



Universidad de
San Andrés

Universidad de San Andrés

Departamento de Derecho

Abogacía

**La regulación del deber de información en la Ley de
Defensa del Consumidor: crítica desde el enfoque de la
economía del comportamiento**

Autor: Valentina Folatelli

Legajo: 26253

Mentor: María Guadalupe Martínez

Buenos Aires, 30 de julio de 2019



A mi madre,

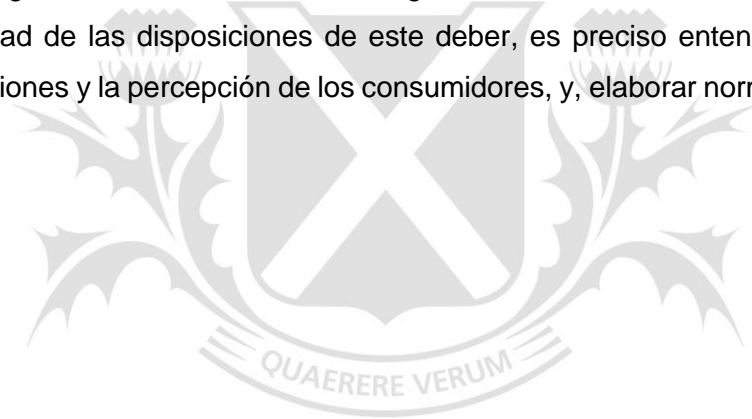
por su apoyo incondicional y su esfuerzo incansable.

Universidad de
San Andrés

RESUMEN

La figura hegemónica de consumidor racional ha sido base para la regulación de diferentes normativas, entre ellas, la Ley de Defensa del Consumidor. No obstante, estudios empíricos recientes en el campo de la psicología han puesto en cuestionamiento el paradigma del consumidor *Homo Economicus*. Esta reconfiguración se vincula con el debate sobre la eficacia de aquellas normativas proteccionistas del consumidor cuyos presupuestos se asientan en los postulados clásicos.

A partir de ello, nuestro trabajo se propone indagar las bases del deber de información en la Ley de Defensa del Consumidor desde de la noción de consumidor con racionalidad limitada dado que, de esa manera, podremos evaluar su eficacia como garante de negociaciones en condición de igualdad. En este sentido, si se pretende lograr la utilidad de las disposiciones de este deber, es preciso entender cómo es la toma de decisiones y la percepción de los consumidores, y, elaborar normas de acuerdo a ello.



Universidad de
San Andrés

I. INTRODUCCIÓN

En la sociedad actual, el consumo ocupa un lugar preponderante en el proceso de producción de bienes y servicios, por lo que incide en el bienestar del mundo posmoderno. En ese sentido, entendemos por consumo al ciclo de producción y de circulación de bienes y servicios que va más allá de la satisfacción de una necesidad inmediata en tanto y en cuanto el consumo es capaz de vehicular sentidos personales y de inscripción social. Por ello, no solo constituye una instancia en la cadena de la actividad económica, sino que expresa un modo de relacionarse con los demás y de construir la propia identidad. De dicha definición se infiere que, en una sociedad como la nuestra, la centralidad del consumo como proceso y de los agentes involucrados merecen ser indagados en profundidad para que los intercambios tiendan a llevarse a cabo en condiciones de igualdad para las partes intervinientes en una negociación.

A partir de esta necesidad de paridad, en 1993 se sancionó una ley específica, La Ley de Defensa del Consumidor, para regular la relación entre las dos partes del vínculo de consumo: el proveedor y el consumidor. Específicamente, esta Ley plantea, como noción preliminar, la posición de desventaja en la que se encuentra el consumidor respecto del proveedor y, por ende, dispone su protección a lo largo de todo el articulado. Una de las principales estrategias que utiliza para garantizar este resguardo es exigirle al proveedor que divulgue información acerca de las características y condiciones de negociación y comercialización de los productos y servicios. En este sentido, si se pretende conseguir una real protección, es necesario que las estrategias que se planteen entiendan la forma en que los consumidores procesan esa información.

No obstante, desde nuestra perspectiva, la Ley de Defensa del Consumidor, y particularmente, la regulación del deber de información no es eficaz dado que, mediante sus disposiciones, no logra equilibrar la relación entre los sujetos parte de la relación de consumo y, consecuentemente, mantiene al consumidor en una posición desventajada.

En consonancia con esta idea, entendemos que la ineficacia del deber de información puede vincularse con los límites del alcance de la visión del consumidor racional. Esta hipótesis parte del análisis de los descubrimientos desde la psicología cognitiva que enuncia el científico Daniel Kahneman (2011) -quien a principios de los años 70 ya había publicado libros y artículos acerca de estos descubrimientos, junto con Amos Tversky- y la consecuente teoría "Behavioral Law and Economics" planteada por Jolls, Sunstein y Thaler (1997).

Nuestro objetivo es, entonces, a la luz de estos hallazgos que describen la toma de decisiones de los individuos, indagar las bases conceptuales y teóricas que estructuran el deber información en la Ley de Defensa del Consumidor para analizar si resulta necesaria una reconfiguración del basamento teórico de este deber.

Para llevar adelante dicho objetivo, el devenir del escrito se organizará en ejes analíticos. En primer lugar, se intentará demostrar la incidencia de los presupuestos económicos clásicos en la teoría del derecho, específicamente, en el Análisis Económico del Derecho. En segundo lugar, se pretenderá exponer la hegemonía histórica del Análisis Económico del Derecho en las normativas asociadas al deber de información, en concreto en la Ley de Defensa del Consumidor. En tercer lugar, se planteará el cuestionamiento a la concepción de consumidor tradicional a partir de los supuestos de la psicología cognitiva y la economía conductual. Por último, se propondrán nuevas estrategias que propendan alcanzar la eficacia del deber de información a partir de la noción conductista de consumidor.

II. DEBER DE INFORMACIÓN

El derecho a la información, contracara del deber de información, es uno de los pilares fundamentales de la defensa del consumidor, dado que permite la protección de los intereses personales a través de la toma de decisiones informada. De hecho, se trata de un derecho instrumental que permite el goce de otros derechos igual de trascendentes tales como: el de libertad de elección y el de seguridad.

En su esencia, el deber de información versa sobre la relación de consumo que existe entre dos sujetos bien definidos: el proveedor y el consumidor. Por un lado, el consumidor es entendido como aquella “persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”¹. Por otro lado, se describe al proveedor como aquella persona física o jurídica, ya sea de naturaleza pública o privada, “que desarrolla de manera profesional, actividades de producción, montaje, creación, construcción,

¹ ARTICULO 1º —Objeto. Consumidor. Equiparación. La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario. Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios”².

En efecto, este deber tiene por objeto el adecuado conocimiento de las condiciones de negociación, así como también, sobre las características de los productos y servicios comercializados. Sin embargo, son los proveedores los que cuentan con mejor calidad y mayor cantidad de información acerca de los productos y servicios. Por ende, son ellos los que poseen la responsabilidad de informar al consumidor. De esta manera, lo que se busca es mitigar la situación de desigualdad en la que se encuentra el consumidor mediante la difusión de información relevante y adecuada. Por esta razón, podemos decir que la implementación de este deber permite la protección de los consumidores y usuarios, la parte más débil de la relación jurídica, dado que, si esta situación se da, pueden tener un claro conocimiento de aquellos elementos ofrecidos por proveedores.

En este sentido, es factible afirmar, entonces, que este deber conlleva la obligación de los proveedores de informar acerca de las características y sobre las condiciones de negociación de los productos y servicios. Se trata de que el consumidor pueda tener las herramientas necesarias, ya sea para realizar una adecuada decisión de consumo o para hacer un uso adecuado de los bienes y servicios adquiridos. El Anteproyecto nos provee una definición precisa sobre esta figura jurídica:

El deber de informar comprende dos momentos causales: el deber jurídico en sí mismo, que en muchos casos adquiere la categoría de obligación; y la posterior emisión del consentimiento por quien ha sido informado de manera adecuada, generándose el denominado consentimiento informado (Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor, p. 2)

Según Julio Cesar Rivera, Sebastian Elias y otros (2014), las relaciones entre proveedores y consumidores se caracterizan por tratarse de una situación de desequilibrio que suele generar inequidad y, para solucionar este problema, es menester que intervenga el Estado dado que no se podría resolver por sí sola.

² ARTICULO 2º — Proveedor. Es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley. No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento. Ante la presentación de denuncias, que no se vincularen con la publicidad de los servicios, presentadas por los usuarios y consumidores, la autoridad de aplicación de esta ley informará al denunciante sobre el ente que controle la respectiva matrícula a los efectos de su tramitación.

Por esta razón, el deber de información se encuentra regulado como principio general tanto en normas internacionales como nacionales. Se pueden mencionar, entre otras, las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor, la Constitución Nacional, el Código Civil y Comercial y la Ley de Defensa del Consumidor (“LDC” o “Ley 24.240”), junto con sus leyes modificatorias.

Específicamente, el apartado 5, inciso e)³, de las Directrices de Naciones Unidas Para la Protección del Consumidor, menciona que debe tratarse de información adecuada para que los consumidores puedan tomar elecciones que reflejen sus preferencias. Por su parte, la Constitución Nacional, en su artículo 42⁴ menciona, al igual que la anterior, que la información debe ser adecuada, aunque, agrega que también debe ser veraz. En paralelo, el Código Civil y Comercial establece en artículo 1100⁵ que debe informarse al consumidor de manera cierta y detallada, siempre con la claridad necesaria para que pueda comprenderla acabadamente. En relación con la LDC podemos decir que, si bien el deber de información –de forma cierta, clara y detallada- lo consagra en su artículo cuarto, se puede inferir de varios artículos a lo largo de la Ley. Adicionalmente, la Ley 26.361 incorporó al artículo 4 la exigencia de que la información sea comprensible por el consumidor.

De lo analizado con anterioridad, podemos deducir que el grado y tipo de conocimiento que el consumidor tenga sobre los productos y servicios le facilitará, por un lado, adoptar una decisión de consumo de acuerdo con sus preferencias y, por otro lado, y como consecuencia de la anterior, le permitirá configurar el consentimiento necesario para la perfección de los contratos de consumo.

Evidentemente, resulta esencial que los consumidores tomen decisiones informadas para que el mercado de consumo funcione de manera correcta y en equilibrio y, a su vez, para que se garantice la protección jurídica de los todos los individuos insertos en él.

³ Artículo 5, inc. e).- Las necesidades legítimas que las directrices procuran atender son las siguientes: (...) El acceso de los consumidores a una información adecuada que les permita hacer elecciones bien fundadas conforme a los deseos y necesidades de cada cual.

⁴ Artículo 42.- Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. (...)

⁵ Artículo 1100.-Información. El proveedor está obligado a suministrar información al consumidor en forma cierta y detallada, respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante para el contrato. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión.

En esta línea de ideas, los distintos instrumentos normativos que pretenden tutelar los derechos de los consumidores debieran ser eficaces para lograr una real protección. Por ese motivo, si en el mercado de consumo existen ciertas fallas, y esta protección no se logra, entendemos que es factible analizar las bases sobre las cuales se fundan estas leyes. En efecto, consideramos que las normas relativas a defensa del consumidor, específicamente la Ley de Defensa del Consumidor, no logran un real resguardo del sujeto vulnerable en la relación de consumo. Llegados a este punto, entendemos la necesidad de analizar la concepción clásica del consumidor y la regulación que se ha planteado a partir de esta forma de conceptualizarlo.

III. CONSUMIDOR *HOMO ECONOMICUS*

A. El comportamiento económico

Según la Real Academia Española (2019), la economía es la “ciencia que estudia los métodos más eficaces para satisfacer las necesidades humanas materiales, mediante el empleo de bienes escasos”⁶. Por ende, podríamos decir que, de acuerdo en este diccionario de referencia, la economía se ocupa del comportamiento humano en relación con los fines que persigue y los medios escasos que posee para llegar a ello. En consecuencia, es posible afirmar que la capacidad del hombre para tomar decisiones lo convierte en un agente económico.

B. Economía clásica

Por su parte, la economía tradicional entiende que los individuos toman decisiones a partir de los supuestos basados en la “Teoría de la Elección Racional” buscando maximizar sus beneficios según criterios de utilidad esperada. Desde esta perspectiva, los principios económicos fundamentales se basan en que todo comportamiento humano puede ser visto de modo que involucra a participantes que maximizan su utilidad, a partir de un *set* de preferencias estables. Es decir, tal como mencionan Aciarri, Tolosa y Castellano (2011) esta teoría asume que los individuos *-Homo economicus-* poseen ciertas preferencias, que siempre van a regir frente a la toma de decisiones, y

⁶ Real Academia Española, (2019). Disponible en <https://dle.rae.es/?id=ELVW605> (último acceso 29/04/2019).

que están basadas en la posibilidad de que ocurra cierto resultado y el beneficio que ello generaría.

En esta misma línea, Richard Thaler (2018), enuncia los supuestos de la teoría económica que definen al *Homo economicus*:

- 1) los agentes tienen preferencias bien definidas y expectativas y creencias no sesgadas;
- 2) toman decisiones óptimas con base en esas creencias y preferencias. Esto implica, a su vez, que los agentes tienen capacidades cognitivas infinitas [...] y una fuerza de voluntad infinita, pues eligen lo mejor y no lo que es tentador en el momento;
- 3) aunque pueden actuar en forma altruista, en especial con amigos y familiares cercanos, su principal motivación es el interés propio. (p. 12)

En otras palabras, esta teoría concibe que todo individuo toma determinadas decisiones sobre la base de incentivos específicos, lo que permite predecir el comportamiento humano. A partir de ello, se desprende que la racionalidad en la toma de decisiones de los agentes económicos es el principio básico fundamental de los llamados economistas neoclásicos.

De dichas conceptualizaciones se deriva la imagen del sujeto racional del modelo económico convencional, maximizador de beneficios que ha sido base para la regulación normativa. Específicamente, se asume que se trata de individuos que cuentan con información suficiente y que poseen habilidad cognitiva para analizar toda esta información, para medir adecuadamente las probabilidades y para escoger la mejor opción que maximice su utilidad. Asimismo, tal como menciona Alfredo Chan Arellano (2013), se estima que son sujetos con preferencias estables a lo largo del tiempo para determinar aquello que satisface mejor su interés y, por último, se entiende que son individuos interesados en sí mismos –que buscan maximizar la utilidad propia-.

De ese modo, la conducta de los individuos convergería en el mercado hacia un equilibrio perfecto en el que todo agente obtendría aquello que maximizaría su utilidad. De aceptar dicha afirmación, se considera que, en este contexto, existe un libre mercado de competencia e información perfecta, o sea, todos los agentes conocen la calidad y los precios de los productos ofrecidos. Sin embargo, se puede advertir con facilidad que las características mencionadas no son aquellas propias del mercado real en el que estamos inmersos. Esto se debe a que los agentes no poseen información completa y adecuada a cerca de todos los productos y servicios disponibles, ni tampoco existe una competencia completamente perfecta.

Adicionalmente, según la postura tradicional, los mercados de consumidores fracasan debido al poder de los monopolios o a la información imperfecta (fallas de mercado).

Debido a que el poder de los monopolios es el campo de las leyes de la competencia, la regulación de la protección del consumidor se basa en la información imperfecta. La respuesta frente a esta falla de mercado, de aquellos que adscriben a esta teoría, ha sido la divulgación de información. (Schwartz, p. 1375)

Tal como se puede apreciar en el fragmento citado líneas arriba, la estrategia exclusiva de la economía clásica, frente a la información imperfecta, ha sido la divulgación de información por parte de los productores y los prestadores de servicios. Esta teoría considera que esta solución es la adecuada dado que asume que los sujetos son seres racionales, capaces de adquirir y procesar toda la información disponible.

En suma, los postulados de la economía tradicional han sido ampliamente difundidos y aceptados por ofrecer modelos simples del funcionamiento de los mercados. En efecto, estos modelos se han tomado como base para ofrecer distintas teorías en diferentes campos de estudio. Tal es el caso de Análisis Económico del Derecho, una teoría con amplia difusión en el ámbito jurídico.

C. Análisis Económico del Derecho

La teoría de Análisis Económico del Derecho (en adelante "LE"- por sus siglas en inglés-) ofrece una herramienta simple y técnica, basada en la microeconomía, para analizar el campo jurídico. En particular, LE toma los postulados de la economía tradicional y los aplica al campo que nos concierne. Por ello, en consonancia con la teoría clásica, y tal como hemos enunciado el apartado anterior, LE asume que los individuos inmersos en el mercado son seres racionales, que siempre toman decisiones preferibles, y que maximizan su utilidad esperada. De allí obtenemos que, tanto LE como la economía clásica consideran que, en las relaciones de consumo, el problema de la información asimétrica es uno de los más relevantes (Aciarri, Tolosa y Castellano, 2011).

Puestos frente a esta dificultad, LE propone, en congruencia con la postura tradicional, la difusión de información como estrategia predominante para contrarrestar la deficiencia de información que posee el consumidor con respecto a la que posee el proveedor en relación con los productos y servicios. Así, se entiende que poner información al alcance del consumidor, elimina las fallas de mercado y garantiza su protección.

No obstante, a pesar de la practicidad en la aplicación de esta teoría por permitir crear modelos estandarizados, existen ciertas objeciones a esta concepción, las que

observan que: “construye fórmulas matemáticas que cataloga de evidentes y a las que les brinda fuerza sobre la base de su poder explicativo, sin tener en cuenta que éste no sirve de mucho, o de nada, si no está acompañado de una capacidad predictiva”. (Rojas Klauer, p, 72). Por lo tanto, tal como se desprende de la cita presentada, el gran problema de LE parecería ser que, en el afán por simplificar los modelos, no logra predecir el comportamiento humano. En efecto, es posible advertir que el comportamiento humano se caracteriza por la complejidad y por la dificultad para ser predicho mediante modelos simples y lineales. Sin embargo, estos cuestionamientos no quebraron la aún hegemónica noción tradicional de consumidor.

De lo exhibido hasta aquí, entendemos que la concepción del consumidor se encuentra influenciada por las teorías de la economía clásica y que, consecuentemente, la regulación del deber de información se ve atravesado por estos postulados tradicionales. De hecho, es asequible visualizar cómo esta influencia se extiende desde los comienzos de la LDC hasta hoy en día, no solo en la letra de la ley sino, también, en la mente del legislador al momento de pensar en ella.

IV. EL DEBER DE INFORMACIÓN EN LA LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR

La Ley 24.240 se encuentra vigente desde el año 1993, sin embargo, no se mantuvo intacta desde sus inicios, sino que, por el contrario, sufrió numerosas modificaciones. Esto nos permite inferir que se han registrado problemas en la aplicación de la Ley que manifestaron cierta ineficacia, al menos en algunas de sus disposiciones. A pesar de ello, las bases teóricas sobre las que se funda la concepción del consumidor nunca fueron cuestionadas y, como consecuencia, el deber de información tradicionalmente se ha planteado desde un punto de vista clásico.

Esto es así, dado que el legislador, desde los comienzos de la LDC hasta hoy en día, ha pretendido mitigar la desigualdad entre las partes de la relación de consumo puramente a través de la obligación de brindar información al consumidor de manera adecuada, veraz y detallada para que este pudiera elegir de acuerdo a sus preferencias. Como resultante, la estrategia predominante frente a los problemas de aplicación de la ley fue ampliar y detallar el contenido de esa información.

Específicamente, Lorena V. Bianchi (2018) menciona que, la finalidad del deber de información

es que el consumidor pueda realizar una elección racional del producto o servicio (hasta optar por no consumir), considerando una serie de datos que solo detenta el proveedor en razón de que estos son los que los poseen o están en mejores condiciones de producirlos. (Anteproyecto, p. 241)

Desde esta perspectiva, el consumidor debe contar con toda la información para realizar una elección correcta desde el punto de vista de la Teoría de la Elección Racional. En otras palabras, se infiere que es mediante la obligación de difundir información que se garantiza la protección del consumidor, ya que, gracias a ello, este va a elegir siempre de manera racional, de acuerdo a sus preferencias.

Aquí, vemos, nuevamente, que los mecanismos de mejora de la LDC siguieron fundados en los preceptos de las teorías mencionadas con anterioridad.

Con el fin de ver la hegemonía de esta concepción, es factible, indagar los orígenes y fundamentos de las normas de defensa del consumidor, en especial los de la LDC. Para ello, en primer lugar, se repasarán los debates parlamentarios; en segundo lugar, se observará la ley vigente y, en tercer lugar, se analizarán las disposiciones del reciente Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor.

A. Debates parlamentarios

Si indagamos en los fundamentos del proyecto de Ley de Defensa del Consumidor de 1993, se puede observar que la obligación de entregar información fue la solución preponderante frente a los problemas del mercado de consumo.

Tal es así que Fernando de la Rúa (1993) esgrimía que “el buen funcionamiento de la economía precisa el normal funcionamiento de los mercados. Y para que los mercados funcionen bien se precisa transparencia, la cual requiere información”⁷. Esta mirada se encuentra en consonancia con los postulados de la economía clásica, en el sentido de que para el buen funcionamiento del mercado de consumo es necesario solucionar el problema de la asimetría de información mediante la divulgación de información.

Por su parte, el diputado Victorio Osvaldo Bisciotti mencionaba que los grandes proveedores

desarrollan una estrategia verdaderamente ofensiva sobre el consumidor mediante sistemas de marketing determinando necesidades, deseos y demandas de los

⁷ Reunion 37, 22/23 de septiembre de 1993, p. 3298

consumidores a través del marketing. (...) [R]ealizan toda clase de publicidades y publicaciones, desplegando diversas argumentaciones para tratar de inducir la compra. (...) Esto significa que el consumidor no recibe la debida información⁸.

Como se desprende de los dichos del diputado, los proveedores son capaces de influir en las preferencias de los consumidores con el fin de que sus decisiones de compra se dirijan hacia sus productos o servicios y, paralelamente, el mecanismo de resguardo ante ello resulta ser la mera difusión de información acerca de las características y condiciones de comercialización de los productos y servicios.

Esta misma estrategia es analizada por el senador César Mac Karthy (1993) quien estipulaba que para que el consumidor pueda ejercer su plena autonomía es necesario que exista una norma legal que establezca un marco a través del cual el consumidor pueda ejercer su poder en el momento de compra, o sea, que existan normas que obliguen al vendedor y al fabricante de bienes a cumplir con las condiciones prometidas y a respetar las condiciones usuales de comercio. Dicho en otros términos, el Senador argumenta que para que el consumidor pueda decidir autónomamente es necesario que se respete la información que les ha sido brindada. De esta forma, podría tener un claro entendimiento de las características y condiciones de los productos y servicios.

Por último, en debates que tuvieron lugar en 2007 para tratar la reforma de la LDC, el senador Luis Petcoff Naidenoff expresó que “la economía clásica establece la importancia de contar con la información correcta. (...) O sea, es muy importante que la información no sea asimétrica sino completa y total, para evitar la crisis”⁹. En este caso, el senador se refería al actual artículo 36¹⁰ - referente a las operaciones de venta de crédito- para el cual la estrategia utilizada como respuesta al problema planteado fue recurrente: aún más información. Parece pertinente señalar que, en este caso se decidió

⁸ Reunión 8, continuación de la primera sesión ordinaria, 16/06/1993, p.1371

⁹ Reunión 21, 17 Sesión Ordinaria, 19/12/2007, Diario de Sesiones – Cámara de Senadores de la Nación, p. 50-51

¹⁰ ARTICULO 36 (1993)- Requisitos. En las operaciones de crédito para la adquisición de cosas o servicios deberá consignarse, bajo pena de nulidad: el precio de contado, el saldo de deuda, la tasa de interés efectiva anual, la forma de amortización de los intereses, otros gastos si los hubiere, cantidad de pagos a realizar y su periodicidad, gastos extras o adicionales si los hubiera y monto total financiado a pagar.

ARTICULO 36 (2007)- Requisitos. En las operaciones financieras para consumo y en las de crédito para el consumo deberá consignarse de modo claro al consumidor o usuario, bajo pena de nulidad: a) La descripción del bien o servicio objeto de la compra o contratación, para los casos de adquisición de bienes o servicios. b) El precio al contado, sólo para los casos de operaciones de crédito para adquisición de bienes o servicios. c) El importe a desembolsar inicialmente —de existir— y el monto financiado. d) La tasa de interés efectiva anual. e) El total de los intereses a pagar o el costo financiero total. f) El sistema de amortización del capital y cancelación de los intereses. g) La cantidad, periodicidad y monto de los pagos a realizar. h) Los gastos extras, seguros o adicionales, si los hubiera.

puntualizar qué información debían contener estos documentos dado que, para el legislador, de otra forma el consumidor no tendría las herramientas para decidir.

En síntesis, de los argumentos se puede inferir que para los legisladores si en el mercado de consumo existe una crisis, se presume como causa la falta de información detallada del consumidor acerca de la relación jurídica, por lo que, la solución eficaz sería ampliar y especificar qué información debe brindarse al consumidor.

A modo de cierre, los fundamentos del proyecto de ley que hemos analizado nos permiten ver cómo se ha concebido al deber de información y al consumidor en las discusiones parlamentarias. Por lo indagado hasta aquí, creemos que, a pesar de los avances tecnológicos e intelectuales realizados, la concepción de consumidor racional no ha cambiado y, por ende, el foco sigue estando en cuál es la información que se difunde.

B. El deber de información hoy en día

En relación con las normas actuales podemos mencionar, en primer lugar, el artículo 4¹¹ de la LDC (artículo 5 del primer proyecto de ley de la LDC de diciembre de 1991). En este artículo, se consagra, específicamente, el deber de información. Concretamente, en el primer párrafo, menciona que se debe brindar a los consumidores información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características y las condiciones de comercialización de los bienes o servicios. De esta forma, el deber de información debe alcanzar no solo las características del producto o servicio sino también las características de las condiciones contractuales a través de las cuales se ofrece el producto o servicio (Alterini, 2008). Dicho en otras palabras, el legislador entiende que al ofrecerle información comprensible, autosuficiente, clara, completa y fácilmente legible se estaría garantizando la protección del consumidor y, por ende, un consentimiento informado.

Adicionalmente, el segundo párrafo, incorporado en mayo de 2016 por la Ley modificatoria 27.250, estipula que la información que se brinda al consumidor debe ser

¹¹ ARTICULO 4º — Información. El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización.

La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada en soporte físico, con claridad necesaria que permita su comprensión. Solo se podrá suplantar la comunicación en soporte físico si el consumidor o usuario optase de forma expresa por utilizar cualquier otro medio alternativo de comunicación que el proveedor ponga a disposición.

entregada de forma gratuita, en soporte físico y de manera tal que sea comprensible. Con respecto a obligatoriedad del soporte físico, la Ley ofrece una salvedad en la oración siguiente: “solo se podrá suplantar la comunicación en soporte físico si el consumidor o usuario optase de forma expresa por utilizar cualquier otro medio alternativo de comunicación que el proveedor ponga a disposición”. En relación con este segundo párrafo del artículo, entendemos que induce al consumidor a la pasividad dado que se dificulta, aún más, la obtención de la información por parte del consumidor. Esto es posible de esgrimir si se tienen en cuenta las limitaciones cognitivas que presenta el consumidor para obtener información. En efecto, estos problemas se ven exacerbados cuando esta no se encuentra al alcance de la mano del consumidor.

Por otra parte, la legislación de protección del consumidor incluyó desde sus comienzos la penalización de las prácticas de información inadecuada de los proveedores. Tal es el caso de la omisión de información relevante sobre el producto o servicio o la provisión de información engañosa. Respecto de este último, el actual artículo 37¹² de la LDC esgrime que en el caso en que el oferente “transgreda el deber de información” tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o de alguna de sus cláusulas. Por lo tanto, entendemos que, mediante estas penalidades, se busca garantizar que no se infrinjan los derechos de los consumidores y que se cumpla con el deber de informar de los proveedores.

En adición, en varios artículos de la LDC, se establece específicamente qué es lo que se debe informar en cada relación de consumo. De hecho, existen ciertas normas que puntualizan los contenidos mínimos de información que se le deben brindar al consumidor, tales como el artículo 14¹³, el artículo 10¹⁴ y el artículo 21¹⁵. A pesar de ello,

¹² ARTICULO 37. — Interpretación. Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas: (...) En caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario.

¹³ ARTICULO 14. — Certificado de Garantía. El certificado de garantía deberá estar escrito en idioma nacional de fácil comprensión y con letra legible y contendrá como mínimo: a) La identificación del vendedor, fabricante, importador o distribuidor; b) La identificación de la cosa con las especificaciones técnicas necesarias para su correcta individualización; c) Las condiciones de uso, de instalación y mantenimiento necesarias para su funcionamiento; d) Las condiciones de validez de la garantía y su plazo de extensión; e) Las condiciones de reparación de la cosa con especificación del lugar donde se hará efectiva.

¹⁴ ARTICULO 10. — Contenido del Documento de Venta. En el documento que se extienda por la venta de cosas muebles, sin perjuicio de la información exigida por otras leyes o normas, deberá constar: a) La descripción y especificación de la cosa; b) El nombre y domicilio del vendedor; c) El nombre y domicilio del fabricante, distribuidor o del importador cuando correspondiere; d) La mención de las características de la garantía conforme a lo establecido en esta ley; e) Los plazos y condiciones de entrega; f) El precio y las condiciones de pago.

¹⁵ ARTICULO 21. — Presupuesto. En los supuestos contemplados en el artículo anterior, el prestador del servicio debe extender un presupuesto que contenga como mínimo los siguientes datos: a) Nombre, domicilio y otros datos de identificación del prestador del servicio; b) La descripción del trabajo a realizar; c) Una descripción detallada de los materiales a emplear. d) Los precios de éstos y la mano de obra; e) El

se podría decir que, a lo largo de todo el texto de la ley, pueden encontrarse normas que especifican y detallan cuál es la información que debe brindarse al consumidor.

Hasta aquí, resulta evidente que, al día de hoy, la estrategia predominante tomada en distintos momentos y desde diferentes normativas para darle solución al problema que nos aboca fue la divulgación de información y que la reacción frente a la ineficacia de esta estrategia fue la ampliación del deber de información.

C. El Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor

Desde su sanción, la LDC nunca fue modificada en su totalidad, sino que, antes bien, las transformaciones que se le hicieron fueron mediante “trabajos hormiga” de leyes o decretos modificatorios. A partir de los avances legislativos e intelectuales tanto de orden internacional como nacional se vio la necesidad de modificar de raíz una ley que mantenía las mismas bases desde 1993. Esta acción reformista tiene su origen en que, las disposiciones de la LDC quedaron atrasadas en relación con los avances en materia de consumo y, por lo tanto, su eficacia ha sido cuestionada. Como consecuencia de ello, se diseñó el Anteproyecto de Ley de Defensa del consumidor (“ALDC” o “El Anteproyecto”), presentado en diciembre de 2018. Esta norma pretende reformar de modo integral la LDC, dado que, propone una ley más amplia, profunda y detallada que tenga en cuenta los avances y modificaciones en materia de consumo, desde 1993.

Específicamente, en lo concerniente con el deber de información, el Anteproyecto de Ley presenta ampliaciones a lo largo de todo el articulado, de las que podemos referir tres aspectos importantes que demuestran la expansión de este deber.

En primer lugar, plantea el deber de información en relación con el “derecho de acceso a la información”. De esta forma, se entiende que el consumidor debe tener acceso a todo tipo de información que transparente las negociaciones y, para garantizarse ello, el Estado Nacional también debe ofrecer información relevante al consumidor. Tal como resalta Alejandra N. Tevez, en palabras de la Comisión reformadora, “en el Anteproyecto se jerarquiza de manera notable el deber de información y se lo expande, pues no se lo limita exclusivamente a la relación jurídica entablada entre el proveedor y el consumidor” (p. 252). De estas líneas podemos observar, entonces, que la relación proveedor-

tiempo en que se realizará el trabajo; f) Si otorga o no garantía y en su caso, el alcance y duración de ésta; g) El plazo para la aceptación del presupuesto; h) Los números de inscripción en la Dirección General Impositiva y en el Sistema Previsional.

consumidor deja de ser la única importante debido a que se agrega al Estado como parte de ella y como sujeto obligado a dar cumplimiento de esas garantías.

En segundo lugar, en relación con la LDC, podemos mencionar que a lo largo de todo el anteproyecto se exige un contenido mayor de información que se debe divulgar, tanto por los proveedores como por el Estado. Podemos mencionar dos ejemplos claros de ello.

Por un lado, se observa la incorporación de la información ambiental, que derivada del principio de consumo sustentable, que hoy en día no se encuentra en la LDC. Concretamente, el artículo 10 pone a cargo del Estado la obligación de ofrecer información ambiental de

concesiones, contratos, autorizaciones previas que hayan sido otorgadas por el Estado nacional, las provincias o municipios y comunas, así como la información sobre la calidad ambiental de los bienes y servicios, sus efectos en la salud humana, promoviendo de esta manera patrones de producción y consumo sustentable¹⁶.

Por otro lado, se registra la inclusión de “contenidos mínimos” en varios artículos. Específicamente, y a modo ejemplificativo, se puede destacar el artículo 85¹⁷ acerca del contenido de la publicidad que contiene catorce incisos anunciando la información que se debe divulgar. En relación con estos artículos, es asequible señalar que el contenido de estos documentos no se limita a los incisos mencionados en cada artículo, sino que puede ser superado sin techo alguno y exponer, de esta forma, al consumidor una gran cantidad de información. En efecto, el legislador entiende que existe cierta información que debe ser garantizada, y que, por un lado, el proveedor puede incluir aún más

¹⁶ “Art. 10. — Deberes a cargo del Estado. Se establece que:

(...) 2. La información debida comprende la información ambiental de concesiones, contratos, autorizaciones previas que hayan sido otorgadas por el Estado nacional, las provincias o municipios y comunas, así como la información sobre la calidad ambiental de los bienes y servicios, sus efectos en la salud humana, promoviendo de esta manera patrones de producción y consumo sustentables;

¹⁷ ARTÍCULO 85. Publicidad. Contenido mínimo. Transparencia. Todo anuncio publicitario en el que se ofrezca un crédito para el consumo, deberá especificar, en forma clara y precisa, con un modelo representativo: 1. Que la operación corresponde a la cartera de consumo, en forma destacada; 2. El nombre o razón social y domicilio del proveedor de crédito y, su caso, del intermediario; 3. La descripción del bien o servicio objeto del contrato cuyo precio se financia, en su caso; 4. El monto total del crédito o del precio del bien o servicio a financiar; 5. El monto total adeudado o financiado, incluyendo el costo financiero total; 6. El monto a desembolsar inicialmente y el monto financiado; 7. La tasa de interés efectiva anual, y si es fija o variable; 8. El sistema de amortización del capital y cancelación de los intereses; 9. La cantidad, periodicidad y monto de los pagos a realizar; 10. Las comisiones, gastos y cualquier otro concepto que integre el total adeudado; 11. Los costes por servicios accesorios, como seguros, si los hubiere; 12. La duración del contrato de crédito; 13. El derecho de revocación o arrepentimiento y las condiciones de su ejercicio; 14. El derecho al pago anticipado del crédito o la financiación, total o parcial, y las condiciones de su ejercicio.

cantidad y, por otro lado, que el consumidor racional podrá procesar toda esa información. Por esta razón, podemos decir, entonces, que el peso reglamentario de la ley se deposita en qué es lo que se informa y desatiende el cómo se informa al consumidor.

En tercer lugar, el artículo 12¹⁸ del anteproyecto amplía las disposiciones del artículo 4 de la LDC debido a que agrega calificadores a la información al señalar que debe ser “precisa” y “completa”. Sin embargo, estos términos pueden ser considerados como reformulaciones léxicas de estrategias anteriores. Por consiguiente, la precisión terminológica hace alusión a la exactitud y la completitud de la divulgación de información para los extremos de la negociación. Así, una vez más, en lo que se hace foco es en cuál es la información que se entrega al consumidor por parte del proveedor.

En suma, a lo largo de los años y desde los primeros proyectos de ley, el consumidor siempre ha sido visualizado como un sujeto racional. El modelo imperante es el de un consumidor informado, capaz de decidir de acuerdo con sus preferencias, que maximiza su bienestar y que, de esta forma, puede generar que los proveedores compitan para ofrecer mejores productos a un precio más bajo. Dicha competencia es asumida como la causa principal del equilibrio de mercado que optimiza el bienestar general. Siguiendo este razonamiento propio de la economía clásica, los mercados de consumo fallan debido a la asimetría de información y, frente a ello, la única solución posible resulta ser informar al que está en posición de desventaja: el consumidor.

Indudablemente, el deber de información es y fue visto siempre como una obligación de los proveedores de brindar toda la información posible –adecuada, clara, completa, detallada, veraz, gratuita- a los consumidores para que estos pudieran dirigir su conducta de acuerdo a sus beneficios. Por caso, el nuevo Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor, continúa postulando, en términos generales, al consumidor como un sujeto que se comporta de acuerdo a la Teoría de la Elección Racional. En este sentido, el mencionado anteproyecto propone, a lo largo de todo el articulado, de manera reiterada la divulgación de información al consumidor a cerca de los productos, servicios y las condiciones de contratación, tanto por parte del Estado como por parte de los proveedores. De allí se desprende que la ley considera que, con profusa

¹⁸ ARTÍCULO 12. Obligación general de informar a cargo del proveedor. En el decurso de la relación de consumo los proveedores están obligados a suministrar al consumidor información clara, precisa, completa, veraz y comprensible respecto de las características esenciales de los bienes y servicios que ofertan o proveen, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante en razón de su naturaleza y particularidades. Esta obligación comprende todas las informaciones sobre riesgos, incertidumbres y cuestiones ambientales establecidas en el artículo 11 en tanto fueren pertinentes.

información, el consumidor podrá tomar decisiones de acuerdo a sus preferencias y a su bienestar.

No obstante, en este anteproyecto pueden observarse atisbos de replanteamiento de esta racionalidad. Efectivamente, en artículos específicos puede intuirse que el legislador ha visto cierta limitación en las capacidades del consumidor dado que varias de las estrategias utilizadas por las normativas reflejan cierto cuestionamiento de la noción clásica de consumidor.

En consecuencia, luego del análisis legislativo, podemos decir que hasta el día de hoy nunca se han replanteado las bases sobre las que se funda la concepción de consumidor y, por lo tanto, el deber de información se exigió siempre de acuerdo con estándares de la economía clásica. Sin embargo, tal como se intentará demostrar en las próximas líneas, la visión de consumidor plenamente racional se encuentra en cuestionamiento y, por ende, la regulación del deber de información también debería estarlo dado que parte de esta concepción tradicional. En resumidas cuentas, la noción actual del deber de información merece ser revisada, ya que ha sido desarrollada a partir de una abstracción jurídica que se encuentra limitada a la concepción de consumidor que, hoy en día, afronta fuertes cuestionamientos.

V. CONSUMIDOR CON RACIONALIDAD LIMITADA

A. Psicología cognitiva y Economía conductual

Resulta sencillo caer en la tentación de presumir que, si lo que falta es información el deber de proveerla eliminaría todos los problemas derivados de esa falla de mercado. Sin embargo, el problema radica en que aun cuando se ofrezca información, los consumidores pueden no ser capaces de adquirirla y de procesarla, total o porcialmente. En este sentido, los individuos poseen capacidad limitada para recoger y para comprender la información necesaria para dirigir sus conductas.

En esa línea de pensamiento, la Economía del Comportamiento (o “BLE” por sus siglas en inglés), tal como mencionan Mullainathan y Thaler (2000), es una disciplina que combina la Economía y la Psicología. Su principal objeto de investigación es lo que ocurre en los mercados cuando los agentes sufren las limitaciones y complicaciones propias de los seres humanos. Sus indagaciones utilizan hallazgos y modelos de la

ciencia sobre la habilidad cognitiva humana y la conducta social para explorar su influencia en la conducta económica de los agentes de mercado.

En consecuencia, podemos decir que estos postulados desafían y ponen en tela de juicio la piedra angular de la economía clásica: la racionalidad de los individuos. No obstante, para estos teóricos, no serían individuos irracionales, sino que dispondrían de una racionalidad limitada. Como consecuencia de esta conceptualización, la limitación que tienen los sujetos para conocer todas las alternativas hace imposible que maximicen su utilidad.

Resulta claro que estas postulaciones desafían los supuestos teóricos del libre mercado debido a que para la economía neoclásica la eficiencia del mercado depende de la racionalidad de los individuos. Por ello, si desde la perspectiva que incorporamos al análisis, puede decirse que el mercado real es menos eficiente que el que plantean los modelos clásicos, parece ser necesaria la intervención del estado para corregir esta anomalía y proteger al consumidor.

De esta forma, considerando las teorías que proponemos incluir en este trabajo, no parece arriesgado enunciar que resulta erróneo asumir que los individuos siempre se conducen de modo racional. En efecto, decir que los consumidores hacen un análisis racional es no asumir la posibilidad de la existencia de las limitaciones de la racionalidad. Así, enunciar que los individuos siguen consumiendo cigarrillos porque valoran más el hoy que el mañana es una conclusión muy simplista y poco útil para la elaboración de políticas públicas. Por lo tanto, crear una ley para pretender solucionar los problemas de mercado de consumo que se base en los postulados de la Teoría de la Elección Racional –tal como lo hace la LDC- no puede llevarnos a soluciones eficaces, porque ese modelo no logra captar la forma en que los consumidores se conducen en el mercado real.

Para demostrar cómo este problema conceptual incide en la legislación, por un lado, se analizarán los descubrimientos de la psicología cognitiva y, por otro lado, se examinará la influencia de estos hallazgos en el campo de la economía y del derecho, desde la visión de la economía del comportamiento y la teoría de Behavioral Law and Economics (Derecho, Economía y Comportamiento).

B. Dos modos de pensar y decidir

La Economía del Comportamiento nace a partir de las investigaciones de Amos Tversky y Daniel Kahneman, quienes exploraron la psicología de las decisiones y las creencias intuitivas. Los resultados de sus investigaciones de psicología cognitiva aplicadas al campo de la economía pusieron en cuestión el paradigma del *homo economicus*. Esta confrontación se deriva de que plantean un análisis descriptivo de la toma de decisiones partiendo de la base de que los individuos utilizan heurísticas para tomar decisiones, lo que, a su vez, en muchas ocasiones, generan sesgos cognitivos que alteran la percepción.

Los estudios de los autores parten de la base de que toda persona posee dos sistemas que rigen la toma de decisiones: el Sistema 1 y el Sistema 2. Mientras que el Sistema 1 es automático, intuitivo y no lógico (asentado en heurísticas); el Sistema 2 es deliberado, analítico y reflexivo. En este sentido, el Sistema 1 “opera de manera rápida y automática, con poco o ningún esfuerzo y sin sensación de control voluntario”. En cambio, el Sistema 2 “centra la atención en las actividades mentales esforzadas que lo demandan, incluidos los cálculos complejos” (Kahneman, 2011, p. 35). A raíz de ello, podemos decir que, según los autores, el razonamiento y la intuición son las dos vías que los humanos utilizamos para llegar a tomar una decisión. Por un lado, el razonamiento requiere de la deliberación y del esfuerzo consciente y, por otro lado, la intuición se presenta de modo espontáneo en la mente.

Cuando pensamos en nosotros mismos, nos identificamos con el Sistema 2, con el yo consciente, racional, que tiene creencias, hace elecciones y decide qué pensar y qué hacer. Aunque el Sistema 2 crea estar donde está la acción, el protagonista es el automático Sistema 1. (Kahneman, 2011, p. 35)

Un ejemplo claro de ello es el que plantea el propio Kahneman (2011): “un bate y una bola cuestan en total 1,10\$. El bate cuesta 1\$ más que la bola ¿Cuánto cuesta la bola?” Los resultados arrojaron que algo más del 50% de los estudiantes de Princeton erraron la respuesta -alegaron que valía \$0,10 siendo que la respuesta es \$0,05- por guiarse por la intuición y no realizar un razonamiento serio. Entonces, podemos decir que, si bien toda persona cree que el Sistema 2 es el dominante -porque creemos que tomamos decisiones deliberadas y racionalizadas- este sistema se caracteriza por la vaguedad y porque no se activa a menos que sea estrictamente necesario. Por ende, al ser el Sistema 1 el que ejerce dominancia al momento de tomar decisiones, muchas veces

lleva a estimar juicios incorrectos -sesgos- dado que se trata de una reducción de tareas complejas y toma decisiones en base a probabilidades.

A partir de la explicación del funcionamiento de los dos sistemas de pensamiento se puede entender cómo es que los individuos toman las decisiones. Según Kahneman realizar cálculos rápidos y sencillos que nos vienen a la mente y actuar de acuerdo con ellos puede llevarnos a errores como el de la bola y el bate. Específicamente, los agentes utilizan *heurísticas*, las que en palabras de Kahneman (2011) son procedimientos sencillos que nos ayudan a encontrar respuestas adecuadas -aunque a menudo imperfectas- a preguntas difíciles. Dichos procedimientos, a su vez, pueden dar lugar a *sesgos*, entendidos como errores sistemáticos que colocan a los individuos en condiciones sub-óptimas.

Lo que es especialmente importante a cerca del trabajo de Kahnemann y Tversky es que demuestra que los atajos (heurísticas) y reglas generales son predecibles. (...) El uso de estas reglas generales puede ser racional en términos de economizar tiempo de pensamiento, sin embargo, las predicciones serán diferentes de las previstas por la teoría de la elección racional. (Jolls, Sunstein, & Thaler, 1998, p. 1477)

En estas líneas puede apreciarse cómo el uso de heurísticas suele ser una gran ventaja ya que mediante ellas es posible resolver problemas complejos de manera rápida, teniendo en cuenta experiencias previas. En otras palabras, este procedimiento inferencial elabora juicios de probabilidad, aunque, al ser juicios probabilísticos, muchas veces suelen ser erróneos, por lo que conducen a tomar decisiones de manera sub-óptima. Korobkin y Ullen (2000) plantean algunos de los ejemplos de heurísticas que permiten la simplificación de la toma de decisiones: disponibilidad, representatividad, exceso de confianza y el efecto marco (*Availability, Representativeness, Overconfidence* y *framing* en inglés).

En primer lugar, la heurística de la "*Disponibilidad*" se presenta cuando los actores sobreestiman la relevancia de los incidentes destacados o memorables –ya sea porque son recientes, impactantes, poco habituales o cualquier otra causa- sin tener en cuenta las estadísticas. Tal es el caso de "un choque de aviones con gran cobertura mediática alterará temporalmente nuestras sensaciones sobre la seguridad de los vuelos" (Kahneman, 2011).

En segundo lugar, la heurística de la "*Representatividad*" refiere a la tendencia de los actores a ignorar las estadísticas básicas y sobreestimar la correlación entre lo que parece ser algo y lo que realmente es. En otros términos, la toma de decisiones se realiza recurriendo a una muestra de posibilidades de un fenómeno para construir un

patrón. Uno de los sesgos más habituales que se producen al utilizar esta heurística es el de la conjunción. Este sesgo consiste en que la probabilidad de que dos acontecimientos producidos simultáneamente no puede ser superior a la probabilidad de alguno de ellos de manera independientemente.

En tercer lugar, la heurística del “*exceso de confianza*” entiende que las personas en general están dispuestas a aceptar mucho más riesgo basado en la creencia de que los eventos adversos simplemente no les ocurrirán a ellos (Jolls, Sunstein y Thaler, 1998). Se trata de la creencia de que, en promedio, es más probable que nos sucedan las cosas buenas a que nos sucedan cosas malas. Un ejemplo que demuestra errores en la percepción de los consumidores puede ser el caso de los fumadores quienes, a pesar de las estadísticas sobre los riesgos en la salud que ocasiona el cigarrillo, tienen la creencia de que el peligro que enfrentan es menor al del resto de los fumadores.

En cuarto lugar, el efecto marco implica que el contexto y la forma en que la información se le presenta al consumidor influye en su percepción. Es decir, el valor de determinado producto depende de la comparación de ese producto con otro. El efecto marco puede presentarse conjuntamente con la heurística de aversión a las pérdidas. Este efecto de aversión conduce a que una vez que un individuo posee un bien, inmediatamente lo valora más que cuando no lo poseía, es decir, las personas tienen una aversión a perder las cosas que se encuentran poseyendo. A modo ilustrativo, se puede señalar el caso que ejemplifica tanto el efecto marco como la aversión a las pérdidas, (Alferdo Chan Arellano, 2013) en el que un técnico desea vender un equipo que hace más eficiente la distribución de aire acondicionado en las oficinas. Existen dos posibles opciones para ofrecer el producto: a) con este nuevo equipo usted podrá ahorrar dinero en su consumo de electricidad, o b) si no instala el equipo, usted seguirá perdiendo dinero por consumos excesivos de electricidad. Ante estas opciones es probable que el vendedor elija la opción b) dado que esta se presenta en términos de pérdida y, por el contrario, la otra situación se presenta como una ganancia.

En suma, estas heurísticas, en numerosas ocasiones, llevan a los individuos a tomar decisiones que distan de ser las mejores con respecto a sus beneficios. En esta línea, Korobkin y Ullen (2000) entienden que existe demasiada evidencia experimental acerca de que los individuos en numerosas situaciones actúan de manera incompatible con la Teoría de la Elección Racional. En este punto, partiendo de lo analizado, cabe preguntarse si una ley puede ser eficaz si toma los postulados de una teoría cuestionada como base para su contenido.

Por nuestra parte, entendemos que, más allá de los presupuestos conceptuales de la Ley, resulta importante estudiar y experimentar los diferentes sesgos cognitivos con el fin de predecir el comportamiento humano e intervenir, a través de normas legales, para incentivar conductas beneficiosas.

C. Derecho, Economía y Comportamiento

En palabras de Jeffrey Rachlinski (2011), los orígenes intelectuales de Behavioral Law & Economics (“BLE”) residen en el campo de la psicología y la sociología cognitiva, a diferencia de LE. BLE y la economía del comportamiento que parten de la base de que los individuos son imperfectamente racionales (Bar-Gill, 2014). Según, Jolls, Sunstein y Thaler (1998) existen ciertas diferencias entre las “personas reales” y el *homo economicus*, que se pueden ilustrar a partir de tres limitaciones del comportamiento humano.

En primer lugar, la “racionalidad limitada” implica que las habilidades cognitivas de los individuos son finitas y que poseen limitada capacidad de cálculo y memoria imperfecta. Sin embargo, como se mencionó anteriormente, racionalidad limitada no es lo mismo que irracionalidad. Tal como sostiene Sunstein (2003), el sujeto que actúa de forma irracional lo hace de manera impredecible y aleatoria, en cambio, el sujeto racionalmente limitado toma decisiones constantes dentro de un mismo contexto, pero posee limitaciones -propias y del contexto- que le impiden actuar de forma óptima con respecto a la maximización de beneficios.

En segundo lugar, el “poder de voluntad limitado” refiere al hecho de que muchas veces los individuos toman decisiones que no son acordes con sus intereses a largo plazo. Un ejemplo claro de las limitaciones en el poder de voluntad es el que plantea Alfredo Chan Arellano (2013):

Los individuos conocen que el exceso de alcohol produce daños en su salud; no obstante, es bastante difícil que un individuo modere su consumo de alcohol. A la mañana siguiente el individuo sentirá una fuerte resaca, uno que otro sentimiento de culpa, y lamentará el estado en el que se encuentra. No obstante, al día siguiente (o incluso el mismo día) es altamente probable que incurra en la misma conducta. Podría decirse que este tipo de comportamiento no es racional. No obstante, la respuesta de este tipo de conducta no se encuentra en una falla cognitiva, el individuo sabe perfectamente lo que está haciendo, solo que le cuesta mucho evitarlo. (p. 308)

Por último, el “interés propio limitado” entiende que los individuos no siempre actúan de acuerdo a su propio deseo, sino que en ciertas ocasiones los individuos actúan con el

fin de beneficiar a otro sujeto. A modo de ejemplo, puede que un consumidor adquiriera una crema facial que es acorde a sus necesidades estéticas y económicas. Sin embargo, el consumidor puede dejar de consumir esa crema que particularmente le era beneficiosa porque, por ejemplo, la compañía que las elabora utiliza animales en pruebas de productos. De este modo, si el consumidor juzga repudiable la conducta de la compañía, por el maltrato animal, puede estar dispuesto a reducir su bienestar a fin de evitar estas conductas.

Si bien estas tres limitaciones no describen completamente la complejidad del comportamiento humano, su importancia reside en que ponen en cuestionamiento la idea central de la maximización de la utilidad, de las preferencias estables, de las expectativas racionales y del procesamiento óptimo de información.

D. El problema de la no lectura

Los sesgos y limitaciones, justamente, son la causa por la que los consumidores rara vez leen los contratos que las empresas ofrecen. Esto es así dado que, por un lado, el costo de informarse es alto, porque suele tratarse información tanto abundante como compleja que, en su procesamiento, requiere de tiempo y esfuerzo. Por otro lado, intervienen sesgos cognitivos que llevan al consumidor a ignorar esa información. Según Ayres y Schwartz (2014) “El hecho de que los consumidores no lean no ocurre solo cuando están apurados sino, también, cuando no lo están y, además, cuando contratan por una sola vez (p. 546). Esto parece indicar que resulta, imposible que una persona tenga acceso a la información completa y, además, aunque la tuviera no posee la capacidad para procesar perfectamente toda la información que tiene disponible.

A partir de esto, entendemos que es viable remarcar, a pesar de que no indagaremos en este sentido, que en estos casos en los que el consumidor no es capaz de adquirir toda la información, se podría cuestionar la exigibilidad de los contratos. Ello es así puesto que no puede entenderse que el consumidor realmente consintió la relación legal que creó el contrato si el consumidor ignora esa relación. Un ejemplo claro de ello son los contratos de adhesión, o sea, aquellos que contienen cláusulas estandarizadas que se utilizan en la mayoría de las relaciones de consumo. Teniendo en cuenta que en la mayoría de los casos los consumidores no leen los términos y condiciones – ya sea por su longitud, su complejidad o porque pareciera no ser importante tomarse el tiempo de leer y prestar real consentimiento-, la gran pregunta alrededor de este tipo de contratos es en qué medida debe forzarse su cumplimiento. Por esta razón, concebimos que el

problema de la no-lectura puede llevar, también, al cuestionamiento de la exigibilidad de los contratos celebrados.

A su vez, en relación con este tipo de contratos podemos destacar que, dada la era tecnológica en la que vivimos, existen muchos contratos celebrados a través de internet, que poseen cláusulas estandarizadas y, en ocasiones, de contenido controversial. En estos casos, el consentimiento aparente se perfecciona mediante un “click” y, en muchos de ellos, existen cláusulas generales predispuestas que suelen presentar variadas problemáticas entre las que se destacan la formación del consentimiento y la inclusión de cláusulas y situaciones jurídicas abusivas. De hecho, la evidencia sugiere que los consumidores rara vez leen los contratos de Internet lo que constituye un problema de garantía de negociación transparente. A partir de las investigaciones de Bakos, Marotta-Wurgler y Trossen (2014), se arrojaron los siguientes resultados:

las licencias de software fueron accedidas solamente 55 veces de 120.545 visitas a minoristas de software (0,05% de todas las visitas). (...) Y, a su vez, los usuarios que accedieron pasaron en promedio 47.7 segundos y el tiempo medio fue de 29 segundos. (...) Sin embargo, para leer completamente una licencia de software se requerirían entre 8 y 10 minutos. (p. 26)

Por lo tanto, de estos datos podemos extraer que los usuarios en muy escasas ocasiones acceden a los términos y condiciones de los contratos y, cuando lo hacen, pasan muy poco tiempo frente a la pantalla como para leer el completamente el contrato. Por ende, no resulta aceptable pensar que el consumidor haya sido informado de los términos y condiciones en este tipo de relaciones de consumo.

En consonancia con lo mencionado hasta el momento, Perzanowski y Schultz, (2016) esgrimen, en relación con los contratos celebrados a través de internet, que

además de la longitud, los acuerdos de licencia son difíciles de comprender. (...) La longitud y la complejidad imponen costos muy significativos en el público. (...) ¿Quién en su sano juicio podría leer 19.000 palabras de una licencia antes de realizar una compra de 99 centavos (USD) en iTunes? (Perzanowski y Schultz, 2016, p 58)

Por ende, podemos intuir que no importa cuánta información se les pida a los proveedores que pongan a disposición del consumidor porque no será leída. Es más, cuanto más información se le presente, menos incentivos para leerla en su integridad tendrá. En consecuencia, la solución de la ley ante los problemas de asimetría de información no debería ser obligar a los proveedores a informar cada vez más al consumidor porque, de ese modo, incentivaría la asimetría contractual.

Para sintetizar, es claro que, en el mercado real de consumo, los individuos no se conducen de la forma que plantea la economía clásica. En efecto, estas evidencias nos permiten confirmar que las limitaciones de los consumidores para procesar la información son reales. En consecuencia, si se pretende interferir de modo satisfactorio para que los consumidores entiendan los contratos que celebran y las consecuencias que ello conlleva, es menester asumir que existen ciertos sesgos cognitivos que influyen en la percepción de los consumidores.

En resumidas cuentas, las políticas públicas que propendan proteger a los consumidores deberán considerar la influencia de los sesgos en la percepción de los consumidores, para que, con la información entregada, decidan sobre la base de sus preferencias. Por esta razón, entendemos que se deben replantear las bases tradicionales de la noción de consumidor y reconfigurar el deber de información de manera que se exija de forma tal que tenga en cuenta el razonamiento de los individuos insertos en el mercado de consumo.

VI. RECONFIGURACIÓN DEL DEBER DE INFORMACIÓN

Sobre la base a los argumentos mencionados con antelación, entendemos que es de importante reconfigurar las bases conceptuales sobre las que se funda el deber de información para que, de esta forma, sea posible mejorar la eficacia en la regulación de este deber. De este modo, la concepción de consumidor racional debería dejarse a un lado para dar lugar a un sujeto con capacidad e interés limitado. Entonces, teniendo en cuenta que los consumidores utilizan ciertas heurísticas y que, en numerosas ocasiones, estas alteran la percepción, planteamos la necesidad de evaluar cómo se procesa la información por parte del consumidor. De esta forma, las respuestas permitirán crear modelos en los que se establezcan la forma en la que el consumidor responde frente a ciertos incentivos específicos.

Partiendo de la base de que el consumidor posee atención y capacidad limitada, entendemos que es importante evaluar la forma en que se presenta la información para saber si, realmente, es capaz de absorberla y entenderla. En efecto, no solo importa cuál es la información que se brinda al consumidor, sino que, es igual de importante cómo se entrega ese mensaje.

Por este motivo, la información divulgada al consumidor debería ser concreta y de fácil comprensión, ya que si es extensa o compleja el consumidor no va a tener incentivos

para leerla. Eso es, justamente, lo que pasa con muchos tipos de contratos, como, por ejemplo, los contratos de tarjetas de crédito o los contratos de seguro. Estos no son solamente extensos, sino que, también, poseen un lenguaje técnico y complejo que para poder comprenderlo se requieren conocimientos previos del tema en cuestión. Específicamente, tal como menciona Oren Bar-Gill (2015) los contratos de tarjetas de crédito poseen variadas tasas de interés y cargos, que se calculan utilizando fórmulas complejas. Por lo que el consumidor imperfectamente racional no trata con la complejidad, sino que la ignora. En efecto, simplifica su problema de decisión al pasar por alto los aspectos de los precios que no se muestran de manera saliente y, en lugar de calcular, aproxima el impacto de los aspectos salientes que no se pueden ignorar.

Paralelamente, es importante remarcar que el contexto juega un papel fundamental en difusión de información al consumidor. O sea, la forma en que se presenta la información puede tener un gran impacto en la atención del consumidor y, por ende, podría favorecer la lectura del consumidor. Tal como mencionan Lorena González Rodríguez y Pamela Tolosa (2018),

el contexto y la forma en que se presenta la información influye en la percepción de los consumidores de un modo muy relevante. (...) La información presentada de un modo vívido, saliente y concreto puede tener un mayor impacto en la atención de los consumidores que la información abstracta o estadística. Adicionalmente, la información familiar, o conocida, genera menos atención que la información presentada de un modo novedoso. (Anteproyecto, p. 172-173)

Entonces, a partir de esta cita entendemos que aunque la información sea concreta, clara y comprensible, en numerosos casos el consumidor no va a procesarla si no se encuentra remarcada de manera tal que atraiga la mirada del consumidor.

Por ende, si queremos que el consumidor lea cierta información, debemos presentársela de dos formas, por un lado, de modo que sea llamativa y/o saliente y, por otro lado, desplegando información clara, sencilla y concreta.

Un claro ejemplo de la importancia del contexto es la influencia de la heurística de la disponibilidad en la toma de decisiones de los agentes de mercado. Tal como explicamos en líneas más arriba, esta heurística influye en la percepción de los consumidores haciendo que los hechos o elementos memorables o llamativos sean más frecuentes o disponibles en la mente del consumidor. Otro ejemplo de ello, es el sesgo del *status quo*. Específicamente, este sesgo refiere a la tendencia de los individuos a mantener la situación en la que se encuentran actualmente y que vienen manteniendo desde el pasado. A modo ilustrativo se puede mencionar el caso de la donación de

órganos. Las instituciones que se encargan de registrar a las personas donadoras de órganos tienen dos opciones: a) enunciar “si quiere donar órganos marque aquí” o b) “si no quiere donar órganos marque aquí”. Como los individuos tienden a mantenerse en el estado en que se encuentran, si se elige la opción b) va a haber muchas más personas que donen órganos. Esto es así dado que la opción a) requiere que el consumidor accione y elija esa opción, mientras que la segunda opción no requiere intervención alguna.

En consecuencia, podemos decir, entonces, que cumplir con la obligación que impone la LDC de informar al consumidor, de acuerdo con los estándares legales establecidos, no garantiza un consumidor informado. Por lo tanto, lo que proponemos en este trabajo es que, teniendo en cuenta cómo toma las decisiones el consumidor, pongamos el foco en cómo brindarle la información para que pueda tener noción de que es lo que está consintiendo en cada relación jurídica. Es decir, si bien es importante que la información que se le brinda al consumidor sea adecuada y veraz, es igual de importante, que se le brinde esa información de un modo tal que pueda absorberla y entenderla. De esta manera, lo que cabe preguntarse es cómo es posible delinear una legislación que permita a los consumidores saber cuál es el contenido del contrato al que se está obligando.

En relación con estas ideas, entendemos que es viable señalar dos cuestiones que pueden ayudar a comprender como planteamos que debería regularse el deber de información en la LDC. Por un lado, se resaltarán aquellos supuestos del Anteproyecto que, a nuestro criterio, denotan cierta regulación en consonancia con los supuestos de la Economía del Comportamiento. Por otro lado, se plantearán propuestas que intentarán contribuir para mejorar la eficacia en la regulación del deber de información.

A. Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor

Siguiendo lo dicho con anterioridad, creemos que es válido destacar ciertos intentos del Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor (2018) de atender las limitaciones del consumidor.

En primer lugar, a pesar de que enumera, en el artículo 14, detalladamente el contenido mínimo de información que debe brindar el proveedor, en el artículo 15¹⁹, el

¹⁹ ARTÍCULO 15. Sobreinformación. La sobreinformación al consumidor tiene los mismos efectos que el incumplimiento de la obligación de informar. Se considera tal el suministro de información

Anteproyecto sanciona la sobreinformación. En otras palabras, si bien exige un contenido mínimo extenso y detallado –contenido en 6 incisos-, luego menciona que será sancionado el suministro de información en exceso o de suma complejidad. Por esa razón, podemos decir que este artículo tiene en consideración cierta limitación del consumidor. Sin embargo, en concreto lo importante sigue siendo qué se informa, sin diferenciar, por ejemplo, entre más o menos importante o entre lo que el consumidor puede ya conocer o intuir por otros medios a cerca del producto o servicio.

En segundo lugar, este Anteproyecto propone una forma innovadora de presentar la información al consumidor en los contratos de adhesión. En el artículo 46, menciona que:

Los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas deberán contener al comienzo, en una sola página, un resumen de su contenido y las disposiciones más relevantes. Por vía legal o reglamentaria se podrá establecer el formato y contenido, según los casos.

A partir de este artículo, podemos apreciar que el legislador ha notado que, gran parte de los consumidores no leía en su integridad los contratos con cláusulas predispuestas. Por esta razón, intentó utilizar una técnica que ayude al consumidor a prestar atención a aquellas disposiciones más relevantes del contrato. Es decir, en este caso, en lo que se hizo foco fue en cómo presentar la información para que atraer al consumidor para que lo lea. A su vez, este artículo se puede ver en relación con el artículo 47, inc 3²⁰, en el que se esgrime que se tendrán por no escritas las cláusulas que “sorprendan al consumidor, sea por su contenido, redacción o presentación”. Si bien este artículo podría asegurar la protección del consumidor en los casos en que solo se lea la primera página de contenido destacado, no parecería ser la mejor solución. Es decir, la decisión de declarar directamente nulas las cláusulas que sorprendan al consumidor parecería ser una técnica paternalista que podría dañar a la otra parte de la relación contractual debido a que vulnera su seguridad jurídica. Por esta razón, creemos conveniente que estas disposiciones no sean declaradas nulas, sino antes bien, podrían integrarse en la página de contenido destacado mencionada en el artículo 46²¹.

en exceso, o de suma complejidad, sin las aclaraciones necesarias para que sea asequible por su destinatario, o que de cualquier manera, por tales razones, impida la adecuada comprensión del mensaje, y sea relevante en función del bien o servicio de que se trate.

²⁰ ARTÍCULO 47. Control de contenido. Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas las cláusulas que: (...) 3. Sorprendan al consumidor, sea por su contenido, redacción o presentación;

²¹ ARTÍCULO 46. Control de inclusión en los contratos de consumo. La redacción del contrato debe ser hecha en idioma español, en forma completa, clara y fácilmente legible, sin reenvíos a textos o documentos que no se entreguen previa o simultáneamente. Cuando se incluyan

Por lo expresado, es posible vislumbrar cierta reconfiguración en el modo en que se exige el deber de información. En efecto, en estos artículos se puede avizorar cómo el legislador pasó de preguntarse qué debía informar, a preguntarse cómo mostrar esa información al consumidor. No obstante, la mayor parte del anteproyecto sigue previendo normas para el consumidor racional, aunque es importante remarcar que estos artículos dan cuenta de un tímido avance en materia de protección del consumidor.

B. Propuestas

Los hallazgos presentados a lo largo de este trabajo, además de poseer interés académico respecto de la mirada económica sobre el consumidor, permiten cuestionar el modo en que se legisló el deber de información en la Argentina hasta el día de hoy.

En este sentido, teniendo en cuenta que los seres humanos adquirimos la información mediante atajos mentales que nos conducen a cometer errores sistemáticos, debemos crear estrategias que tengan en consideración el funcionamiento de estos errores. En consecuencia, en esta sección se elaborarán algunas propuestas que pretenderán transformar la manera en que la información se le presenta al consumidor. De esta forma, se pretenderá ayudar al consumidor a entender las características y condiciones de la relación jurídica que está consintiendo y, por ende, a tomar decisiones que le sean favorables.

En esta línea, las propuestas que de este trabajo se desprenden son tres: la importancia del cuadro de advertencia, la necesidad de inclusión de las técnicas de Nudge y, por último, los beneficios que puede generar la inserción de un sistema de calificaciones de los proveedores y de los bienes y servicios.

cláusulas o condiciones particulares, deberán ser escritas en letra destacada y suscritas por ambas partes. Los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas deberán contener al comienzo, en una sola página, un resumen de su contenido y las disposiciones más relevantes. Por vía legal o reglamentaria se podrá establecer el formato y contenido, según los casos. El proveedor que preste servicios o comercialice bienes a consumidores mediante la celebración de contratos por adhesión, deben publicar en su sitio web un ejemplar del modelo de contrato a suscribir. Así mismo debe entregar sin cargo y con antelación a la contratación, en sus locales comerciales, un ejemplar del modelo del contrato a suscribir a todo consumidor o usuario que así lo solicite. En dichos locales se exhibirá un cartel en un lugar visible con la siguiente leyenda: 'Se encuentra a su disposición un ejemplar del modelo de contrato que proponemos firmar'.

a) Cuadro de advertencia

Esta propuesta parte de la noción de que los consumidores no leen, ya sea toda o parte, de la información que se les brinda en los contratos de adhesión. Y, a su vez, lo que sucede muy a menudo es que los consumidores creen que los contratos poseen términos más favorables de los que realmente poseen. Por esta razón, los vendedores deberían saber sobre qué cláusulas los consumidores ostentan creencias adecuadas acerca de los términos y condiciones de los contratos que ofrecen y cuáles son las que desconocen.

Según Ian Ayres y Alan Schwartz (2014), los consumidores conocen ciertas cláusulas de los contratos no solo por leerlas, sino que las aprenden por otros medios. Por ejemplo, de experiencias previas con contratos similares, de discusiones con amigos, de observar las elecciones de compras de otros consumidores, entre otras. Por este motivo, los individuos conocen previamente algunas cláusulas particulares, pero ignoran la existencia de otras. En consecuencia, “la regulación utilizaría las limitaciones cognitivas de los consumidores de forma más eficiente si dirigiera la atención de los consumidores hacia los términos del contrato que son desconocidos para muchos de ellos y que, a su vez, les generan cierta desventaja” (p. 551).

En concreto, lo que se propone es que la regulación establezca la obligación de resaltar aquello que el consumidor espera que contenga el contrato, pero que en realidad no está incluido en él. Es decir, los términos en los que los consumidores son optimistas deberían enunciarse de forma diferente: apartados y visibles. No sería correcto incluir los términos sobre los que el consumidor es sub-optimista o que igualan su expectativa dado que no lo perjudican. Por ello, si un contrato contiene términos que le son favorables al consumidor, pero que pensaba que no estaban incluidos, esto no lo coloca en una posición desventajada, por lo que, estos términos no deberían incluirse en el cuadro de advertencia.

En este sentido, se cree que esta forma de mostrar la información favorecerá a la atención de los consumidores. Como ya hemos mencionado, la contextualización del mensaje que se pretende dar a los consumidores es importante porque la forma en que se presenta la información influye en la percepción de ellos. Por lo tanto, debe tenerse en cuenta que el consumidor focalizará la atención en la información más saliente, dado que entra en juego la heurística de la disponibilidad. Específicamente, tal como menciona Pamela Tolosa, esta heurística afectará la percepción: el consumidor focalizará en el dato saliente y tenderá a ignorar otra información. (Comentarios al anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor, p. 175). De modo que, la información

sobre la que el consumidor es optimista y que, a su vez, lo perjudica debería resaltarse y apartarse del resto de los términos.

Para que esto funcione adecuadamente, el Estado o empresas privadas sujetas a regulación estatal deberían realizar estudios de mercado que permitieran identificar qué términos son esperables por los consumidores y en qué cometen los errores.

Luego, una vez identificados los términos desfavorables sobre los que los consumidores son optimistas, debiera colocarse la información en un recuadro de advertencia al principio de cada contrato. Este recuadro debería estar titulado “términos y condiciones inesperados” y enunciaría todos estos términos en distintos incisos, los que el consumidor debería ir aceptando uno por uno.

A modo de ejemplo, se puede exponer el caso en el que se hace un estudio sobre los seguros de hogar. Se hacen varias preguntas a consumidores que no hayan leído los términos y condiciones acerca de qué es lo que cubre el seguro. Una vez obtenidos los resultados, se toman las respuestas que la mayoría de los consumidores contestó erróneamente y que resultan desfavorables. O sea, si, por ejemplo, la mayoría de los consumidores en sus respuestas indican que este tipo de seguros incluye las inundaciones, pero en realidad no lo hace, entonces, esa cláusula debe incluirse en el recuadro de advertencia.

De esta forma, se logra que el consumidor sea informado a cerca de todo el contenido de los términos y condiciones, ya que aquellos aspectos del contrato que lo podrían sorprender son remarcados de forma tal que lo induzcan a prestarles atención. Así, mientras que todo aquello sobre lo que el consumidor posee creencias adecuadas o aquello que lo beneficia se encuentra en la parte general, lo que el consumidor no sabe y lo perjudica se enunciaría de forma llamativa para que este la pueda visualizar. De este modo, el consumidor se encontrará en situación para tomar una decisión con entendimiento.

Ahora bien, en lo que respecta a la aplicación práctica de esta propuesta si bien entendemos que es plausible, concebimos que pueden existir ciertas limitaciones o problemas al momento de hacerla efectiva. En concreto, para que el cuadro de advertencia sea eficaz, es necesario que se tengan en cuenta ciertos recaudos. En primer lugar, se debería crear o asignar a una institución para que realice las investigaciones, dado que los propios proveedores no poseen los incentivos para realizarlo. Esto es así ya que, si a los consumidores se les informa acerca de las desventajas de cierto contrato, aumentan las posibilidades de que decida no consumir y, además, su inclusión implica un gran costo para los proveedores. En segundo lugar,

como los contratos con distintos proveedores o sobre distintos productos o servicios son diferentes, se deberían realizar investigaciones para cada uno de ellos, por lo que, podría resultar complejo y costoso. Sin embargo, consideramos que toda medida que tienda a equiparar la situación de las partes merece ser tomada en cuenta.

b) Nudge

Considerando que los consumidores poseen racionalidad limitada, es decir, disponemos de atención, memoria, voluntad e interés propio limitado, muchas veces tendemos a tomar decisiones que no son las mejores o las preferibles para nosotros mismos. Es claro que en ciertas situaciones las personas pueden tomar decisiones de manera impulsiva, sin tener en cuenta las consecuencias a mediano o largo plazo –como por ejemplo fumar cigarrillos-. A su vez, los proveedores pueden aprovecharse de estas limitaciones del consumidor para generar mayores beneficios. Por esta razón, en determinadas ocasiones puede ser deseable una intervención de un tercero para mejorar la vida de los individuos.

Con intervención no nos referimos a que un tercero sea responsable de las decisiones por los consumidores sino, más bien, a la inclusión de una estrategia que los guíe hacia direcciones que van a mejorar sus formas de consumo. Esto es lo que Thaler y Sunstein (2009) entienden como *Nudge*. En efecto, *Nudge* es cualquier aspecto de la organización del contexto en el que los individuos toman decisiones “que altere el comportamiento de las personas de formas predecibles, sin prohibir ninguna opción y sin generar un gran cambio en sus incentivos económicos” (p. 6). Entendemos que en ciertas ocasiones es legítima esta intervención ya que los individuos suelen tomar malas decisiones, decisiones que no habrían tomado si hubieran prestado la atención necesaria, tenido información completa, poseído habilidades cognitivas ilimitadas y completo auto-control.

Un ejemplo claro, que proponen Thaler y Sunstein, de cómo se puede crear un *Nudge* que afecte de forma positiva el consumo, es el experimento en las cafeterías de las escuelas. La idea es que, sin cambiar ninguno de los menús, se modifique la disposición en que se ofrecen las distintas comidas. De forma que, en algunas cafeterías se ofrecería primero el postre; en otras, al final y en otras, en un lugar separado del resto de la comida. Adicionalmente, se cambiaban de lugar las papas fritas y las ensaladas. El resultado fue que, simplemente, por modificar la disposición de las comidas se podía aumentar en un 25% el consumo. Por lo tanto, parecería ser que en este caso es

legítima la intervención de un tercero que influencie a individuos para que elijan consumir de manera saludable.

Una estrategia que podría funcionar como *Nudge* son las opciones por defecto con posibilidad de *opt-out*. Es decir, el legislador elige cierta opción frente a la que, si el consumidor no emite una opinión en contrario, esta prevalece. En definitiva, en estos casos es el consumidor el que tendría que optar por una opción distinta a la impuesta. Con este planteamiento, entra en juego el sesgo cognitivo del *status-quo*, por el que los individuos tienden a permanecer en la misma situación en la que se encuentran. Por consiguiente, no importa cuál sea la opción por default, gran cantidad de sujetos no van a optar por cambiarla.

De esta forma, en el caso de contratos entre proveedores y consumidores, se tendrán establecidas ciertas opciones predeterminadas, impuestas por un tercero, de las que los proveedores y consumidores se podrían alejar, siempre y cuando el consumidor exprese de manera inequívoca que desea apartarse de ellas.

En definitiva, aunque se trata de una solución intervencionista no coarta los derechos de los individuos. Efectivamente, las reglas por default pueden ser una vía eficaz para garantizar los derechos de los consumidores y para que las elecciones que tomen sean las mejores para ellos mismos.

No obstante, si bien existen casos en los que es claro el beneficio que implicaría la intervención del Estado, tal como es el caso de las cafeterías en las escuelas, entendemos que existen otras situaciones grises en los que esta intervención puede ser cuestionada. En consonancia con lo expresado, existen dos aspectos a tener en consideración: por un lado, si el Estado pretende aplicar estos *Nudge* debe hacer un estudio de mercado exhaustivo para poder detectar que es lo mejor para todos los individuos (aun así, puede que no logre reconocerlo dado que “lo mejor” es un concepto subjetivo, por lo menos en la mayoría de los casos); por otro lado, “nudgear” a los consumidores implica, en cierta manera, la limitación del poder de decisión de los agentes de mercado dado que se los empuja a tomar una decisión que puede que no sea la más deseable para ese individuo en ese momento o que no sería la que elegiría si sus decisiones no estuvieran sesgadas. Por ende, la utilización de esta técnica, aunque fuese aplicada por el Estado, podría ser susceptible de ser catalogada como abusiva. De hecho, es más difícil monitorear los intentos por empujar a los consumidores a tomar ciertas decisiones que controlar políticas puramente coercitivas.

A pesar de ello, entendemos que el uso del *Nudge* es un herramienta efectiva para inducir a los consumidores a tomar decisiones deseables. De hecho, sería útil para para

contrarrestar los efectos que producen los sesgos en las decisiones de los agentes y para guiarlos a adoptar conductas que elegirían si no fueran sujetos con percepción sesgada.

c) **Sistema de calificaciones**

La última propuesta consiste en un sistema que permita que los consumidores aprendan de las experiencias de otros consumidores a cerca de los productos y servicios. Dicho en otros términos, los individuos, luego de consumir o utilizar los diferentes productos y servicios, tendrían que emitir una calificación de acuerdo a su opinión acerca de la experiencia que tuvieron con estos.

En este sentido, como mencionamos anteriormente, brindarle abundante información al consumidor no es la manera más eficaz para que pueda comprar por sí mismo entre los distintos productos. Si bien el consumidor puede aprender de esta información, también, lo hace de experiencias previas, de conversaciones con consumidores, de publicidades y de experiencias de otros consumidores, entre otras.

Específicamente, la propuesta consiste en instaurar un sistema de calificaciones que permita a los consumidores saber la calidad de los productos y la confiabilidad de los proveedores a través de las experiencias de otros usuarios y consumidores.

Esta estrategia demandaría la presencia de un organismo particular, ya sea el Estado o algún ente regulado por este, debería recabar la información que le brinden los consumidores en relación con los productos o servicios. Para su implementación, habría que pedirle al consumidor que estime una calificación y/o que emita una opinión con críticas. Estas calificaciones y opiniones recabadas deberían volcarse en un sistema que genere un ranking de los productos y de los proveedores. De ese modo, el consumidor podría tomar conocimiento de estas calificaciones, que le serían exhibidas de forma clara, notoria y fácilmente entendible. De ahí que debería obligarse al proveedor a publicar las calificaciones en los empaques, en publicidades, en las páginas *web* de los proveedores, en redes sociales, en contratos, en lugares en los que se exhiben los productos o se ofrecen los servicios. Cabe señalar que estas calificaciones deberían renovarse ya sea semestralmente o anualmente debido a que se deberían contemplar tiempos de vigencia de los resultados ya que los resultados podrían variar.

Un caso similar es el de las páginas de venta de productos *online* en las que se ofrece una calificación de la reputación del vendedor. Tal es el ejemplo de la plataforma de Mercado Libre, en la que se puede observar de manera gráfica y fácilmente entendible

si el vendedor posee reputación buena, intermedia o mala mediante un gráfico con colores –verde, amarillo y rojo-. En efecto, esta forma de presentar la información atrae la atención del consumidor por el efecto visual saliente y por su fácil comprensión -dada la asociación general del color rojo con lo negativo y el color verde con lo positivo-.

En pocas palabras, se trata de una propuesta que debería regularse por la legislatura para que el sistema de calificaciones se lleve adelante por un tercero, ajeno a la relación de consumo, y, por tanto, confiable. De esta forma, este sistema permitiría que se ofrezca información de forma diferente para que el consumidor pueda tener todas las herramientas al momento de tomar una decisión de consumo beneficiosa.

VII. REFLEXIONES FINALES

A lo largo del escrito que presentamos hemos podido indagar las bases conceptuales que han sustentado el deber de información en la Ley de Defensa del Consumidor con el propósito de esclarecer las limitaciones que se derivan de dicha filiación.

Para llevarlo adelante, ha sido necesaria la revisión de los postulados de las teorías económicas clásicas que conceptualizan al consumidor. Asimismo, los resultados se han puesto en diálogo con las normativas vinculadas con el deber de información y con las estrategias de protección del consumidor que históricamente se han utilizado para tender a equiparar las transacciones comerciales. Luego del análisis normativo, hemos podido observar que, a lo largo de los años, la estrategia privilegiada para garantizar la protección del consumidor ha ido girado en torno a la ampliación de información.

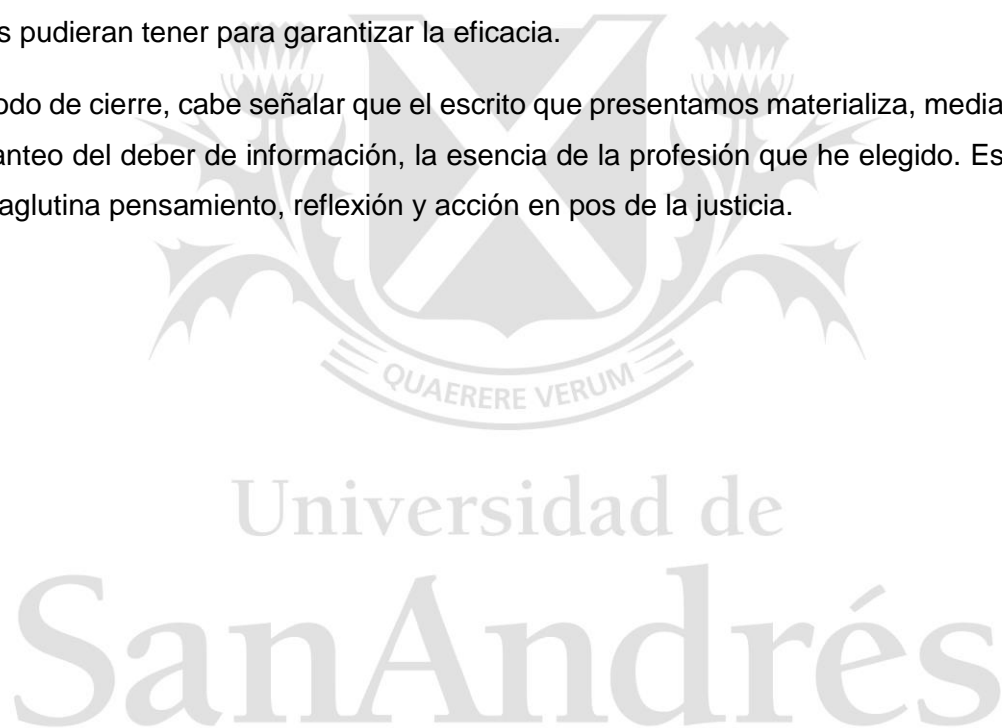
No obstante, la Economía del Comportamiento ha puesto en cuestionamiento los postulados de la economía neoclásica al replantear la figura hegemónica del individuo *Homo Economicus*. De esta forma, se han evidenciado problemas de aplicación de esta teoría en el mercado real del consumo. De hecho, múltiples hallazgos empíricos del campo de la psicología han desafiado la racionalidad de los individuos.

En efecto, la incorporación de estos replanteamientos en el análisis económico obliga, necesariamente, al cuestionamiento de la regulación del derecho del consumo que se ha construido en consonancia con las disposiciones de la economía tradicional. Específicamente, hemos intentado demostrar la necesidad de replantear la manera en que se exige el deber de información en la Ley de Defensa del Consumidor, a partir de la noción de consumidor con capacidad limitada. En este sentido, hemos analizado la

importancia de regular, no solo qué información se entrega sino, también, cómo se construye y de qué manera se transmite el mensaje al consumidor.

Con el fin de ilustrar estos descubrimientos en la práctica del consumo, destacamos ejemplos de cómo se debiera brindar información al consumidor para que pueda tomar decisiones acordes a sus intereses. Por un lado, mencionamos ciertos atisbos de reconfiguración del deber de información en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor que atienden las conductas sesgadas de los consumidores. Por otro lado, planteamos diferentes propuestas que pueden ayudar a contrarrestar los efectos de los sesgos en la percepción del consumidor. De todas formas, sería conveniente que mediante ensayos piloto se pongan a prueba estas propuestas para recabar y analizar los resultados con el fin de sistematizar los niveles de eficacia y las restricciones que estas pudieran tener para garantizar la eficacia.

A modo de cierre, cabe señalar que el escrito que presentamos materializa, mediante el replanteo del deber de información, la esencia de la profesión que he elegido. Esencia que aglutina pensamiento, reflexión y acción en pos de la justicia.



VIII. BIBLIOGRAFÍA

- Acciarri, H., Tolosa, P. y Castellano A. (2011). "Análisis económico del derecho y protección jurídica de los consumidores". *Revista de Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa*, II (1).
- Akerlof, G. A., & Shiller, R. J. (2015). *Phishing for phools: The economics of manipulation and deception*. New Jersey: Princeton University Press.
- Alterini, A. A. (2008). Las reformas a la ley de defensa del consumidor. Primera lectura, 20 años después. *La Ley*, 9.
- Ayres, I., & Schwartz, A. (2014). "The no-reading problem in consumer contract law". *Stanford Law Review*, 66, 546.
- Bakos, Y., Marotta-Wurgler, F., & Trossen, D. R. (2014). "Does anyone read the fine print? Consumer attention to standard-form contracts". *The Journal of Legal Studies*, 43(1), 1-35.
- Bar-Gill, O. (2014). *Consumer transactions. The Oxford handbook of behavioral economics and the law*. Oxford: Oxford University Press.
- Chan Arellano, A. (2013). "El curioso caso de Phineas Gage: apuntes sobre derecho, economía y psicología". Lima: IUS ET VERITAS, 23, no. 47. 298-317.
- Congreso Nacional, Honorable Cámara de Diputados. Diarios de Sesiones. Períodos 1991 a 1993. Ediciones varias, Buenos Aires.
- Congreso Nacional, Honorable Cámara de Diputados. Diarios de Sesiones. Períodos 2006 a 2008. Ediciones varias, Buenos Aires.
- Congreso Nacional, Honorable Cámara de Senadores. Diarios de Sesiones. Períodos 1991 a 1993. Ediciones varias, Buenos Aires.
- Congreso Nacional, Honorable Cámara de Senadores. Diarios de Sesiones. Períodos 2006 a 2008. Ediciones varias, Buenos Aires.
- González Rodríguez, L. y Tolosa, P. (2019). Principio de consumo sustentable: implicancias en relación con el deber de información y herramientas para su eficacia. En Santarelli, F. G. y Chamatropulos, D. A., (2019). *Comentarios al anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor*. Buenos Aires: La Ley. (pp. 161-178).

- Hualde Manso, Teresa (2016). *Mitos y Retos del Derecho de Consumo. En Del Consumidor Informado Al Consumidor Real. El Futuro Del Derecho De Consumo Europeo*. Madrid: Dykinson, S.L. 121-66
- Jolls, C., Sunstein, C. R., & Thaler, R. (1998). "A behavioral approach to law and economics". *Stanford Law Review*, 50, 1471.
- Kahneman, D. (2011). *Thinking, fast and slow*. Macmillan.
- Korobkin, R. B., & Ulen, T. S. (2000). "Law and behavioral science: Removing the rationality assumption from law and economics". *California Law Review*, V 88, Issue 4.
- Ley N° 24.240, Boletín Oficial de la República Argentina, 13 de octubre de 1993.
- Marotta-Wurgler, F CVH. (2011). Some realities of online contracting. *Supreme Court Economic Review*, 19(1), 11-23.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ministerio de la producción y Trabajo, Anteproyecto Ley de Defensa del Consumidor, 17/12/2018, La Ley: Buenos Aires.
- Mullainathan, S., & Thaler, R. H. (2000). "Behavioral economics" (No. w7948). National Bureau of Economic Research.
- Perzanowski, A., & Schultz, J. (2016). *The end of ownership: Personal property in the digital economy*. Londres: MIT Press.
- Rachlinski, J. J. (2011). "The psychological foundations of behavioral law and economics". Cornell Law Faculty Publications.
- Rivera, J. C., Elias, J. S., Grosman, L. S., & Legarre, S. (Eds.). (2014). *Tratado de los derechos constitucionales*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Rojas Klauer, C., "El alcance del deber de información en materia de protección al consumidor: un replanteamiento desde el derecho y economía conductual y el neuromarketing" *THEMIS: Revista de Derecho*, (62), 65-79.
- Schwartz, A. (2015). "Regulating for rationality". *Stanford Law Review*, 67, 1373
- Sunstein, C. (2003), "Análisis Conductual del Derecho". *Advocatus* 9, p. 57-79
- Tevez, A. N. (2019). El deber de información en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor. En Santarelli, F. G. y Chamatropulos, D. A., (2019). *Comentarios al*

anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor. Buenos Aires: La Ley. (pp. 251-262)

Thaler, R. (2018). "Economía del comportamiento: Pasado, presente y futuro". *Revista De Economía Institucional*, 20(38).

Thaler, R. H., y Sunstein, C. R. (2009). *Nudge improving decisions about health, wealth, and happiness*. Penguin.

Tversky, A., & Kahneman, D. (1981). "Judgments of and by representativeness" (No. TR-3). Stanford University ca dept of psychology



Universidad de
San Andrés