⁽¹⁶⁾, pero en este trabajo intentamos poner el foco en que es mucho más redituable invertir en acciones que prevengan el acaecimiento del daño.

No se nos escapa que ante lo expuesto, lo primero que se cruce por la cabeza del lector sea el pensamiento de que con esto se certifica la defunción del contrato de seguro como tal. ¿Qué razón tendría contratar un seguro? Quizás los más suspicaces pensarán que con este razonamiento las compañías de seguros se beneficiarían porque cobrarían una prima con la certeza de que el daño se reduciría al mínimo, e invertirían en prevención con ese fin. Nada más alejado de la realidad.

La historia de la humanidad nos ha probado que las calamidades ocurren, que las personas enferman y mueren, y que los siniestros ocurren aun cuando se realicen esfuerzos por minimizarlos. El contrato de seguro como método para neutralizar riesgos siempre será necesario.

Nuestro punto de vista invita a internalizar que el negocio del seguro requiere otra perspectiva, otra mirada. Nuestro mundo ha cambiado; la manera en que nos relacionamos se ha visto afectada y las necesidades de las personas requieren modernizar el modelo tradicional para añadir un valor agregado al producto que se ofrece.

Invertir en prevención para una compañía de seguros es importante no solo porque minimiza riesgos, sino porque significa adscribir a una política de negocio donde el bienestar y seguridad del asegurado son eje fundamental del contrato.

Asimismo, esta manera de entender el negocio del seguro coadyuva a lo que debiera ser una política pública, esto es, el fomento de la cultura del seguro como una forma de mantener indemnes patrimonialmente a las personas de los daños ocasionados por eventos dañosos y/o catastróficos.

En la actualidad, ante la ausencia del seguro, es el Estado quien termina asumiendo las consecuencias dañosas de siniestros viales, inundaciones, incendios, enfermedades incapacitantes, el envejecimiento de la población, etc.

La promoción del seguro debería ser una política pública ya que para las arcas públicas el costo de estos eventos negativos es formidable. Las cuantiosas pérdidas para el Estado podrían sortearse si se entendiera que la función social del seguro no es otra que su capacidad de compartir, agrupar y transferir riesgos para que ante el evento dañoso, las pérdidas puedan ser afrontadas y minimizadas por el aporte de todos los asegurados.

Por último, ¿por qué consideramos que las compañías de seguros deben invertir en prevención?

En 1970, Guido Calabresi publicó su reconocida obra "Los costos de los accidentes". Allí desarrolla su preocupación por la reducción de los costos sociales de los

(16) En este punto una digresión. Enseña el maestro Rubén S. Stiglitz que "no corresponde genéricamente asignar naturaleza indemnizatoria a la obligación del asegurador en tanto se entienda por indemnización y sanción resarcitoria motivada por el hecho dañoso atribuido a quien deba reparar. Porque en realidad, el pago realizado por un asegurador no configura el resultado de una ilicitud de fuente contractual o extracontractual de su parte, sino precisamente el cumplimiento mismo del compromiso asumido en el contrato de seguro" (Stiglitz, Rubén S.: "Derecho de seguros" - LL - 2008 - T. III - pág. 94)

accidentes de tránsito. Así, establece tres tipos de reducción de costos sociales: a) primaria; b) secundaria; y c) terciaria.

Acciarri⁽¹⁷⁾, poniendo blanco sobre negro, nos explica que la reducción primaria de costos sociales comprende la disminución del número y gravedad de los accidentes de tránsito. Podría evitarse este costo prohibiendo o tomando más onerosas las actividades peligrosas propensas a ocasionar un daño. Un ejemplo para reducir este tipo de costos podría verse plasmado en una política de alcohol cero donde se prohíba la conducta disvaliosa de consumir alcohol antes de conducir. La reducción secundaria de costos sociales se explica en el hecho de que cierto tipo de daño no puede enmendarse óptimamente cuando su compensación no es oportuna. Pensemos en el fallo de la CSJN "Camacho Acosta", donde la actora, ante la demora en la colocación de su prótesis, se veía privada de la chance de una óptima recuperación. En ese caso se probó que la provisión en tiempo y forma de la prótesis solicitada evitaba el agravamiento del daño ocasionado por la demandada. Así, la no indemnización oportuna se reflejaba en un costo social palpable, esto es, en que la actora quizás no pudiera reinsertarse adecuadamente a una vida normal. Los jueces entendieron que era procedente la medida autosatisfactiva peticionada, trasladando la distribución de costos a quien efectivamente puede hacerse cargo de ellos (empleadora/compañía de seguros). Finalmente, la reducción terciaria de costos sociales importa una disminución de costos de funcionamiento y gestión de los sistemas administrativos y judiciales. Un juicio de largo aliento bien pudiera solucionarse rápidamente. En Argentina esto se solucionaría con una ley SOA que implemente un sistema indemnizatorio de pronto pago para evitar el desgaste de recursos humanos y materiales. Un sistema de pronto pago a la víctima también es un método de reducción secundaria de costos.

Asimismo, "el costo social se compone, en principio de tres elementos: la pérdida causada por el hecho o el impacto del daño una vez acaecido, el costo de prevención y el costo de administrar el sistema de responsabilidad civil".⁽¹⁸⁾

Calabresi además introduce la idea del *cheapest cost avoider* que señala que los costos de la evitación del daño corren por cuenta de quien esté en mejores condiciones de afrontarlos. En consonancia con los argumentos para determinar la culpabilidad en la denominada fórmula de Hand.⁽¹⁹⁾

Aplicando estos principios podemos advertir que, invirtiendo en prevención, reducimos costos sociales, lo cual redundará en beneficio de la propia compañía de seguros que evita cargar con la indemnización del daño producido, sino además para la sociedad en su conjunto sumamente provechoso.⁽²⁰⁾

Con una prevención eficiente y eficaz los beneficios son palpables para todos los actores: Estado, sistema judicial, las compañías de seguros, las víctimas de accidentes de tránsito y la comunidad toda.

(17) Cfr. Acciarri, Hugo: "Elementos de análisis económico del derecho de daños" - LL - 2015 - págs. 16 y 19

(18) Acciarri, Hugo: "Elementos de análisis económico del derecho de daños" - LL - 2015 - pág. 23

(19) Cfr. Acciarri, Hugo: "Elementos de análisis económico del derecho de daños" - LL - 2015 - págs. 395/6

(20) Esto, en consonancia con los principios de RSE de cada una de las compañías de seguro, cuyo objetivo en parte es contribuir al desarrollo humano sostenible a través del compromiso de la empresa para con la sociedad



V - EL NUDGE COMO MÉTODO DE PREVENCIÓN EN EL SEGURO

Ahora bien, entendemos por prevención el "...conjunto de medidas destinadas a evitar o dificultar la ocurrencia de un siniestro y a conseguir que, si el accidente se produce, sus consecuencias de daño sean las mínimas posibles".⁽²¹⁾

Actualmente, compañías de seguros de primer nivel están implementando una serie de productos asociados a sus coberturas asegurativas a los fines de anticiparse a la concreción del riesgo asegurado.

Así, a través de la denominada IoT -*internet of things* o internet de las cosas- se monitorean en tiempo real, y a través de diversas aplicaciones y/o dispositivos, lo que acontece en el hogar, la salud de las personas, y los patrones de conducción de los asegurados.

Los avances tecnológicos permiten registrar preferencias, conductas y hábitos de los asegurados con el objeto de definir productos y servicios. A través de la utilización de *data mining*, las compañías de seguros desarrollan productos y servicios para sus asegurados.

Por nuestra parte, entendemos que aprovechando el auge del AI y con la ayuda de la minería de datos se puede trabajar en la prevención de siniestros en el ámbito del derecho de seguros.

El objeto de este artículo es destacar que una medida posible para la prevención del daño es el uso de los denominados *nudges*; entendemos que su utilización podría ser parte de políticas empresariales tendientes a lograr que los asegurados actúen en prevención.

¿Y por qué las compañías de seguros deberían usar *nudges*?

Porque son métodos que, si bien aprovechan nuestro sistema 1, irracional, permiten al sujeto *nudgeado* optar por seguir o rechazar el empujón. Hemos dicho que los *nudges* para ser transparentes deben: a) evitar el engaño; b) ser fácilmente posible optar por no recibir el *nudge*; y c) propender al bienestar de las personas objeto del *nudgeo*.

Asimismo, y como consecuencia del paternalismo libertario, el *nudge* no obliga ni coacciona, sino que la esfera de libertad del individuo está garantizada.

¿Y cómo se evita la tentación de recurrir al *evil nudge*? No solo a través de los organismos de contralor propios de la actividad (Superintendencia de Seguros de la Nación), sino principalmente a través de las normativas de *compliance* y gobernanza de cada una de las empresas.

¿Es conveniente que las aseguradoras utilicen *nudges*?

Quizás pueda pensarse que el *nudge* es un modo de manipular a las personas aprovechándose de sus sesgos y que es un arma que no debería ser utilizada por las compañías de seguros, dado que seguramente utilizarán al *nudge* en su propio beneficio.

Somos conscientes de que el *nudge* como herramienta puede ser usada de modo incorrecto y ocasionando lo opuesto al fin querido (*sludge*). Pero también puede ser utilizada con el fin de perjudicar al *nudgeado* en beneficio de los intereses del sujeto *nudgeador*, en cuyo caso estaremos ante la presencia de un *evil nudge*.

(21) Voz "prevención de riesgos o siniestros" (Diccionario Mapfre de Seguros de Julio Castrelo Maltran y Antonio Guardiola Lozano - Fundación Mapfre - Madrid - 1992 - pág. 289, cit. por Compiani, María F.: "La prevención en el derecho de seguros")

El *nudge* puede ser usado para el bien o el mal, pero eso no quita que como herramienta sea válido y eficaz. Así, siguiendo las pautas ya explicadas anteriormente respecto de los requisitos de procedencia del *nudge* bueno, las compañías podrían hacer un buen uso de estos a los fines de incentivar conductas deseables en sus asegurados.

Los *nudges* desarrollados por las aseguradoras podrían basarse en políticas públicas establecidas por el Estado para la prevención de siniestros viales, y como parte de su política de RSE. Aquí radicaría uno de los motivos por los cuales entendemos que es válido el uso del *nudge* por parte de las aseguradoras.

Asimismo, entendemos que el uso del *nudge* como herramienta de prevención en el derecho de seguros tiene su fundamento en la propia ley de fondo, más precisamente en los artículos 1710 y siguientes. Las aseguradoras, en virtud del artículo 1710 del CCyCo., están obligadas en lo que de ellas dependa a actuar en prevención. Así, las compañías de seguro no solo están habilitadas a solicitar ante el juez una acción preventiva para que los asegurados tomen medidas preventivas a su cargo en virtud del artículo 1712 del CCyCo., sino que también dicha norma las legitima para *nudgear* en tanto tienen un interés más que razonable en la prevención de siniestros.

Por último, mencionaremos algunos ejemplos de *nudgeo* que son relativamente económicos, que hacen uso de la AI y el *big data*, y que son útiles en la prevención del siniestro. Las distintas aplicaciones basadas en el AI podrían advertir al asegurado a través de un aviso que tiene un tiempo considerable manejando en la ruta y que es aconsejable detenerse para descansar y comer algo. Asimismo, otro ejemplo de *nudge* tendiente a evitar la morosidad y el consecuente rechazo de siniestro por falta de pago podría ser un mensaje al teléfono móvil advirtiendo que el pago de la prima vence en 48 horas. Asimismo, que en caso de no pagar se expone a que en caso de siniestro, este sea soportado por su patrimonio.

VI - REFLEXIONES FINALES

Estamos totalmente convencidos de que siempre es mejor evitar *-ex ante-* que remediar *-ex post-*; siempre será más deseable en términos de costos prevenir en lugar de resarcir. La obligación genérica de prevenir todo daño está a cargo de todos los actores sociales, aunque entendemos que en algunas ocasiones la obligación debiera recaer sobre aquellos que están en mejores condiciones de actuar en prevención.

Desde cualquier punto de vista, ya sea víctima, dañador, citada en garantía, y/o Estado, todos estamos involucrados y a todos nos compete la prevención del daño.

El *nudge* bien entendido es una herramienta sumamente interesante y eficaz para la evitación del daño, incluso para que una vez acaecido no se agrave.

Quizás la crítica al *nudge* como método de prevención sea el peligro latente de su utilización con fines maliciosos. En ese caso, el derecho argentino posee herramientas para sancionar esta conducta reñida con la buena fe. Asimismo, el Estado tiene un organismo de contralor que supervisa y sanciona a las compañías de seguros. Las normativas de *10compliance* y *governanza* también pueden de alguna manera mantener a raya cualquier estrategia tendiente al aprovechamiento del *evil nudge* por parte de las aseguradoras.

El *nudge* como método de prevención del daño puede asimismo reducir costos sociales, costos económicos y costos del sistema judicial. Una reducción en los costos importa para la compañía la posibilidad de potenciar sus recursos y servicios, con lo cual los precios de las pólizas deberían reducirse, redundando en un mayor beneficio para todos y en una mayor eficiencia de los recursos del sistema asegurador.