



Universidad de  
**San Andrés**

Universidad de San Andrés

Departamento de Derecho

Abogacía

CONTRATOS DE ADHESIÓN Y CLÁUSULAS ABUSIVAS:

Discusiones implícitas de la Ley de Defensa del Consumidor a la luz del  
*Behavioral Law and Economics*

Ariana Kissner

Legajo N° 24.222

Mentora: María Guadalupe Martínez Alles

Victoria, 31 de julio de 2018







ÍNDICE

I. Introducción .....	1
II. Marco teórico.....	3
1. Surgimiento del <i>Law and Economics</i> .....	4
2. Inicios del <i>Behavioral Law and Economics</i> .....	5
3. <i>Law and Economics vs. Behavioral Law and Economics</i> .....	7
4. Agente imperfectamente racional.....	8
5. Heurísticas y sesgos.....	11
A. Sesgo de disponibilidad.....	13
B. Sesgo de sobreoptimismo .....	14
C. Sesgo de autoservicio.....	14
D. Sesgo de representatividad .....	15
E. Sesgo de retrospectiva.....	15
F. Heurística de la afectividad .....	16
6. Nuestra mente: Sistema 1 y sistema 2 .....	16
7. Sistema 1: tipos de <i>phools</i> .....	17
8. Exógeno vs. endógeno.....	19
9. Críticas.....	20
10. Resumen .....	22
III. Panorama jurídico.....	23
1. Estatus constitucional .....	23
2. Normativa .....	25
3. Contratos de adhesión.....	25
4. Régimen de cláusulas abusivas.....	27
5. Deber de información .....	30

IV. Análisis articulado.....	31
1. Asimetría .....	32
2. Estado vs. mercado: ¿Cómo resolver el desbalance? .....	33
3. Intervención estatal.....	35
4. Ley de Defensa del Consumidor: Razones para una regulación específica .....	37
5. Consentimiento.....	38
6. Información .....	40
7. Contratos de adhesión.....	43
8. Cláusulas abusivas.....	45
9. Exclusión del control judicial del precio .....	46
10. El consumidor hipervulnerable.....	47
V. Conclusión .....	49
VI. Bibliografía.....	

## I. INTRODUCCIÓN

Consumidores que no leen los contratos que firman, que gastan más que lo que su presupuesto mensual les permite, que se arrepienten de las compras que realizan, que eligen pólizas de seguro o planes de telefonía móvil que no se acomodan a sus necesidades –y la lista podría seguir–. Por años, la teoría del comportamiento racional no dio cuenta de estas anomalías que evidencian que la realidad no está plagada de *homo economicus*, sino de simples seres humanos.

Cuando estos comportamientos comenzaron a entenderse como verdaderas desviaciones sistemáticas y no meramente casuales, el regulador comprendió que las normas generales de los contratos no podían ya regular eficazmente las relaciones de consumo. Ante la necesidad de distinguir normativamente a los tradicionales contratos comerciales de las formas de contratación modernas, el regulador optó por generar un microsistema de reglas particular para ese propósito. Así nacieron las leyes de protección al consumidor.<sup>1</sup>

En esa misma inteligencia, Argentina cuenta con una norma específica para la defensa y protección del consumidor desde 1993, año en que fue sancionada la Ley N° 24.240.<sup>2</sup> A 25 años de su sanción, parece oportuna una evaluación crítica de la ley que tenemos y un pensamiento reflexivo sobre la normativa que como sociedad queremos tener. ¿Nos permite alcanzar los objetivos que nos definen como comunidad? ¿Es suficiente para equilibrar la desigualdad estructural que existe entre consumidores profanos y proveedores profesionales?

---

<sup>1</sup> El nacimiento del derecho del consumo suele identificarse con el discurso del presidente John F. Kennedy ante el Congreso de los Estados Unidos, el 15 de marzo de 1962. Allí, Kennedy resaltó las características del colectivo de los consumidores que lo hacían un grupo social diferenciado, merecedor de una regulación apropiada y distinta de la existente en aquel momento. Por eso, puede decirse que el derecho del consumo irrumpió en el mundo jurídico en los años '60. En cualquier caso, la incompatibilidad de las normas generales de los contratos para regular las relaciones de consumo ya había empezado a señalarse desde comienzos del siglo XX. Un ejemplo de esta tendencia es el voto del juez Cardozo de la Corte de Apelaciones de Nueva York en *MacPherson v. Buick Motor Co* (1916) (217 NY 382).

La transcripción del discurso de Kennedy está disponible en: <https://bit.ly/2LnWlvN> (última visita: 15/01/2018).

<sup>2</sup> BO: 15/10/1993.

La propuesta de este trabajo de graduación es analizar la Ley de Defensa del Consumidor (LDC) de Argentina a la luz de los principales debates en materia de derecho del consumo que se dan en la actualidad en el mundo: los del *Behavioral Law and Economics*. El objetivo es reinterpretar y problematizar conceptos, para hacer visibles discusiones que en nuestra ley han quedado implícitas; exponiéndolas a la luz del *Behavioral Law and Economics*.

A partir del marco teórico que proporciona el *Behavioral Law and Economics*, me concentraré en las implicancias que esta área de investigación revela en el campo del derecho del consumidor en Argentina. En particular, me enfocaré en lo que informa sobre la normativa local, circunscribiéndome al estudio de la dinámica de contratos de adhesión (art. 38 LDC; arts. 984 y ss. Código Civil y Comercial (CCC) y al régimen de cláusulas abusivas (art. 37 LDC; arts. 1117 y ss. CCC).

Pretendo pensar al consumidor, a los contratos de consumo y a la relación del consumidor con el mercado, desde otras perspectivas que no sean solo las del derecho. Concediendo que la Ley de Defensa del Consumidor ha sido motivo de innumerable cantidad de investigaciones desde su sanción, mi contribución será el análisis de un elemento normativo conocido pero bajo una óptica novedosa: el enfoque interdisciplinario del *Behavioral Law and Economics*.

Este trabajo se organizará de la siguiente manera. En la sección II, se presentará el marco teórico del *Behavioral Law and Economics*. En la sección III, se relevarán y describirán los elementos normativos que hacen a la protección del consumidor en Argentina. En la sección IV, se articularán las discusiones del *Behavioral Law and Economics* con la legislación local, para hacer visibles discusiones implícitas. En la sección V, se ofrecerán algunas conclusiones, a modo de cierre.

## II. MARCO TEÓRICO

El *Behavioral Law and Economics* es una disciplina que se desarrolla primordialmente en inglés y pocos de sus *papers* académicos se han traducido al español.<sup>3</sup> Debido a ello y a otros factores, como el hecho de ser una reciente corriente de investigación, no ha tenido demasiada difusión en nuestro país. Como diagnóstico, puede decirse que la discusión en Argentina muestra poca familiaridad con los debates de mayor actualidad, sobre protección del consumidor, que se están dando en el mundo.<sup>4</sup>

Por lo anterior, es imprescindible introducir los principales puntos del *Behavioral Law and Economics*. En este capítulo, realizaré un resumen de las ideas centrales de esta área de investigación, con una metodología comparativa, desde las diferencias y similitudes que

---

<sup>3</sup> *Behavioral Law and Economics* es un término difícil de traducir al español. Entre otras razones, porque *behavioral* es un concepto técnico particularmente amplio del campo de la psicología, lo que vuelve complejo encontrarle un equivalente en español que dé cuenta de todo su significado. Ocasionalmente, se ha traducido como *Psicología Jurídico-Económica*, *Derecho Conductual*, *Derecho*, *economía y comportamiento* o *Análisis Conductista del Derecho*. Esta diversidad da cuenta de que todavía no existe un criterio uniforme sobre cómo traducir al español el nombre de esta corriente de investigación. Por ello, para evitar confusiones y errores de traducción, en lo que sigue optaré por utilizar el término original en idioma inglés.

En cuanto a *Behavioral Law and Economics*, a la fecha no existen traducciones al español de los *papers* fundacionales de la disciplina, ni de otros artículos académicos que pertenezcan a la corriente. Como excepción solo puede señalarse la traducción de un artículo del profesor Thomas Ulen en una de las revistas jurídicas de la Universidad de Palermo. Ver en este sentido Thomas Ulen. “La importancia del derecho conductual”, trad. Juan Manuel Otegui y Juan Martín Segura. *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*, Año II, N° 1 (Abril de 2015): 25-65. Disponible en: <https://bit.ly/2K0jNKT> (última visita: 13/02/18).

Por el contrario, sí existe traducción al español de algunos textos de divulgación, destinados a lectores no especializados. De todos modos, estos escritos pertenecen más bien al *Behavioral Economics* y no atienden en detalle al aspecto jurídico de la problemática. Por ejemplo, ver: George A. Akerlof y Robert J. Shiller. 2016. *La economía de la manipulación: cómo caemos como incautos en las trampas del mercado*, trad. Gustavo Teruel. Buenos Aires: Paidós; Daniel Kahneman. 2012. *Pensar rápido, pensar despacio*, trad. Joaquín Chamorro Mielke. Buenos Aires: Debate; y Richard H. Thaler. 2017. *Portarse mal: el comportamiento irracional en la vida económica*, trad. Iván Barbeitos. Buenos Aires: Paidós.

<sup>4</sup> Como se describirá a lo largo de este trabajo, en cuanto derecho del consumo, el debate que se produce en Argentina es únicamente entre abogados y tiene lecturas clásicas y puramente jurídicas. Como excepciones a esa regla general, consultar: Fernando M. Racimo. “El análisis conductista del derecho (sobre algunas correcciones al análisis económico del derecho) (primera parte)”. *El Derecho* 207: 549-562; Fernando M. Racimo. “El análisis conductista del derecho (sobre algunas correcciones al análisis económico del derecho) (segunda parte)”. *El Derecho* 207: 947-966; Hugo A. Aciarri *et al.* 2017. “Derecho económico y comportamiento”. Justicia 2020. Programa de Formación en Áreas de Vacancia de la Abogacía para el Ministerio de Justicia de la Nación. Disponible en: <https://bit.ly/2Lwg6lG> (última visita: 21/05/18); Hugo A. Aciarri. 2017. “Derecho y análisis del comportamiento”. Disponible en: <https://bit.ly/2mQ4jzQ> (última visita: 21/05/18); y Alejandro D. Chamatrópulos. “¿Qué hacer ante las decisiones ‘no racionales’ de los consumidores?”. *La Ley*, Año LXXXI N° 199 (19/10/2017): 3-4.

Más específicamente en el campo en estudio, en el marco del XVIII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor, celebrado en la Universidad Nacional del Sur de Bahía Blanca en mayo de 2018, Marcela Pons, Julio Corenfeld y Sebastián Arruiz elaboraron “Nudge para proteger a consumidores en la publicidad de créditos para el consumo”. Disponible en: <https://bit.ly/2AqqVYf> (última visita: 21/05/18).

tiene con el clásico *Law and Economics*.<sup>5</sup> Se presentará el debate, su historia y sus principales postulados a partir de la guía de los *papers* fundacionales.<sup>6</sup> Esta primera aproximación servirá de marco teórico para el análisis de la normativa local que se realizará en la sección IV.

## 1. SURGIMIENTO DEL LAW AND ECONOMICS

Suele indicarse que el *Law and Economics* nació en Chicago con la publicación de “El problema del costo social”, por Ronald Coase, en 1960.<sup>7</sup> Desde sus inicios, la propuesta fue exitosa y rápidamente logró muchos adeptos. Desde ese momento a esta parte, los principios económicos han tenido gran aceptación por el mundo jurídico. Se los ha utilizado para analizar casi todo lo que tiene que ver con el derecho, desde derecho ambiental hasta derecho de la propiedad y derecho penal.<sup>8</sup>

Como hoy lo es el *Behavioral Law and Economics*, el *Law and Economics* supo ser una perspectiva de análisis revolucionaria (Korobkin y Ulen 2000). El núcleo duro del plateo implica tomar los postulados neoclásicos de la economía liberal como una variable de

---

<sup>5</sup> *Law and Economics* es un área de estudio que se conoce en español como *Análisis Económico del Derecho*. No existen discusiones sobre su traducción, sin embargo, debido a las dificultades de dar con una traducción precisa para *Behavioral Law and Economics*, para mantener un criterio uniforme, en lo que sigue utilizaré el término en inglés, también, para *Law and Economics*.

La estrategia elegida será la comparación de un área de investigación novedosa con una que resulte más familiar. Esta aproximación parece apropiada porque el Análisis Económico del Derecho es un área de estudio más difundida en nuestro país. Prueba de ello es que la Universidad de Buenos Aires, la Universidad Nacional de Rosario y la Universidad Nacional de Córdoba ofrecen cursos de Análisis Económico del Derecho para los estudiantes de Abogacía. Ver más en los sitios web oficiales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (<http://www.derecho.uba.ar>), la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (<http://www.fder.unr.edu.ar>) y la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba (<http://www.derecho.unc.edu.ar>) (última visita: 12/06/18).

Mención especial se debe al “Programa de Análisis Económico del Derecho” de la Universidad Nacional del Sur, en Bahía Blanca, cuyo equipo fue el precursor en la difusión del Análisis Económico del Derecho en Argentina. Más información en: <http://www.derechouns.com.ar/programa-aed/> (última visita: 12/06/18).

<sup>6</sup> Dentro del campo del *Behavioral Law and Economics*, existe cierto acuerdo en que son dos los artículos fundacionales de la disciplina, que lanzaron oficialmente el movimiento: Christine Jolls, Cass Sunstein y Richard Thaler. 1998. “A Behavioral Approach to Law and Economics”. *Stanford Law Review*, Vol. 50 (Mayo 1998): 1471-1550; y, Russell B. Korobkin y Thomas S. Ulen. 2000. “Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics”. *California Law Review*, Vol. 88, N° 4 (Julio 2000): 1051-1144.

<sup>7</sup> Ver Ronald H. Coase. 1960. “The problem of social cost”. *The Journal of Law & Economics*, Vol. 3 (Octubre 1960): 1-44.

<sup>8</sup> Richard Posner es un exponente que utilizó el *Law and Economics* como una herramienta *across-the-board* para analizar todas las ramas del derecho. Ver en este sentido Richard Posner. 1992. *Economics Analysis of Law*. Boston: Little Brown. O su traducción al español, Richard Posner. 1998. *El análisis económico del derecho*, trad. Eduardo L. Suárez. México: Fondo de Cultura Económica.

análisis jurídico. Con base en la teoría del precio y pensando a las normas como incentivos, la economía comenzó a ser utilizada como un elemento de evaluación y pronóstico del comportamiento de personas sujetas a normas.

Para lo anterior, fue imprescindible extrapolar al derecho las presunciones del comportamiento racional de la economía (Korobkin y Ulen 2000). Así, se presume un agente perfectamente racional y autointeresado, con preferencias estables y óptimo espectro de información, cuyo único objetivo es maximizar su bienestar o utilidad. Estas asunciones permitieron predecir cómo los cambios en la regulación afectarían el comportamiento de las personas.

La expansiva aprobación del movimiento por jueces y abogados se debió a que el derecho se mezcla fácilmente con principios económicos (Rachlinski 2011). Principalmente, esto ocurre porque sus asunciones sobre la racionalidad de los agentes son perfectamente compatibles con el eje de la mayoría de los sistemas jurídicos: la autonomía de la voluntad. Como se advertirá a lo largo de este capítulo, por esa misma razón, esa amalgama no ocurre de manera tan natural con la psicología (Rachlinski 2011).<sup>9</sup>

## 2. INICIOS DEL BEHAVIORAL LAW AND ECONOMICS

El *Behavioral Law and Economics* es una corriente de investigación originada recientemente en Estados Unidos.<sup>10</sup> Su rasgo característico es ser una disciplina que fundamenta sus conclusiones en experimentos que proveen datos empíricos sobre el comportamiento humano. Se distingue por la novedad de analizar el derecho desde una perspectiva articulada entre la economía y la psicología social del comportamiento. Sin embargo, la psicología no es nueva en el ámbito jurídico.

En efecto, la psicología del comportamiento se utiliza para el análisis de algunos institutos del derecho al menos desde comienzos del siglo XX (Rachlinski 2011). Aunque presente,

---

<sup>9</sup> Sobre este punto, ver más abajo en “9. Críticas”.

<sup>10</sup> Siguiendo la fecha de publicación de los *papers* fundacionales, puede decirse que el lanzamiento oficial del movimiento se dio entre los años 1998 y 2000. Ver en ese sentido: Christine Jolls, Cass Sunstein y Richard Thaler. 1998. “A Behavioral Approach to Law and Economics”. *Stanford Law Review*, Vol. 50 (Mayo 1998): 1471-1550; y, Russell B. Korobkin y Thomas S. Ulen. 2000. “Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics”. *California Law Review*, Vol. 88, N° 4 (Julio 2000): 1051-1144.

nunca tuvo un rol protagonista sino hasta el surgimiento del *Behavioral Law and Economics*. Hasta ese momento, solo se había utilizado para el estudio de aspectos muy puntuales y marginales, como la credibilidad de los testigos, la toma de decisiones de jurados y la sanidad mental en casos penales (Rachlinski 2011).

De esta manera, el *Behavioral Law and Economics* significó una verdadera revolución en términos de la influencia que la psicología tenía en el derecho. El movimiento comenzó a gestarse en los setenta, cuando tiene lugar la publicación de un artículo en el que dos psicólogos conducen experimentos para comprobar el comportamiento de las personas ante distintos escenarios.<sup>11</sup> Fue el descubrimiento oficial de la existencia de las heurísticas del pensamiento intuitivo y de los primeros sesgos cognitivos.

Ya en los ochenta, algunos economistas comenzaron a publicar artículos en los que o extrapolaban los resultados de esos mismos experimentos del campo de las ciencias sociales o conducían los suyos propios, a la vez que utilizaban esas ideas de sesgos y heurísticas para criticar a la clásica teoría económica de la decisión racional (Korobkin y Ulen 2000).<sup>12</sup> Estos investigadores recibieron muchas críticas pero, eventualmente, tomaron cierta relevancia y formaron lo que hoy se conoce como *Economía del Comportamiento* o *Behavioral Economics* (Thaler 2017).

Del mismo modo que la economía se fundió con el derecho en lo que conocemos como *Law and Economics*, el *Behavioral Economics* permitió el nacimiento de su veta jurídica, el *Behavioral Law and Economics*. En sus comienzos, el objetivo de la nueva corriente era detectar inconsistencias teóricas en las verdades de fe del *Law and Economics* y problematizarlas, a partir del contraste de sus propuestas con evidencia empírica. Debido a ello, inicialmente, fue menospreciado y visto como un simple derivado o subproducto del *Law and Economics*.

---

<sup>11</sup> Ver en ese sentido Amos Tversky y Daniel Kahneman. 1974. "Judgment Under Uncertainty: Heuristic and Biases". *Science*, Vol. 185. (27/09/1974): 1124-1131. En este primer *paper* se describían las heurísticas de la intuición y se delinearón los primeros sesgos cognitivos, identificados como representatividad (*representativeness*), disponibilidad (*availability*) y anclaje (*anchoring*).

<sup>12</sup> Como un ejemplo de la tendencia de aquella época, ver: Richard H. Thaler. 1980. "Toward a Positive Theory of Consumer Choice". *Journal of Economic Behavior and Organization*, N° 1 (1980): 39-60.

La importancia del *Behavioral Law and Economics* radica en que se atrevió a enfocar en las desviaciones o anomalías de un modelo que hasta el momento había sido incuestionable. Con el tiempo y poco a poco, el *Behavioral Law and Economics* fue moldeándose como disciplina autónoma y diferenciada de su raíz original. Y, si bien la influencia de la psicología en el derecho puede identificarse desde comienzos del siglo XX, esta influencia solo tomó la forma de un movimiento integrado y coherente hace menos de veinte años, momento desde el que se encuentra en constante desarrollo.

### 3. LAW AND ECONOMICS VS. BEHAVIORAL LAW AND ECONOMICS

El *Law and Economics* y el *Behavioral Law and Economics* tienen en común la característica de proponer teorías sobre el comportamiento humano que se emplean en el diseño de normas y política pública (Rachlinski 2011; Korobkin y Ulen 2000). Ambos se utilizan como criterio normativo para evaluar y predecir cómo actuaran las personas ante cambios en la regulación. A pesar de estos matices similares, los razonamientos que siguen uno y otro son diversos y en general sus predicciones se contradicen entre sí.

¿En qué se diferencian? Las investigaciones del *Behavioral Law and Economics* basan sus propuestas y su análisis jurídico en estudios empíricos sobre el comportamiento humano. Por el contrario, el *Law and Economics* se apoya en principios económicos, cálculos y abstracciones sobre el ser humano como agente perfectamente racional. Para proponer cambios sobre cómo ciertas áreas del derecho debieran estar reguladas, la primera observa cómo efectivamente se comportan las personas, mientras que la segunda presume y formula hipótesis.

Aunque también utiliza principios económicos, el *Behavioral Law and Economics* se distingue por incorporar el *insight* de la realización de experimentos, para contar con evidencia empírica sobre el comportamiento humano. En ese sentido, el *Behavioral Law and Economics* se aparta del *Law and Economics* convencional porque incorpora e identifica el comportamiento real de las personas (Jolls, Sunstein y Thaler 1998).

El diferencial del *Behavioral Law and Economics* es un abordaje multidisciplinario que analiza el derecho desde un enfoque conjunto entre la economía y la psicología del comportamiento. Además, al mismo tiempo, el *Behavioral Law and Economics* no solo es

un cambio de paradigma en cuanto a cómo se comportan las personas, sino también un cambio de foco: de tener la mirada en el mercado, ahora el centro es el consumidor y la mente humana (Rachlinski 2011).

A fuerza de evidencia empírica, el *Behavioral Law and Economics* cuestiona y problematiza muchas de las presunciones del *Law and Economics*. Los experimentos, como principal *input* de la disciplina, permitieron comprender que a la hora de tomar decisiones las personas comúnmente no se comportan como un *homo economicus*. Como agentes imperfectamente racionales, se desvían de lo que la teoría de la decisión racional predice (Jolls, Sunstein y Thaler 1998) o se portan mal de acuerdo a estándares económicos (Thaler 2017).<sup>13</sup>

#### 4. AGENTE IMPERFECTAMENTE RACIONAL

Como se adelantó en el apartado anterior, el cuestionamiento básico del *Behavioral Law and Economics* está direccionado al supuesto dogmático y predominante de que la mente humana es lógica y racional (Kahneman 2012). Así, el pilar de esta área de investigación es la concepción de que las personas, de manera sistemática y predecible, se comportan como agentes imperfectamente racionales. No actúan como un *homo economicus*: no son ni tan egoístas ni tan racionales como la economía supone que son.

El *Behavioral Law and Economics* se concentra, entonces, en los apartamientos y desviaciones que muestra la realidad respecto del modelo económico clásico. Influenciado por la psicología del comportamiento, problematiza las presunciones esenciales del *Law and Economics*. Específicamente, sostiene que la evidencia demuestra que, en un número importante de contextos, las personas no se comportan como actores perfectamente racionales en el espíritu de la abstracción típica de la economía.

Un poco de reflexión permite admitir que es difícil reconocer en la vida diaria a aquel ser humano superdotado e inmutable a la hora de tomar decisiones (Thaler 2017). Solo ponernos a pensar un momento permitirá comprender que la mayoría de las presunciones sobre el comportamiento racional son implausibles y no suelen verificarse en la realidad. Al

<sup>13</sup> La traducción es propia. En el original, Jolls, Sunstein y Thaler (1998) lo conceptualizan como “deviates from rational theory” y Thaler (2017), más tarde, como “human beings misbehave”.

*Law and Economics* le cuesta justificar que el consumidor tenga real poder de negociación o esté informado o tenga preferencias estables –hay simplemente demasiada evidencia empírica que dice lo contrario (Korobkin y Ulen 2000)–.

Las personas tienen poco tiempo y pocas herramientas para procesar información, por lo que suelen confiar en atajos mentales y ser víctimas de sus sesgos cognitivos. Como explica Kahneman (2012), normalmente esta confianza en nuestra intuición está justificada: las heurísticas, las reglas de oro o *rules of thumb* suelen funcionar para la vida cotidiana. El problema surge cuando las usamos como consumidores, ya que no nos brindan la mejor orientación para tomar decisiones en contextos de mercado.

Entonces, existe una serie de anomalías en el comportamiento real de las personas que la teoría del comportamiento racional no puede explicar. No por ello debe descartarse: las presunciones de la economía neoclásica son útiles algunas veces y, otras veces, simplemente no lo son (Jolls, Sunstein y Thaler 1998). Como dice Kahneman (2012), que el foco sean los errores no menoscaba la inteligencia humana: la mayoría de nuestras intuiciones y acciones son apropiadas la mayor parte del tiempo.

El punto de partida es que las predicciones de la teoría del comportamiento racional son ciertas algunas veces.<sup>14</sup> Al mismo tiempo, son incorrectas en un número considerable de situaciones que son relevantes a la hora de diseñar normas y crear política pública. No es que las personas nunca se comporten de esa manera ni que sean completamente irracionales, pero tampoco son hiperracionales en el sentido que siempre se ha asumido (Korobkin y Ulen 2000).

La propuesta del *Behavioral Law and Economics* es un entendimiento más matizado y realista del comportamiento humano (Korobkin y Ulen 2000). En ese sentido, lo que pretende es aportar una herramienta con mejor poder predictivo para lo que se propone la idea de un actor imperfectamente racional. Esto se condensa en tres conceptos que aluden a

---

<sup>14</sup> Esta idea es fundamental ya que desbarata aquellas críticas que pretenden cuestionar las propuestas del *Behavioral Law and Economics* a partir de cierta evidencia empírica que señala que las personas sí se comportan racionalmente. Como se explicará más adelante, que en ciertos supuestos algunas personas actúen racionalmente no desmiente que en otros o en esos mismos contextos un número significativo de personas no se comporte de esa manera. Ver más en “9. Críticas”.

las tres desviaciones sistemáticas de la teoría de la elección racional: *bounded rationality*, *bounded willpower* y *bounded self-interest* (Jolls, Sunstein y Thaler 1998).

Primero, las personas sufrimos de *bounded rationality*. Tenemos una racionalidad limitada, porque nuestras habilidades cognitivas no son infinitas. Esto implica que en ciertos contextos podamos comportarnos acorde a los postulados que la economía siempre ha asumido. También, implica que a veces nos desviemos de ese modelo; que actuemos en base a atajos mentales y a procesos cognitivos alternativos que no se relacionan con la lógica o con estándares de decisión racional. Como se verá más adelante, los responsables de este comportamiento son las heurísticas y los sesgos cognitivos.<sup>15</sup>

De hecho, como nuestra capacidad cognitiva no es infinita, económicamente hablando, sería irracional decidir racionalmente cada una de las decisiones que tomamos. Para quien decide, puede ser sensato tomar decisiones simplemente satisfactorias, aunque no sean óptimas, en el sentido de que no maximizan su utilidad (Korobkin y Ulen 2000). El *Law and Economics* se vuelve tan implausible que, por los costos de obtener y procesar la información necesaria para tomar una decisión racional, sería humanamente imposible un análisis costo-beneficio para cada una de las decisiones que tomamos en nuestra vida.

En segundo lugar, padecemos de *bounded willpower*. Que tengamos fuerza de voluntad limitada significa que a veces elijamos cursos de acción que no son buenos para nosotros mismos. Así, decidimos distinto de lo que realmente deseamos o, aunque fuera lo que deseáramos, esa decisión no siempre nos beneficia (Akerlof y Shiller 2016). Por ejemplo, nos comprometemos a limitarnos a un presupuesto, pero nos terminamos excediendo del monto original por tentarnos con ofertas y descuentos cuando vamos de compras (Akerlof y Shiller 2016).

De hecho, como no tenemos suficiente fuerza de voluntad para resistir nuestros impulsos, intuiciones y emociones, tomamos decisiones conflictivas con nuestros propios intereses a largo plazo. En efecto, a veces somos tan conscientes de esta falencia, que tomamos recaudos. Por ejemplo, sabemos que nos costará apegarnos a la dieta y, asumiendo esta

---

<sup>15</sup> *Heuristics and biases* es un concepto originalmente propuesto por Tversky y Kahnemann (1974). Ver más en Amos Tversky y Daniel Kahneman. 1974. "Judgment Under Uncertainty: Heuristic and Biases". *Science*, Vol. 185. (27/09/1974): 1124-1131.

debilidad, evitaremos tener golosinas y postres al alcance de la mano, para no tentarnos con abandonar nuestro plan de tener un mejor estilo de vida (Jolls, Sunstein y Thaler 1998).

Finalmente, tenemos autointerés limitado (*bounded self-interest*). Por ello, somos más altruistas y más vengativos que lo que predicen los modelos de comportamiento racional (Rachlinski 2011). Esto significa que no siempre actuamos en pos de maximizar nuestra utilidad, de manera autointeresada, sino que a veces actuamos en beneficio de los intereses de los demás. Decidimos así porque esperamos reciprocidad del otro, aunque no siempre logremos ese efecto. Así, aunque no necesariamente nos convenga, decidimos en base a razones de justicia, empatía, altruismo, tradición o familiaridad.

En suma, el *Behavioral Law Economics* sí da cuenta de los desafíos con que nos enfrentamos a diario la hora de decidir: información limitada, finitas herramientas cognitivas y sesgos. En la práctica, a veces respetamos y otras veces nos apartamos de lo que el modelo económico predice, por lo que la teoría del comportamiento racional se vuelve una justificación insuficiente sobre la que basar el diseño de política pública (Korobkin y Ulen 2000).

Apegarse al modelo del *Law and Economics*, es resignarse a diseñar normas en base a presunciones sobre el comportamiento humano que no se replican en la realidad. Las tres desviaciones al modelo desarrolladas previamente posibilitan un más adecuado y más realista entendimiento del comportamiento. Por eso, el *Behavioral Law and Economics* es una mejor herramienta para el regulador a la hora de crear política pública. Con un punto de partida mejorado, se predecirá con más precisión el comportamiento de las personas, por lo que se podrán elaborar normas más eficientes.

## 5. HEURÍSTICAS Y SESGOS

Como se explicó anteriormente, acorde al *Behavioral Law and Economics*, el comportamiento humano normalmente se desvía de lo que la teoría económica predice. Estas desviaciones no ocurren en situaciones extraordinarias o con una frecuencia azarosa, sino más bien de manera sistemática y predecible (Rachlinski 2011). Así, el ser un agente imperfectamente racional no es un rasgo coyuntural del comportamiento del consumidor, sino más bien estructural.

Hoy en día, la idea de que la mente humana comete errores y se equivoca respetando ciertos patrones sistemáticos es generalmente aceptada (Kahneman 2012). Como se adelantó, los responsables de esta conducta imperfectamente racional son las heurísticas de la intuición y los sesgos cognitivos. Tanto las heurísticas como los sesgos son procedimientos cognitivos alternativos que no obedecen a la lógica racional y que usualmente utilizamos para tomar decisiones. Suelen tener como efecto una decisión que no permite maximizar nuestra utilidad, por lo tanto inconsistente con la teoría económica.

Las heurísticas son útiles y nos hacen mejores a la hora de decidir, por esa razón las personas las hemos adoptado. Nos permiten tomar atajos mentales y decidir de manera más rápida, de acuerdo a diversidad de factores como la experiencia propia, la costumbre y lo que otros nos han comentado. Pero, también, por obedecer a ellas, podemos cometer errores, especialmente en nuestro papel de consumidores. Como advierte Rachlinski (2011), es tan cierto que las heurísticas nos vuelven más inteligentes como también que nos hacen más vulnerables al error.

Como agente imperfectamente racional, el consumidor es susceptible a su intuición y a sus emociones: puede equivocarse, malinterpretar la realidad o no ser realmente consciente de las consecuencias de lo que está decidiendo. Esta es información que usualmente ignoran el Estado o los propios consumidores, pero de la que están muy al tanto las grandes corporaciones. Como se desarrollará más adelante, los jugadores sofisticados del mercado conocen nuestras debilidades y las utilizan para su beneficio (Akerlof y Shiller 2016; Bar-Gill 2014).

Lo que propone el *Behavioral Law and Economics* es que la verificación empírica de sesgos y heurísticas que repetidamente afectan el comportamiento humano son importantes elementos a tener en cuenta por el regulador a la hora de crear una mejor política pública. Justamente, como son desviaciones sistemáticas y predecibles, el regulador puede elaborar normas que neutralicen o reduzcan la influencia de estas desviaciones, en particular cuando son dañinas para el consumidor o disminuyen el bienestar social (Rachlinski 2011).

De esa manera, heurísticas y sesgos no son solo conceptos teóricos que usan los académicos en sus investigaciones. Además, tienen relevancia práctica para el regulador, a

la hora de evaluar cómo realmente las personas razonamos y pensamos cuando tomamos decisiones. Igualmente, son relevantes para nosotros mismos para, como consumidores, conocer qué pautas nos hacen peores a la hora de decidir, para aprender y mejorar en nuestras decisiones de mercado.

Lo que sigue es una enumeración de algunos sesgos cognitivos que afectan el comportamiento humano. Todos podremos sentirnos identificados con al menos uno de ellos, porque todos alguna vez hemos sido víctima de estos fallos de nuestra propia mente. Los consumidores sistemáticamente tomamos decisiones que nos perjudican o que no representan nuestras verdaderas preferencias. También, tomamos decisiones que nadie razonablemente podría haber querido tomar (Akerlof y Shiller 2016). La explicación del porqué de estas decisiones está en los sesgos que se desarrollan a continuación.

#### A. SESGO DE DISPONIBILIDAD

El sesgo de disponibilidad o *availability bias* dice que las personas estimamos la frecuencia de un evento de acuerdo a la facilidad con que podemos recordar circunstancias similares, es decir, por cuan disponibles están en nuestra mente (Jolls, Sunstein y Thaler 1998). Consideramos más probable o más frecuentes o más importantes ciertos eventos debido a su disponibilidad en la memoria, o sea, por lo notorios que son y lo rápido que se vienen a nuestra mente cuando pensamos en ellos (Rachlinski 2011; Kahneman 2012).

Esta disponibilidad puede estar relacionada con lo inusual que es el evento, lo que lo torna más prominente en la memoria, causando que el sesgo nos haga sentir que ciertos eventos poco frecuentes son más habituales de lo que en verdad son. Igualmente, está relacionado con la cobertura que estos acontecimientos tienen en los medios (Kahneman 2016). Por esa razón, no solemos ser buenos estimando la probabilidad real de un accidente de avión o de un ataque terrorista, en particular, si recientemente se han tratado en televisión.

El sesgo de disponibilidad nos afecta en la vida diaria. Por ejemplo, por él, creemos que un accidente de autos es más probable si recientemente hemos sido testigos de uno (Jolls, Sunstein y Thaler 1998). También, influye en nuestras decisiones de mercado, por caso, cuando ocurren catástrofes naturales. Así, las inundaciones son eventos poco regulares, pero traumáticos y de consecuencias devastadoras una vez que ocurren, por lo que nos

resultan fácilmente disponibles. Cuando suceden, las personas suelen contratar seguros aunque, por lo inusuales que son, no sea la decisión más racional.

### B. SESGO DE SOBROPTIMISMO

El sesgo de sobreoptimismo o *overconfidence bias* es la creencia que tenemos de que es más probable que nos pasen cosas buenas y menos probable que cosas malas nos ocurran, respecto de la probabilidad promedio de que esos mismos eventos les ocurran a los demás (Korobkin y Ulen 2000). Por este sesgo, no somos buenos estimando la posibilidad real de que ciertas circunstancias nos afecten a nosotros mismos, pues tendemos a infravalorarla si es un evento negativo y sobreestimarla si es positivo.

Por el sesgo de sobreoptimismo, las personas sobrevaloramos nuestras habilidades respecto a las de los demás. No somos capaces de reconocer las dimensiones de lo que ignoramos y lo complejo que es el mundo en el que vivimos (Kahneman 2012). Por ejemplo, creemos que si comenzamos a fumar podremos dejarlo pronto o cuando queramos, como también creemos que no nos volveremos adictos o que el hábito a nosotros no nos producirá las consecuencias dañosas que sí le produce a los demás (Akerlof y Shiller 2016).

De igual modo, normalmente, sufrimos del sesgo de sobreoptimismo cuando decidimos ir al gimnasio. En general, sobreestimamos el uso futuro que le daremos y caemos como incautos ante las promociones de abonos anuales. Con el tiempo, como tenemos voluntad limitada, no cumplimos con nuestro pronóstico y terminamos yendo al gimnasio menos veces que lo que predijimos al comienzo. Así, hubiera sido más barato pagar por las veces que realmente fuimos, ya que terminamos pagando por no ir al gimnasio.<sup>16</sup>

### C. SESGO DE AUTOSERVICIO

El *self-serving bias* o sesgo de autoservicio o confirmación indica que las personas usualmente interpretamos la información de manera que sea útil o condescendiente con nuestros intereses o preconceptos (Korobkin y Ulen 2000). Por ejemplo, aunque se nos provea de exactamente la misma información respecto de temas controversiales como la

---

<sup>16</sup> Ver en este sentido Stefano DellaVigna y Ulrike Malmendier. "Paying Not to Go to the Gym". *American Economic Review* 96, N° 3 (Junio de 2006): 694-719.

pena de muerte, tendremos a interpretar esta información y a recortarla distinto, de acuerdo a nuestra previa posición sobre el tema (Korobkin y Ulen 2000).

Por el sesgo de autoservicio, las personas interpretan la información de la forma que les sea más beneficiosa, poniendo énfasis en aquella que apoya su posición e ignorando la que le es inconveniente. Por ejemplo, cuando estamos obstinados en realizar una compra, tendremos un sesgo hacia la información que recibamos tanto del vendedor en el salón de venta, como de la publicidad y de otros datos disponibles, de modo de interpretarla a nuestro favor acorde a nuestro deseo de concretar la compra.

#### D. SESGO DE REPRESENTATIVIDAD

El sesgo de representatividad o *representativeness bias* hace que la gente ignore las probabilidades y correlacione lo que algo parece ser con lo que efectivamente es debido a como se presentan las cosas (Korobkin y Ulen 2000). Por ejemplo, un jurado o juez tenderá a pensar que es más probable que un acusado haya cometido cierto delito si tiene antecedentes penales (Korobkin y Ulen 2000). Del mismo modo, un consumidor tenderá a pensar que un producto de una segunda marca es mejor si su aspecto es similar a uno de una marca notoria.

#### E. SESGO DE RETROSPECTIVA

El sesgo de retrospectiva o *hindsight bias* indica la tendencia que tenemos las personas a considerar que es más probable que un hecho ocurra, una vez que sabemos que efectivamente el hecho ocurrió (Korobkin y Ulen 2000). Cuando sabemos que algo ya sucedió, en retrospectiva, “con el diario del lunes”, pensamos a ese evento más inevitable que si no lo supiéramos. En otras palabras, saber que algo realmente ya ocurrió, influencia nuestra estimación sobre la probabilidad de que ocurriera.

Típicamente, se dice que este sesgo afecta a jurados y jueces cuando tienen que juzgar responsabilidad por daños (Rachlinski 2011). Cuando hay en juicio evidencia de que el hecho ocurrió y el daño ya se produjo, la impresión es que fatalmente el evento dañoso iba a ocurrir. Por eso, seremos más propensos a asignar responsabilidad, que lo que objetivamente nos podría haber parecido *ex ante*, sin esa evidencia. Este sesgo se agudiza

en conjunto con la subestimación del papel del contexto en el comportamiento de las personas, conocido como *fundamental attribution error* (Rachlinski 2011).

#### F. HEURÍSTICA DE LA AFECTIVIDAD

La heurística afectiva informa que ciertas decisiones que tomamos se rigen por sentimientos de agrado o desagrado, con escasa deliberación o razonamiento (Kahneman 2012). Por ejemplo, esta heurística juega su rol en los días festivos, donde los jugadores del mercado conocen que estaremos más emocionales y menos atentos para reprimirnos de nuestros impulsos a comprar presentes (Kahneman 2012). También, esta heurística se verifica cuando, más allá de su calidad, decidimos no comprar un producto si quien lo publicita es una figura pública o un deportista que no nos cae bien.

#### 6. NUESTRA MENTE: SISTEMA 1 Y SISTEMA 2

Daniel Kahneman es alguien que sistematizó cómo trabaja la mente humana en *Pensar rápido, pensar despacio* (2012). Dando cuenta de la lógica detrás de los conceptos de agente perfecta e imperfectamente racional, propuso que existen dos modos de pensamiento que todo el tiempo están presentes en la mente humana: el Sistema 1 y el Sistema 2. ¿Cómo interactúan entre sí? Siempre que uno es el protagonista, el otro se mantiene en estado de latencia.

El Sistema 1 funciona casi silenciosamente y comprende toda aquella actividad que se realiza de modo involuntario. Por el contrario, el Sistema 2 alude a todo aquello que no hacemos de forma natural, sino de manera deliberada y con esfuerzo. A saber,  $2 + 2$  o  $10 \times 10$  son cálculos matemáticos que resolvemos en modo Sistema 1, de manera involuntaria, tanto que casi no podemos evitar saber el resultado. Sin embargo, salvo que seamos expertos en matemática, la mayoría de nosotros necesitaría activar su Sistema 2 para resolver  $7^5$  o  $37 \times 72$ .

De esa manera, el Sistema 1 refiere al pensamiento rápido e intuitivo. Comprende en general todas las operaciones mentales que realizamos de manera automática: heurísticas, actividad mental intuitiva e intuición experta (Kahneman 2012). Por su parte, el Sistema 2 se distingue por aludir a una forma lenta y esforzada de pensar. Así, refiere a todo aquello

que no se realiza de manera intuitiva, sino solo con atención y concentración. Por ejemplo, activamos Sistema 2 para leer textos complejos o comparar las cualidades de dos productos.

En el día a día, el Sistema 1 funciona en piloto automático y el Sistema 2, normalmente, está en modo de mínimo uso (Kahneman 2012). La atención es un recurso escaso y no tiene sentido usarla si la actividad a realizar verdaderamente no requiere esfuerzo. Como es deliberado, no activamos el Sistema 2 si lo que hacemos nos resulta fácil y cómodo (Kahneman 2012). El problema es que, a veces, por nuestros sesgos y heurísticas, falsamente, creemos que no necesitamos activarlo.

Así, el Sistema 2 solo circunstancialmente toma las riendas de nuestra mente y el Sistema 1 ocurre casi siempre, de manera casi inconsciente, sin ninguno o poco esfuerzo. Es mucho más protagonista e influyente que lo que pensamos y que lo que nos gustaría asumir. A pesar de estos datos, la mayoría de nosotros se identifica con el Sistema 2. Cuando pensamos en nosotros mismos, pensamos en alguien racional, consciente, que decide qué pensar y qué hacer (Kahneman 2012).

Además de su preponderancia, el Sistema 1 se caracteriza por ser más irresponsable y emocional. Por eso, no nos reconocemos en ese comportamiento. Nos asumimos de una manera que no se condice con la realidad de cómo pensamos y cómo decidimos. La narrativa de una persona racional nos queda más cómoda que admitir que sistemáticamente nos equivocamos (Akerlof y Shiller 2016). Adicionalmente, la lógica del Sistema 2, de un ser racional, pensante y autónomo, es una narrativa coincidente con el eje de nuestro sistema jurídico: la autonomía de la voluntad.

## 7. SISTEMA 1: TIPOS DE PHOOLS

Como en ambos casos no se respetan las reglas de la decisión racional, la idea de Sistema 1 de Kahneman (2012) puede fácilmente asociarse al concepto de *phool* que proponen Akerlof y Shiller (2016). Un *phool* se caracteriza, por sobre todas las cosas, por decidir cursos de acción inconsistentes con la teoría económica del comportamiento. Un *phool* no actúa como un *homo economicus* sino como un agente imperfectamente racional, ya que sus decisiones no tienen como efecto maximizar su utilidad o su bienestar.

Según la descripción de Akerlof y Shiller (2016), un *phool* es un consumidor incauto que es exitosamente *phished*, es decir engañado en el mercado para decidir algo que no es en su interés sino en el interés del pescador.<sup>17</sup> Un *phool* toma decisiones que no tomaría si pensara con sentido común y se diera cuenta que esa decisión realmente no lo beneficia a él, sino a los pescadores, es decir a los proveedores de bienes y servicios. Los *phools* pueden ser de distinto tipo: informacionales, psicológicos-emocionales y psicológicos-cognitivos (Akerlof y Shiller 2016).

Los *phool* informacionales son aquellos que actúan en base a información especialmente diseñada para inducirlos al error. Así, pueden ser un buen ejemplo las publicidades en las que se informan parcialmente las condiciones del contrato o se esconden algunos términos en letra pequeña. Por ejemplo, cuando en un catálogo de una casa de electrodomésticos se advierte en letra grande y destacada que el precio de cierto producto es  $x$ , y en un apartado en letra pequeña se aclara que ese no es el precio final del producto sino el valor de las cuotas a pagar en cierta cantidad de meses.

Los *phools* emocionales son aquellos que no actúan en base a su sentido común sino a sus emociones. Aunque comprendan lo nocivo de la decisión, no pueden evitar decidir de esa manera. Por ejemplo, este comportamiento es típico de los adictos. Por caso, un fumador avanzado en su adicción al tabaco que simplemente no puede dejar el hábito, aunque logre comprender lo dañino e inútil de apegarse a él; igualmente, incluye a los adictos al juego quienes no pueden detener la compulsión de apostar, aunque saben que con eso no van a ganar dinero (Akerlof y Shiller 2016).

Los *phools* cognitivos son aquellos que son víctimas de sus sesgos cognitivos, que les hacen malinterpretar y percibir erróneamente la realidad. Son buen ejemplo de este tipo de incautos cualquiera de las situaciones enunciadas para ejemplificar los sesgos y heurísticas en el apartado 5 de este capítulo. Por ejemplo, vale recordar a quienes tienden a sobrevalorar el uso que harán del gimnasio y pagan por un abono anual, aunque su limitada

---

<sup>17</sup> Los términos son prestados del original en inglés de Akerlof y Shiller, *Phishing for phools*. Realmente no tiene sentido traducirlos ya que son guiños al lector, relativos a la práctica digital de *phishing* y su fonética igual al verbo *pescar* en inglés, *fishing*. Del mismo modo, *phool* extrapola esa ortografía y fonéticamente suena como *tonto* en inglés, *fool*.

fuerza de voluntad no les permite cumplir con el objetivo de asistir regularmente y terminan pagando por no ir al gimnasio.

## 8. EXÓGENO VS. ENDÓGENO

Asumiendo la existencia de sesgos y heurísticas que afectan el comportamiento del consumidor, se encuentran distintas posturas en cuanto al origen de estas debilidades. Lo que se discute es si el consumidor es un agente imperfectamente racional por motivos exógenos o endógenos al mercado. De esa manera, mientras algunos entienden que los sesgos y heurísticas del consumidor le vienen dados, otros sostienen que es el propio mercado el que crea, genera y exagera estas debilidades.

Bar-Gill (2014) entiende que los sesgos del consumidor son exógenos al mercado. En ese sentido, los entiende como una condición que se origina por causas externas, que viene dada y con la que se enfrentan los proveedores profesionales de bienes y servicios. Según esta postura, salvo en los casos de *marketing* o publicidad, los empresarios simplemente se limitan a identificar el comportamiento de los consumidores y a ajustar sus estrategias a esas limitadas capacidades cognitivas, para permanecer competitivos en el mercado.

Así, Bar-Gill (2014) entiende que los sesgos son una característica propia e innata del consumidor. El mercado no los provoca, sino que se ve obligado a dar cuenta de esas características relevantes para poder funcionar y ser competitivo. Para ser rentables, el mercado exige a quienes se posicionan en el lado de la oferta a estar atentos a la psicología del consumidor (Bar-Gill 2014). No hay manipulación, sino simplemente pericia de las corporaciones para identificar cómo se comporta el consumidor, de modo de no quedar fuera del mercado.

Por el contrario, Akerlof y Shiller (2016) proponen que las debilidades psicológicas o informativas del consumidor son endógenas: inherentes a la dinámica misma del mercado. Para estos autores, las debilidades son generadas por los propios jugadores sofisticados del mercado, quienes manipulan a los consumidores y después sacan ventaja de ello. La competencia fuerza a que los productores tengan esta conducta y los presiona: de otro modo no permanecen en el mercado.

Según esta postura, el mercado es el que manipula y produce los sesgos del consumidor. Akerlof y Shiller (2016) explican que debido a las fallas cognitivas humanas, las compañías que participan en el mercado se guían por las oportunidades de *phishing* que se les presentan y que intentan aprovechar. Así, se ven obligados a manipular para mantenerse competitivos en el mercado y ser rentables, para lo que es obligatorio explotar los sesgos cognitivos de los consumidores.

Si el consumidor no es racional sino susceptible de decidir por intuición o emoción, el proveedor se vería obligado a aprovecharse de esa situación. Así, los vendedores inciden en nuestras debilidades de manera estratégica, generándolas y alimentándolas de modo de que les resulten rentables (Akerlof y Shiller 2016). Prueba de ello es que los mercados no solo producen cosas que los consumidores desean, sino que también nos hacen sentir que necesitamos lo que ellos producen, aunque no sea para cubrir una necesidad que realmente tengamos.

En suma, según Akerlof y Shiller (2016), los mercados tienen incentivos para crear un escenario en el que sea rentable manipular y distorsionar el juicio de los consumidores. Existe, además, un equilibrio manipulativo de modo de que si alguien no lucra con una oportunidad de aprovecharse de una debilidad de los consumidores, otro empresario igualmente lo terminará haciendo. Nunca las oportunidades de *phishing* quedan vacantes y así, siempre, se tiende al *phishing equilibrium*.<sup>18</sup>

## 9. CRÍTICAS

Como toda novedad, el *Behavioral Law and Economics* no ha estado exento de críticas. En su mayoría, los cuestionamientos provienen de investigadores del *Law and Economics*, aunque también de otros especialistas del propio *Behavioral Law and Economics*, pero de su ala más conservadora. Generalmente, giran en torno a los siguientes puntos: falta de

---

<sup>18</sup> Los autores ejemplifican esta idea de *phishing equilibrium* o equilibrio manipulativo con la metáfora de lo que ocurre con las filas para pagar en las cajas de los supermercados. Casi siempre las filas son del mismo largo, ya que todos siempre elegimos la que esté más corta. En cuanto una está demasiado vacía, alguien la aprovecha, se cambia de fila casi como un reflejo. Igualmente, en cuanto hay una oportunidad demasiado buena de obtener beneficios inusuales para aprovecharse de alguna debilidad de un consumidor, algún empresario la aprovecha. Ver más en: George A. Akerlof y Robert J. Shiller. 2016. “Introducción – Espere ser manipulado: Equilibrio manipulativo”. En *La economía de la manipulación: cómo caemos como incautos en las trampas del mercado*. Traducido por Gustavo Teruel. Buenos Aires: Paidós.

teoría integral, excesiva confianza en evidencia empírica, falta del aspecto económico de la disciplina e inconsistencia con la autonomía de la voluntad.

En primer orden, se critica la falta de una teoría integral subyacente que de coherencia al movimiento. Como explica Rachlinski, “[e]stos críticos sostienen que el [*Behavioral Law and Economics*] incorpora una aparentemente interminable colección de heurísticas, sesgos, y otras debilidades del entendimiento humano de una manera *ad hoc*.” (2011, 1687).<sup>19</sup> Este aspecto se realza sobre todo en comparación con los simples y elegantes que son los modelos del *Law and Economics*.

Como señala Rachlinski (2011), la falta de una teoría integral se explica por el hecho de que el *Behavioral Law and Economics* es una disciplina *bottom-up*. El movimiento elabora sus propuestas a partir de evidencia empírica y el funcionamiento nunca es inverso de modo de que sean abstracciones teóricas que luego se bajan a la realidad. No habrá nunca una teoría abstracta que pueda dar cuenta de todos los sesgos y heurísticas de manera acabada. De esta manera, la crítica de ser una disciplina demasiado pragmática y casuística es cierta pero irresoluble, ya que es así como trabaja la psicología (Rachlinski 2011).

Por otra parte, la complejidad de la disciplina es una necesidad al ser un movimiento basado en el análisis del comportamiento humano (Jolls, Sunstein y Thaler 1998). En cualquier caso, parece pertinente sacrificar la elegancia de los modelos económicos, por un entendimiento del comportamiento más sofisticado y realista, que realmente tenga poder predictivo y ayude a crear mejor política pública (Korobkin y Ulen 2000). No parece razonable priorizar la simplicidad matemática, al costo de una teoría cuyas presunciones no se replican en la realidad y que, por lo tanto, pierden utilidad para hacer pronósticos.

En segundo orden, se cuestiona la confianza que se asigna a la evidencia empírica como principal *input* de la disciplina. Por un lado, se resalta que en los aclamados experimentos hay sujetos que sí se comportan como indica la economía, de manera racional y no cometen errores. Por otro lado, se cuestiona el diseño de los experimentos. Así, se insiste en que son los investigadores del *Behavioral Law and Economics* quienes los diseñan de modo tal de

---

<sup>19</sup> La traducción es propia. En el original, “[s]uch critics contend that BLE incorporates a seemingly endless collection of heuristics, biases, and other foibles of human judgment in an *ad hoc* fashion.” (Rachlinski 2011, 1687).

hacer que las personas cometan errores en los laboratorios; errores que, de otro modo, no cometerían en la realidad.

En cuarto orden, se critica la falta de *economics* del movimiento, a pesar del nombre con que se designó a la disciplina. Según expone Rachlinski (2011), la estrategia de *marketing* ha sido exponerlo como vinculado al movimiento del *Law and Economics*, aunque tiene mucho más que ver con una expansión de la psicología aplicada al derecho. En este sentido, la crítica es válida, ya que pocas veces se encuentra presente el aspecto verdaderamente económico de las propuestas.

Finalmente, la crítica más legítima es aquella que sostiene que el *Behavioral Law and Economics* es inconsistente con un sistema jurídico liberal. El movimiento adhiere a un entendimiento del comportamiento humano que se da de bruces con el entendimiento del comportamiento humano que tiene nuestro sistema, gracias al principio de autonomía de la voluntad (Rachlinski 2011). La inconsistencia está latente, por más complejo que sea el nuevo diagnóstico. No obstante las críticas, jamás podrán refutar la innegable circunstancia de que no nos comportamos todo el tiempo como agentes perfectamente racionales.

## 10. RESUMEN

En suma, el *Behavioral Law and Economics* es un movimiento que asume el hecho de derivar del *Law and Economics*, pero que se distingue de su raíz original porque se toma en serio las fallas de la teoría del comportamiento racional (Korobkin y Ulen 2000). Como se dijo, se aparta del *Law and Economics* en el sentido de que incorpora e identifica el comportamiento real de las personas (Jolls, Sunstein y Thaler 1998). Como consecuencia, importa menos lo históricamente asumido y más los resultados que arrojan los experimentos realizados.

El *Law and Economics* ha sido víctima de sus propias limitaciones, por la creciente cantidad de fenómenos de los que no puede dar cuenta y que se suman a la lista de anomalías al modelo. *Behavioral Law and Economics* permite entender mejor como las normas son incentivos al comportamiento de las personas, justamente, porque comprende mejor el comportamiento de aquellos agentes sujetos a normas. Si bien utiliza las

herramientas tradicionales de la economía, su valor agregado está en el *plus* que significa un mejor entendimiento del comportamiento humano.

### III. PANORAMA JURÍDICO

En lo que sigue, se introducirán las normas que hacen a la protección del consumidor en Argentina. Se dará cuenta de lo previsto por el artículo 42 de la Constitución Nacional y se analizará detenidamente lo receptado en la Ley de Defensa del Consumidor (LDC) y en el Código Civil y Comercial (CCC), respecto de los contratos de adhesión, del régimen de cláusulas abusivas y del deber de información. Esta breve presentación es necesaria para, más adelante, problematizar la regulación local a la luz de los postulados del *Behavioral Law and Economics*, en el capítulo IV.

#### 1. ESTATUS CONSTITUCIONAL

En 1994, en la última reforma, la protección al consumidor se incorporó a la plataforma de derechos que garantiza la Constitución Nacional.<sup>20</sup> La consagración constitucional en el artículo 42 tiene una importancia jurídica, pero también una relevancia simbólica. Una constitución es, entre otras cosas, el reflejo de lo que una sociedad percibe como preocupaciones básicas y de los objetivos que quiere lograr como país.<sup>21</sup> De ahí lo trascendente de otorgar a la problemática del consumidor el máximo reconocimiento posible dentro de nuestro sistema jurídico (Wajntraub 2014).

Con el artículo 42, la Constitución proclama un cambio de paradigma al teñirse de una preocupación social: el creciente fenómeno del consumo. Así, se alejó de la ideología

---

<sup>20</sup> CONSTITUCIÓN NACIONAL. ARTÍCULO 42: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno.

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.”

<sup>21</sup> Por eso, Wajntraub (2014) definió que el artículo 42 de la Constitución Nacional es la manifestación moderna de la cláusula del progreso.

liberal a la que adhería desde sus orígenes y consignó, implícitamente, un nuevo entendimiento de la persona humana, del Estado, de las empresas y de los vínculos entre estos actores en el mercado (Gelli 2011). Como consecuencia, el artículo 42 “[e]s un cambio de perspectiva, en la cual ya no se concibe el crecimiento económico disociado del crecimiento humano y la justicia” (Wajntraub 2014, 859).

Jurídicamente, la garantía que brinda el artículo 42 es amplísima: declara a qué tienen derecho los consumidores, delinea el rol de las autoridades y explica la participación de las asociaciones de consumidores. Como aspecto más saliente, la Constitución exige a las autoridades que provean a la protección de los consumidores y menciona la necesidad de una legislación con procesos eficaces para la prevención y solución de conflictos. En otras palabras, es la propia Constitución la que demanda la intervención del Estado en el mercado para proteger al consumidor.

Nuestra evolución jurídica es particular, ya que la ley especial precedió a la reforma constitucional.<sup>22</sup> Por más que nuestro ordenamiento jurídico ya hubiera dado cuenta de los derechos de los consumidores en el año 1993, la raigambre constitucional de la protección no deja de ser crucial. En una suerte de principio de no regresividad, el consumidor puede estar seguro de que ya no estará desprotegido, porque es la misma Constitución la que ordena al legislador que procure soluciones adecuadas para el fenómeno del consumo.

La intervención estatal no es solo vista desde la perspectiva puramente jurídica, sino también como una herramienta de empoderamiento y de transformación cultural. En un abordaje interesante de la problemática, la Constitución dispone que las autoridades provean a la educación del consumidor. El objetivo es lograr decisiones de consumo lo más autónomas posibles, buscando el ejercicio responsable de la libertad de elegir y rechazar productos (Gelli 2011). Entonces, la intervención que se encomienda es, además de económica, social (Wajntraub 2014).

---

<sup>22</sup> Concretamente, la Ley N° 24.240 fue sancionada el 22/09/1993 y promulgada el 13/10/1993. La reforma a la Constitución Nacional fue sancionada el 15/12/1994 y promulgada el 3/01/1995.

## 2. NORMATIVA

Actualmente, además de la Constitución, el consumidor cuenta con dos instrumentos que lo protegen. Concretamente, el estatuto particular que es la Ley de Defensa del Consumidor y la regulación específica dentro del Código Civil y Comercial. Con su sanción, en el nuevo Código se duplicaron varias disposiciones de la ley especial. No fue así con todos los artículos, pero sí en el caso de contratos de adhesión, cláusulas abusivas y deber de información, por lo que hoy contamos con dos normas que regulan estos institutos.<sup>23</sup>

En general, las normas son de similar redacción, con pocos matices diferentes y, en principio, sin contradicciones. De todos modos, previendo la posibilidad de conflicto normativo, el Código indica que siempre debe aplicarse la norma que provea la tutela más favorable al consumidor.<sup>24</sup> Así, en el artículo 1094 del CCC, se dispone que las fuentes dialoguen y que, en caso de duda, se apliquen e interpreten teniendo en cuenta la protección al consumidor como prioridad.

## 3. CONTRATOS DE ADHESIÓN

Los contratos de adhesión fueron regulados inicialmente por el artículo 38 de la LDC, regulación que se complementó con lo previsto en los artículos 984 y ss. del CCC. Vale aclarar que lo regulado en el Código respecto de contratos de adhesión se encuentra bajo el Título II de “Contratos en general”. En este sentido, lo allí previsto no aplica exclusivamente a relaciones de consumo como el artículo 38 de la LDC, sino, en general, a cualquier contratación que se celebre adhiriendo a cláusulas predisuestas.

En el artículo 984 del CCC, se precisa que los contratos de adhesión son aquellos en los que una parte adhiere a cláusulas generales redactadas unilateralmente por la otra, sin

---

<sup>23</sup> Sobre esta circunstancia, la Comisión que participó de la redacción del Anteproyecto del Código Civil y Comercial explicó que el objetivo de reproducir normas de la Ley de Defensa del Consumidor en el Código es garantizar una protección mínima (Lorenzetti *et al* 2012). La ambición es que la Constitución y el Código sean niveles estables de protección y que la ley especial funcione como protección flexible y adaptable, acorde a las circunstancias cambiantes (Lorenzetti *et al* 2012). Así, habría más seguridad si la protección está plasmada en el Código porque es más difícil de modificar que cualquier otra ley especial; al mismo tiempo, la ley queda habilitada a subir el nivel de protección pero limitada a la tutela mínima del Código.

<sup>24</sup> CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. ARTÍCULO 1094: “Interpretación y prelación normativa. Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable. En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor.”

posibilidad de participar en su redacción.<sup>25</sup> La Ley de Defensa del Consumidor opta por no definir este tipo de contratos pero, siguiendo al artículo 38, pueden identificarse ciertas pautas, como que son contratos ofrecidos en serie, con cláusulas uniformes y estandarizadas, tal que el consumidor no puede discutir su contenido.<sup>26</sup>

Los aspectos formales de los contratos de adhesión se encuentran regulados por la Resolución N° 906/1998 de la Secretaría de Industria, Comercio y Minería de la Nación y por el artículo 985 del CCC.<sup>27</sup> El Código delinea requisitos generales a cumplir en cuanto a la redacción de las cláusulas, requisitos que son aplicables a contratos de adhesión en cualquier ámbito y no solo en transacciones consumo. Razonablemente, la regulación que brinda la resolución es mucho más específica, ya que rige exclusivamente para relaciones de consumo.

Tanto en el Código como en la resolución, se establece que el objetivo es que el contrato de adhesión resulte fácilmente legible.<sup>28</sup> El Código se concentra en que lo sea en cuanto a la redacción del contrato y su comprensibilidad; mientras que la preocupación de la resolución es el aspecto visual y puramente formal. Así, en el marco del cómo acercar la información, aunque se usa la misma fórmula, lo interesante es que estas normas capturan su significado desde perspectivas diferentes.

En los fundamentos de la resolución, se explica que el derecho a la información que tiene el consumidor tiene que ver con qué tan fácil es la lectura del contrato y qué tan asequible la

<sup>25</sup> CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. ARTÍCULO 984: “Definición. El contrato por adhesión es aquel mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predisuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción.”

<sup>26</sup> LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR. ARTÍCULO 38 (1° PÁRRAFO): “Contrato de adhesión. Contratos en formularios. La autoridad de aplicación vigilará que los contratos de adhesión o similares, no contengan cláusulas de las previstas en el artículo anterior. La misma atribución se ejercerá respecto de las cláusulas uniformes, generales o estandarizadas de los contratos hechos en formularios, reproducidos en serie y en general, cuando dichas cláusulas hayan sido redactadas unilateralmente por el proveedor de la cosa o servicio, sin que la contraparte tuviere posibilidades de discutir su contenido. [...]”

<sup>27</sup> Resolución N° 906/1998 de la Secretaría de Industria, Comercio y Minería de la Nación (BO: 07/01/1999). CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. ARTÍCULO 985: “Requisitos. Las cláusulas generales predisuestas deben ser comprensibles y autosuficientes. La redacción debe ser clara, completa y fácilmente legible. Se tienen por no convenidas aquellas que efectúan un reenvío a textos o documentos que no se facilitan a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato. La presente disposición es aplicable a la contratación telefónica, electrónica o similares.”

<sup>28</sup> Concretamente, en el segundo párrafo del art. 985 del CCC se indica que “la redacción debe ser clara, completa y fácilmente legible” y en el art. 2 de la Res. SICyMN N° 906/1998 se prescribe que “los contratos y demás documentos a que se refiere el artículo anterior deberán asimismo resultar fácilmente legibles [...]”.

comprensión de su contenido. Además, se reconoce que existen aspectos que pueden desalentar o dificultar su lectura. Por eso, la resolución reglamenta aspectos relativos a la tipografía, como el tamaño mínimo de los caracteres y el estilo.<sup>29</sup> Al mismo tiempo, atiende a otros aspectos como el contraste, el interlineado, el formato y el estilo tipográfico.<sup>30</sup>

En los contratos por adhesión, es presumible que la parte predisponente lo diseñe y lo redacte a su favor. Por ello, tanto el artículo 37 de la LDC como el artículo 987 del CCC prevén una pauta de interpretación contraria al predisponente y en favor del adherente, en tanto los términos contractuales sean ambiguos.<sup>31</sup> Por eso, el Código prescribe que, en una suerte de *in dubio pro consumidor*, siempre debe estarse a la interpretación más favorable para el consumidor y, como contracara negativa, la que le resulte menos gravosa.<sup>32</sup>

#### 4. RÉGIMEN DE CLÁUSULAS ABUSIVAS

El régimen de cláusulas abusivas se compone por el artículo 37 de la LDC y por la regulación de los artículos 985 a 988 y 1117 a 1122 del CCC. Las cláusulas abusivas son típicas de los contratos por adhesión pero no son equivalentes: no tienen que ver con cómo el consumidor presta consentimiento –si adhiere o negocia– sino con la sustancia de la cláusula. El Código define que es abusiva toda cláusula que tiene por objeto o por efecto

---

<sup>29</sup> RES. SICYMN N° 906/1998. ARTÍCULO 1: “Los contratos escritos de consumo; los textos incluidos en documentos que extiendan los proveedores, por los que se generen derechos y obligaciones para las partes y/o terceros, en los términos de la Ley N° 24.240, y las informaciones que por imperativo legal brinden por escrito los proveedores a los consumidores, deberán instrumentarse en idioma nacional y con caracteres tipográficos no inferiores a UNO CON OCHO DÉCIMOS (1,8) de milímetros de altura.”

RES. SICYMN N° 906/1998. ARTÍCULO 3: “Cuando determinados textos, informaciones o cláusulas, por imperativo legal, deban incluirse en forma destacada, notoria, ostensible o similar, deberán consignarse en negrita, con caracteres tipográficos equivalentes, como mínimo, a una vez y media el tamaño de los utilizados en el cuerpo o texto general del documento.”

<sup>30</sup> RES. SICYMN N° 906/1998. ARTÍCULO 2: “Los contratos y demás documentos a que se refiere el artículo anterior deberán asimismo resultar fácilmente legibles, atendiendo al contraste; formato, estilos o formas de las letras; espacios entre letras y entre líneas; sentido de la escritura, y cualquier otra característica de su impresión.”

<sup>31</sup> CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. ARTÍCULO 987: “Interpretación. Las cláusulas ambiguas predispuestas por una de las partes se interpretan en sentido contrario a la parte predisponente.”

LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR. ARTÍCULO 37: “[...] La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa. [...]”

<sup>32</sup> CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. ARTÍCULO 1095: “Interpretación del contrato de consumo. El contrato se interpreta en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existen dudas sobre los alcances de su obligación, se adopta la que sea menos gravosa.”

provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor.<sup>33</sup>

Para su determinación, el legislador optó por otorgar un número de pautas.<sup>34</sup> La ley especial establece que son abusivas aquellas cláusulas que (i) desnaturalizan las obligaciones o limitan la responsabilidad por daños, (ii) las que implican renuncia o restricción de derechos del consumidor o amplían los del proveedor, y (iii) las que inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.<sup>35</sup> En el Código, se agrega que también son abusivas aquellas cláusulas que por su contenido, redacción o presentación son razonablemente imprevisibles.<sup>36</sup>

A nivel administrativo, la ley especial prescribe que la autoridad de aplicación controlará periódicamente los contratos de adhesión, cuidando que no contengan cláusulas de las que se consideran no convenientes por su contenido.<sup>37</sup> Asimismo, el decreto reglamentario indica que la autoridad deberá notificar al proveedor qué cláusulas se tendrán por no convenientes de acuerdo al artículo 37, y que este deberá notificar, a su vez, al consumidor de manera fehaciente de esta circunstancia.<sup>38</sup> En caso de incumplimiento, podría ser sancionado.

<sup>33</sup> CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. ARTÍCULO 1119: “Regla general. Sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes especiales, es abusiva la cláusula que, habiendo sido o no negociada individualmente, tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor”.

<sup>34</sup> Además, existe un catálogo enunciativo de cláusulas abusivas en la Resolución N° 53/2003 de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor (BO: 24/04/2003).

<sup>35</sup> LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR. ARTÍCULO 37: “Interpretación. Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenientes: a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños; b) Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte; c) Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor. [...]”

<sup>36</sup> CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. ARTÍCULO 988: “Cláusulas abusivas. En los contratos previstos en esta sección, se deben tener por no escritas: a) las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente; b) las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias; c) las que por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles.”

<sup>37</sup> LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR. ARTÍCULO 38 (1° PÁRRAFO): “[...] La autoridad de aplicación vigilará que los contratos de adhesión o similares, no contengan cláusulas de las previstas en el artículo anterior. La misma atribución se ejercerá respecto de las cláusulas uniformes, generales o estandarizadas de los contratos hechos en formularios, reproducidos en serie y en general, cuando dichas cláusulas hayan sido redactadas unilateralmente por el proveedor de la cosa o servicio, sin que la contraparte tuviere posibilidades de discutir su contenido. [...]”

<sup>38</sup> DECRETO N° 1798/1994 (BO: 18/10/1994). ARTÍCULO 38: “La Autoridad de Aplicación notificará al proveedor que haya incluido cláusulas de las previstas en el Artículo 37 que las mismas se tienen por no convenientes y lo emplazará a notificar tal circunstancia al consumidor de manera fehaciente y en el término

No obstante lo anterior, el control de las cláusulas abusivas es primordialmente judicial. La consecuencia jurídica de que, por su contenido, una cláusula sea considerada abusiva es que ese término contractual será ineficaz y se tendrá por no convenido.<sup>39</sup> Quedará a criterio del juez declarar la nulidad total o parcial del contrato, para proceder o no a integrar su contenido. Va de suyo que, como cualquier sentencia judicial, la sentencia que declare la nulidad de un término contractual solo tiene efectos para las partes involucradas.

Se puede observar que las pautas previstas para identificar qué cláusulas son abusivas no son precisas sino amplias. Esto daría bastante ámbito de discrecionalidad al juez para decidir que un término contractual es abusivo. Sin embargo, el control judicial previsto no es ilimitado. Así, el Código indica que no pueden ser declaradas abusivas las cláusulas relativas al precio ni tampoco las que reflejan disposiciones vigentes en tratados internacionales o normas legalmente imperativas.<sup>40</sup>

En cuanto a los límites al control judicial del contenido del contrato, no obsta a la declaración de una cláusula como abusiva el hecho de que haya sido negociada de manera particular con el consumidor, ni que este expresamente la hubiera aprobado.<sup>41</sup> Asimismo, tampoco impide que un juez pueda considerar que un término contractual es abusivo, la circunstancia de que este término tuviera aval del regulador o la expresa aprobación administrativa.<sup>42</sup> Estos puntos serán estudiados con más profundidad en el capítulo 4 de este trabajo.

---

que dicha autoridad le fije. En caso de incumplimiento será pasible de las sanciones previstas por el Artículo 47 de la Ley N° 24.240.”

<sup>39</sup> CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. ARTÍCULO 1122: “Control judicial. El control judicial de las cláusulas abusivas se rige, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley especial, por las siguientes reglas: a) la aprobación administrativa de los contratos o de sus cláusulas no obsta al control; b) las cláusulas abusivas se tienen por no convenidas; c) si el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad; d) cuando se prueba una situación jurídica abusiva derivada de contratos conexos, el juez debe aplicar lo dispuesto en el artículo 1075.”

<sup>40</sup> CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. ARTÍCULO 1121: “Límites. No pueden ser declaradas abusivas: a) las cláusulas relativas a la relación entre el precio y el bien o el servicio procurado; b) las que reflejan disposiciones vigentes en tratados internacionales o en normas legales imperativas”.

<sup>41</sup> CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. ARTÍCULO 1118: “Control de incorporación. Las cláusulas incorporadas a un contrato de consumo pueden ser declaradas abusivas aun cuando sean negociadas individualmente o aprobadas expresamente por el consumidor.”

<sup>42</sup> CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. ARTÍCULO 1122: “Control judicial. El control judicial de las cláusulas abusivas se rige, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley especial, por las siguientes reglas: a) la aprobación administrativa de los contratos o de sus cláusulas no obsta al control [...]”.

## 5. DEBER DE INFORMACIÓN

El derecho a la información que tiene el consumidor se encuentra reconocido en el artículo 42 de la Constitución Nacional, en el artículo 4 de la Ley de Defensa del Consumidor y en el artículo 1100 del Código Civil y Comercial.<sup>43</sup> Entre estas normas, la regulación atiende a cuatro aspectos esenciales: la calidad de la información que se debe ofrecer, sobre qué aspectos se debe informar, quiénes son los sujetos pasivos de la obligación y el cómo o lo relacionado con el medio de cumplimiento.

En cuanto a la calidad de la información, la Constitución exige que sea adecuada y veraz. Por su parte, la ley especial y el Código insisten en que, además, deberá ser cierta, clara y detallada. ¿Quiénes y sobre qué deben informar? Todos los que intervengan en la cadena de comercialización de bienes y servicios están obligados a suministrar información sobre las características esenciales de los productos, sobre las condiciones de comercialización y, de manera residual, sobre toda circunstancia relevante para el contrato en cuestión.

El deber de información siempre debe cumplirse de manera gratuita.<sup>44</sup> En este sentido, no se permite cobrar un cargo extra y diferenciado del producto para proveer la información solicitada por el consumidor. Sin embargo, es evidente que el proveedor incurre en costos para producirla. Por eso, la doctrina entiende que se asume que el costo de producir información sí puede quedar comprendido en el precio general del producto o servicio sobre el que se debe informar (Chamatrópulos 2016).

<sup>43</sup> CONSTITUCIÓN NACIONAL. ARTÍCULO 42: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, [...] a una información adecuada y veraz [...]”

LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR. ARTÍCULO 4: “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 el soporte que el proveedor determine, salvo que el consumidor opte por el soporte físico. En caso de no encontrarse determinado el soporte, este deberá ser electrónico.

CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. 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.”

<sup>44</sup> LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR. ARTÍCULO 4: “[...] La información debe ser siempre gratuita para el consumidor [...]”.

Aunque excede los motivos de este trabajo, es buena decisión que la información sea gratuita ya que es probable que sus sesgos no le permitan al consumidor pagar un precio para obtener información, lo que se relaciona con el efecto de dotación o *endowment effect*.

La regulación sobre el cómo cumplir con la obligación de informar se encuentra en el artículo 4 de la ley especial. Allí se indica que el medio de cumplimiento queda a elección del proveedor, salvo que el consumidor solicite que sea en soporte físico.<sup>45</sup> Además, a comienzos del 2018, se modificó este artículo con el agregado de un segundo párrafo que introduce la regla del *default* digital para cumplir con el deber de informar.<sup>46</sup> Así, en tanto no haya soporte determinado, se permite a los sujetos pasivos la utilización de medios electrónicos para cumplir con la obligación.<sup>47</sup>

Sumado a lo descripto, existen previsiones específicas sobre el deber de informar en el marco de los contratos de adhesión. En ese sentido, a partir de la reforma del año 2016, en el artículo 38 se exige que quienes comercialicen bienes o servicios a partir de contratos de adhesión deben publicar un ejemplar del modelo de contrato en su sitio *web*.<sup>48</sup> Asimismo, en los locales comerciales, debe haber a disposición ejemplares del contrato para entregar aquellos consumidores que así lo soliciten.<sup>49</sup>

#### IV. ANÁLISIS ARTICULADO

A partir de las bases sentadas en el capítulo II y la normativa expuesta en la sección III, mi intención es problematizar la regulación local a la luz de los postulados del *Behavioral Law and Economics*. Concretamente, me propongo tres operaciones: visibilizar discusiones implícitas, señalar aspectos en que nuestra normativa es sólida y detectar contradicciones o posibles puntos a modificar. Esto permitirá reflexionar críticamente sobre si las normas de

---

<sup>45</sup> LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR. ARTÍCULO 4: “[...] La información debe ser siempre [...] proporcionada en el soporte que el proveedor determine, salvo que el consumidor opte por el soporte físico. [...]”

<sup>46</sup> Ver en este sentido Decreto DNU N° 27/2018, de desburocratización y simplificación. BO: 11/01/2018.

<sup>47</sup> LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR. ARTÍCULO 4: “[...] [e]n caso de no encontrarse determinado el soporte, este deberá ser electrónico”.

<sup>48</sup> LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR. ARTÍCULO 38 (2° PÁRRAFO): “[...] Todas las personas físicas o jurídicas, de naturaleza pública y privada, que presten servicios o comercialicen bienes a consumidores o usuarios mediante la celebración de contratos de adhesión, deben publicar en su sitio web un ejemplar del modelo de contrato a suscribir. [...]”

<sup>49</sup> LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR. ARTÍCULO 38 (3° PÁRRAFO): “[...] Asimismo deben 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 lugar visible con la siguiente leyenda: ‘Se encuentra a su disposición un ejemplar del modelo de contrato que propone la empresa a suscribir al momento de la contratación.’”

protección al consumidor que tenemos permiten realmente alcanzar los objetivos que tenemos como sociedad.

## 1. ASIMETRÍA

Las relaciones de consumo difieren de las transacciones que todos tenemos en mente cuando pensamos en un contrato clásico. Es evidente que no es igual contratar un servicio de cable o telefonía móvil que un contrato de distribución entre una empresa de gaseosas y una transportadora. ¿Qué tienen de diferente las partes de un contrato tradicional respecto de uno de consumo? Básicamente, que en los contratos clásicos no hay típicamente una parte débil y otra fuerte.

En el mundo de los contratos, se supone que cada quien cuida su interés y se presume que existe completa libertad para decidir si contratar o no y con quién. El *laissez faire* presume equidad no solo en lo económico, sino también en el aspecto social. Como explica Kressler (1943), en un contrato se presume que las partes se encuentran en una similar posición social y en una aproximada igualdad económica, por lo que no se teme que la libertad de contratar sea una amenaza al bienestar social.

El desequilibrio es la característica de una relación de consumo (Bar-Gill 2014). Además de la asimetría de información desde antaño señalada por el *Law and Economics*, el *Behavioral Law and Economics* ilumina sobre otra dimensión de la desigualdad que distingue al vínculo proveedor-consumidor. Así, refiere al desbalance que sufre el consumidor por la debilidad que significa ser un agente imperfectamente racional: víctima de un preponderante y silencioso Sistema 1 (Kahneman 2012).

En un contrato de consumo, las partes no tienen igualdad de armas. No hay equidad respecto tanto a la información como al distinto poder de negociación y nivel de sofisticación que cada uno maneja (Bar-Gill 2014). En un lado, tenemos un consumidor profano, que es víctima de sus emociones, de sesgos cognitivos, de heurísticas y de errores de percepción de la realidad. Enfrente, tenemos un proveedor profesional de bienes y servicios, quien, para mantenerse competitivo y ser rentable en el mercado, se ve obligado a sacar ventaja de esas debilidades (Bar-Gill 2014; Akerlof y Shiller 2016).

Así, en un contrato clásico no se identifica típicamente una parte más imprudente y otra más sofisticada, que diseña sus productos, sus contratos y sus precios como respuesta a los errores que comete la otra al percibir la realidad (Bar-Gill 2014). En otras palabras, diferente de una transacción comercial, el contrato de consumo es aquello que se genera de la interacción entre la imperfecta psicología del consumidor y las fuerzas del mercado que buscan maximizar su utilidad (Bar-Gill 2014; Akerlof y Shiller 2016).

## 2. ESTADO VS. MERCADO: ¿CÓMO RESOLVER EL DESBALANCE?

Asumido el desbalance de una relación de consumo descrito en el apartado anterior, ¿quién debiera trabajar en intentar resolverlo o mitigarlo? Existe profusa discusión en cuanto a quién está en mejor posición para aminorar la desigualdad que existe entre consumidores y proveedores profesionales. Hay algunos optimistas que opinan que el propio mercado puede hacerlo por sí solo; mientras que otros sugieren que es necesaria e imprescindible la intervención estatal.

La psicología del consumidor, junto con las externalidades y la información imperfecta, es una falla de mercado (Bar-Gill 2014). Cuando se producen estas fallas, suele insistirse en que debe dejarse que el propio mercado solucione los problemas que genera. En lo que tiene que ver con sesgos y heurísticas, no es razonable esperar que la competencia y el total libre mercado resuelvan o mitiguen la psicología del consumidor, por un número de factores como problemas de acción colectiva, falta de incentivos, falta de temor a la reputación y, finalmente, la dinámica misma de mercado.

Primero, los proveedores profesionales de bienes y servicios tienen problemas de acción colectiva. Así, es poco probable que alguno tome la iniciativa de invertir tiempo y dinero en educar al consumidor para que esté atento a los fallos de su propia mente. Un consumidor consciente de su Sistema 1 no es un activo para un proveedor, porque (i) no es imprescindible, ya que igualmente puede generar rentas con el estado de cosas dado; y porque (ii) no es posible asegurarse su exclusividad, por el riesgo de que los demás sean *free riders* y saquen ventaja del esfuerzo ajeno sin ningún costo (Bar-Gill 2014).

A las corporaciones generalmente les importa su prestigio e imagen como valores intangibles de cada compañía. La falta de temor a un daño en la reputación es otro factor

que explica por qué no puede esperarse que el mercado dé solución a las debilidades del consumidor. Si la regla es que un proveedor debe sacar provecho del comportamiento de los consumidores, su conducta no será vista como particularmente inescrupulosa, al diluirse su importancia en el comportamiento generalizado. Además, todo dependerá de si son o no monopólicos y de cuánto poder de mercado tienen (Radin 2017).

En ese marco, es más simple y más rentable sacar ventaja de las debilidades dadas. Los productores de bienes y servicios necesitan utilizar estrategias de mercado que induzcan a los consumidores a usar los procesos cognitivos que le sirven a sus fines (Rachlinski 2011). Por la dinámica misma de mercado, es improbable que los proveedores elijan vender intentando corregir o mitigar el efecto de los sesgos cognitivos. Más probablemente, elegirán explotarlos, para ser competitivos y generar utilidades (Bar-Gill 2014).

Dado lo anterior, tiene más sentido que se busque en el Estado la respuesta a las fallas de mercado relativas al comportamiento de los consumidores. Además, ante patrones sistemáticos y predecibles que no se identifican con pautas racionales, el regulador está en mejor posición para resolver el problema. Principalmente, porque puede intervenir en el mercado de manera uniforme, con reglas generales que ataquen la problemática para resolverla de raíz.

En el caso argentino, el legislador decidió intervenir con la sanción de la Ley de Defensa del Consumidor. Luego, en el artículo 42 de la Constitución Nacional, el constituyente saldó la discusión estableciendo expresamente la intervención estatal. A la luz de lo anterior, implícitamente, en estas previsiones normativas, hay un fenómeno que se percibe como sintomático y se considera que este no puede ser resuelto privativamente por el mercado.

En sí mismo, el sistema de protección al consumidor es un reconocimiento del Estado de que ideológicamente no se cree que el mercado es infalible, sino que tiene fallas que no puede resolver por sí mismo, que justifican la intervención estatal. Igualmente, en simultáneo, es un reconocimiento de la vulnerabilidad constitutiva del consumidor y de la necesidad de reequilibrar la desigualdad de origen del vínculo proveedor-consumidor (Ferrer de Fernández 2014; Chamatrópulos 2016).

De todos modos, estos son intentos de mitigar o corregir la psicología del consumidor, para restaurar el equilibrio. ¿Hasta qué punto un sistema de protección al consumidor equilibra el desbalance de poderes? Existe acuerdo en que nada permitirá erradicar la desigualdad estructural que existe entre proveedores profesionales y consumidores profanos. En lo que aquí importa, son intentos para tender a una dinámica de mercado más armónica y simétrica, sabiendo que es imposible que estas asimetrías dejen de existir para siempre.

### 3. INTERVENCIÓN ESTATAL

Concediendo que existe una desigualdad y que el Estado está en mejor posición para solucionarla, el interrogante pendiente es cómo hacerlo. Cuánto debe intervenir el Estado y de qué maneras es lo que se debate entre los ejes de la discusión de paternalismo y liberalismo.<sup>50</sup> Incluso desde el propio *Behavioral Law and Economics*, se aconseja priorizar los mecanismos *soft*, por el escepticismo que pesa sobre las herramientas paternalistas duras y más agresivas, que se consideran último recurso.

No debe plantearse el debate como intervención estatal absoluta o nula. En lo que importa, la discusión no debería darse en los extremos, porque, de hecho, hay matices. Hay niveles de intervencionismo: puede ser formal o sustancial, *ex post* o *ex ante*, entre otras posibilidades. La intervención estatal no es necesariamente mala e ilimitada o siempre superactiva. Sí debe quedar claro que el dominio irrestricto de los mercados no es una solución que está en el abanico de opciones, pues, cuando hay absoluta libertad de mercado, potencialmente, todos podemos caer como *phools* (Akerlof y Shiller 2016).

Es atendible el temor a que la intervención estatal pudiera ser demasiado agresiva para lo que el mercado puede soportar. No sería sensato dejar que el Estado intervenga sin límites, pudiendo el regulador autolimitar su capacidad de control y consensuar ciertos aspectos como intocables. Por ejemplo, una buena solución es la que adopta nuestro régimen de cláusulas abusivas, cuando excluye del control judicial a los términos que hacen al precio

---

<sup>50</sup> El debate entre paternalismo, liberalismo y antipaternalismo o paternalismo libertario es uno que podemos saltarnos, debido a la historia y la cultura de nuestro país. Para los *scholars* del *Behavioral Law and Economics* es un debate ineludible por la histórica confianza americana en el mercado. Sobre este tema, ver: Richard H. Thaler y Cass R. Sunstein. "Libertarian Paternalism". *The American Economic Review*, Vol. 93 N° 2 (Mayo de 2003): 175-179.

del bien o servicio ofrecido.<sup>51</sup> Allí, es manifiesto el compromiso de que quedará regido por el mercado y, a lo sumo, indirectamente, por la oficina de Defensa de la Competencia.

Asimismo, la intervención puede ser sustancial o simplemente formal. La intervención sustancial es la más temida, ya que implica que el Estado pueda modificar el contenido de los contratos de consumo. Ejemplo de ello es el régimen de cláusulas abusivas que habilita al juez a considerar ciertos términos contractuales como no convenidos.<sup>52</sup> También, la intervención puede ser formal, si el regulador no incide en la sustancia del contrato. Por caso, la Resolución SICyM N° 906/1998, en la que se limita a exigir tamaños mínimos de caracteres, formatos, interlineados y estilo tipográfico para los contratos de adhesión.<sup>53</sup>

Igualmente, la intervención estatal puede ser *ex post* o *ex ante*. El regulador puede intervenir con controles administrativos de manera *ex ante*, previo a la producción del daño. Por ejemplo, la autoridad de aplicación de la ley N° 24.240 puede observar ciertas cláusulas de un contrato de adhesión como abusivas, a nivel administrativo.<sup>54</sup> También, puede ser *ex post*. Por caso, con el régimen de cláusulas abusivas que habilita al consumidor a asistir a las cortes, una vez celebrado el contrato y ya producido el daño.<sup>55</sup>

<sup>51</sup> CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. ARTÍCULO 1121: “Límites. No pueden ser declaradas abusivas: a) las cláusulas relativas a la relación entre el precio y el bien o el servicio procurado; [...]”.

<sup>52</sup> Ley de Defensa del Consumidor. Artículo 37 (1° párrafo): “Interpretación. Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas: a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños; b) Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte; c) Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor. [...]”

Código Civil y Comercial. Artículo 1122. Inciso b): “[...] las cláusulas abusivas se tienen por no convenidas [...]”.

<sup>53</sup> Resolución N° 906/1998 de la Secretaría de Industria, Comercio y Minería de la Nación (BO: 07/01/1999). ARTÍCULO 1: “Los contratos escritos de consumo; los textos incluidos en documentos que extiendan los proveedores, por los que se generen derechos y obligaciones para las partes y/o terceros, en los términos de la Ley N° 24.240, y las informaciones que por imperativo legal brinden por escrito los proveedores a los consumidores, deberán instrumentarse en idioma nacional y con caracteres tipográficos no inferiores a UNO CON OCHO DÉCIMOS (1,8) de milímetros de altura.”

ARTÍCULO 3: “Cuando determinados textos, informaciones o cláusulas, por imperativo legal, deban incluirse en forma destacada, notoria, ostensible o similar, deberán consignarse en negrita, con caracteres tipográficos equivalentes, como mínimo, a una vez y media el tamaño de los utilizados en el cuerpo o texto general del documento.”

<sup>54</sup> DECRETO N° 1798/1994. ARTÍCULO 38: “La Autoridad de Aplicación notificará al proveedor que haya incluido cláusulas de las previstas en el Artículo 37 que las mismas se tienen por no convenidas y lo emplazará a notificar tal circunstancia al consumidor de manera fehaciente y en el término que dicha autoridad le fije. En caso de incumplimiento será pasible de las sanciones previstas por el Artículo 47 de la Ley N° 24.240.”

<sup>55</sup> Ver más en la sección 4, del capítulo 2.

Con lo anterior, la Ley de Defensa del Consumidor es un instrumento legal que da cuenta de que existe un desbalance entre consumidores profanos y proveedores profesionales. Al mismo tiempo, no resulta una herramienta agresiva, porque no limita la libertad de elección y es sensible al eje de nuestro sistema jurídico, la autonomía de la voluntad. Solo si todo lo demás falló y cuando el consumidor solicite asistencia por considerar que eligió erróneamente, se garantiza al sistema judicial como red de contención.

De acuerdo a lo desarrollado, el sistema argentino de protección al consumidor no podría definirse bajo ninguna categoría estanca y habría que decir que es mixto. La previsión de este entramado de intervenciones es conveniente porque combina esfuerzos para, de manera conjunta, atacar un problema complejo. En simultáneo, se previene de la flexibilidad de los proveedores para adaptarse a las nuevas exigencias estatales, para poder seguir manipulando en el mercado (Bar-Gill 2014; Akerlof y Shiller 2016).

Esta mixtura de herramientas es patente cuando observamos que se eligió la sanción de un microsistema de reglas particular para regir las relaciones de consumo, como satélite a la regulación general de los contratos que está receptada en el Código Civil y Comercial. Además, se combinó con la asignación de competencia a autoridades administrativas y con un rol tuitivo específico a jueces y a asociaciones de consumidores. Igualmente, a nivel procesal, se estableció el mecanismo de acciones incidencia colectiva y el beneficio de justicia gratuita.<sup>56</sup>

#### 4. LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR: RAZONES PARA UNA REGULACIÓN ESPECÍFICA

Como se viene desarrollando, la Ley de Defensa del Consumidor existe porque hay acuerdo en que es el Estado quien debe intervenir para atenuar la vulnerabilidad del consumidor y la

---

<sup>56</sup> LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR. ARTÍCULO 53: “[...] Las actuaciones judiciales que se inicien de conformidad con la presente ley en razón de un derecho o interés individual gozarán del beneficio de justicia gratuita. La parte demandada podrá acreditar la solvencia del consumidor mediante incidente, en cuyo caso cesará el beneficio.”

LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR. ARTÍCULO 54: “Acciones de incidencia colectiva. Para arribar a un acuerdo conciliatorio o transacción, deberá correrse vista previa al Ministerio Público Fiscal, salvo que éste sea el propio actor de la acción de incidencia colectiva, con el objeto de que se expida respecto de la adecuada consideración de los intereses de los consumidores o usuarios afectados. La homologación requerirá de auto fundado. El acuerdo deberá dejar a salvo la posibilidad de que los consumidores o usuarios individuales que así lo deseen puedan apartarse de la solución general adoptada para el caso. [...]”

creciente sofisticación de los jugadores del mercado. Pero, ¿qué debate implícito hay en la existencia de una regulación específica para las relaciones de consumo? Evidentemente, existen componentes que ameritan que la rijan otras normas distintas de las que rigen a los demás contratos comerciales. Si bien el *Behavioral Law and Economics* provee respuestas en ese sentido, primero se debe entender la fisonomía de nuestro derecho privado.

En el Código Civil y Comercial, la regulación general de los contratos comerciales asume una igualdad abstracta que, como se explicó a lo largo de este trabajo, no se condice con la desigualdad patente que hay una relación de consumo. Como indica Radin (2017), la teoría clásica de los contratos no encaja con las modernas prácticas de contratación que enfrenta un consumidor en el mercado. Así, en tanto no fue concebida para dar cuenta de la dinámica de sesgos cognitivos, heurísticas, atajos mentales, Sistema 1 y equilibrio manipulativo que se produce en el mercado.

Nuestro derecho privado ofrece institutos para resolver casos puntuales de injustos por desigualdad, siempre con la intervención de un juez y asumiendo que son contadas excepciones a una regulación que funciona bien en la mayoría de los casos.<sup>57</sup> Sin embargo, en un contrato de consumo, de manera sostenida e invariable, hay una parte profana y otra experta. Por eso, estas herramientas nunca podrían dar respuesta adecuada ni resolver la circunstancia de que el consumidor es constitutivamente un agente imperfectamente racional. De ahí la necesidad de un estatuto particular del consumidor.

En otras palabras, que los contratos de consumo se llamen *contratos* no quiere decir que deban aplicarle las reglas de los contratos en general (Kressler 1943). Ante el Código Civil y Comercial como única herramienta que no lograba capturar adecuadamente las características de una relación de consumo y no ofrecía válvula de escape, surgió la necesidad de sancionar la Ley de Defensa del Consumidor.

## 5. CONSENTIMIENTO

La manera en que el *Behavioral Law and Economics* expone cómo las personas pensamos y entendemos la realidad permite algunas reflexiones. Entre otras, repensar qué tanto

---

<sup>57</sup> Por ejemplo, lo previsto para el abuso del derecho (art. 10 CCC), la lesión (art. 332 CCC) y el fraude (art. 338 CCC y ss.).

consentimiento existe en las relaciones de consumo, en las que se identifica un consumidor profano, víctima de sus sesgos cognitivos, quien se enfrenta a grandes corporaciones que cuentan con el *expertise* y el *know-how* sobre cómo explotar sus debilidades. En una decisión de mercado tomada en un escenario como el descripto, ¿qué tanto consentimiento podría haber?

Los típicos contratos de consumo son los contratos de adhesión, en los que la libertad de contratar está reducida a optar por adherirse o no hacerlo, ya que el consumidor no interviene en la fijación de su contenido. Allí, hay menos autonomía de la voluntad y una modalidad singular de prestar consentimiento (Lorenzetti *et al* 2012). A cuestiones como el consentimiento de una decisión de mercado, otras disciplinas –como la psicología– son mucho más sensibles; por su parte, el derecho todavía no ha demostrado que es capaz de dar cuenta de este fenómeno.

Con preocupación, Radin (2017) advierte cómo las teorías generales de los contratos se han “estirado” para dar cuenta de problemáticas distintas a las que originalmente motivaron la regulación. Esta misma operación ha ocurrido con el concepto de consentimiento, que se ha estirado para dar cuenta de fenómenos para los que no fue previsto. Actualmente, la regulación no da cuenta de los matices del consentimiento que se ven, en general, en las relaciones de consumo y, especialmente, en los casos que importan adicción.

Un ejemplo paradigmático de cómo el *Behavioral Law and Economics* enriquece el análisis jurídico son los casos de fumadores versus tabacaleras. En nuestro país, existieron tres casos jurisprudenciales emblemáticos que demuestran el absurdo al que nos pueden llevar nociones estancas, como la de consentimiento, cuando no se condicen con la realidad del ser consumidor, particularmente, cuando hay una adicción de por medio.<sup>58</sup>

El objetivo del *Behavioral Law and Economics* es lograr un entendimiento humano más realista, para diseñar normas que interactúen mejor con los procesos cognitivos que intervienen en nuestra toma de decisiones (Rachlinski 2011). Detrás de esta propuesta, hay

---

<sup>58</sup> Ver más en Corte Suprema de Justicia de la Nación, "M. de G., A. M. y otros c/ E.N. y M. P. S.A. s/ daños y perjuicios", Fallos: 338:942 (29/09/2015); Juzgado en lo Civil y Comercial N° 14 de Mar del Plata, "L.H.C. c/ M.P. S.A. s/ daños y perjuicios por del. y cuasid. Sin uso autom. (sin resp. est.)", Exp. N° 6427, 05/08/2016; y Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala I, "L., H. C. c/ M.P. S.A. s/ daños y perjuicios por delito y cuasidelito sin uso autom. (sin resp. est.)", 30/10/2017.

algo más profundo. Por años, los proveedores profesionales de bienes y servicios han utilizado investigaciones de la disciplina para refinar sus técnicas de venta y esquemas de precio. La propuesta es que el regulador pueda, también, dar cuenta de esos *insights* e integrarlos en la creación de política pública (Atamer 2017).

Las grandes corporaciones tienen un comportamiento dual respecto de la psicología del consumidor. Puertas para afuera, afirman que es racional y que toma sus decisiones voluntariamente. Pero este razonamiento es hipócrita: las corporaciones nos conocen más que nosotros mismos y son tan eficaces en esta empresa que ni siquiera somos conscientes de ello. Como explican Akerlof y Shiller, “[d]ejamos de apreciar cuantos esfuerzos y pericia se emplearon en comprender nuestros momentos de debilidad y en desarrollar una estrategia para aprovecharse de ellos” (2016, 39).

El derecho toma simples actos y les da un efecto jurídico. El problema es que hay institutos estancos, como el consentimiento, que no logran dar cuenta de la realidad de las decisiones de consumo. Como se estiró y manipuló la teoría general de los contratos para que den cuenta de fenómenos de la vida contemporánea (Radín 2017), hoy se estira y manipula el concepto general de consentimiento.

## 6. INFORMACIÓN

La asimetría de información es una falla de mercado clásica, con la que los consumidores lidian distinto según actúen como agentes perfecta o imperfectamente racionales (Bar-Gill 2014). En consecuencia, según si el consumidor actúa como un *homo economicus* o si se desvía de la teoría del comportamiento racional, el regulador puede tomar distintas medidas para disminuir la falta de información y balancear la asimetría informacional que caracteriza a la relación de consumo.

En una situación de desequilibrio, donde hay una brecha informativa, el Estado debe intervenir para resolver esa situación que genera inequidad, con medidas activas que doten al consumidor de conocimiento y herramientas (Wajntraub 2014). Es necesaria la intervención estatal ya que los proveedores profesionales no tienen real incentivo para proveer información por sí solos. Por otra parte, es razonable que sean los proveedores los

sujetos pasivos de la obligación ya que son quienes están en mejor posición para producirla a menor costo.

La teoría económica del comportamiento permite la información imperfecta y prevé una solución. Ante este problema, asumiendo un agente perfectamente racional, el entendimiento histórico del *Law and Economics* es presumir que el consumidor no se informa, simplemente, porque es muy costoso hacerlo. Así, el regulador mitiga esta falla si interviene en el mercado para reducir los costos de acceso y acercar la máxima cantidad de información posible al consumidor. Esta operatoria es la que recepta nuestra regulación actual, que consagra un deber de información amplio (Art. 4 LDC; Art. 1100 CCC).

En otras palabras, el *target* del artículo 4 de la Ley de Defensa del Consumidor es un agente perfectamente racional. Allí se detecta una primera inconsistencia. Si el legislador creó un microsistema de reglas para regir las relaciones de consumo y si previó un régimen de cláusulas abusivas, es porque entiende que el consumidor no se comporta como la teoría del comportamiento racional predice. Es una fisura de nuestra regulación, que para distintos institutos asume distintos consumidores. ¿Cuál es la lógica? Que inevitablemente en algún momento hay que asumir la racionalidad del agente, que es el *default* de nuestro sistema.

En nuestra regulación, el deber de información se encuentra consagrado de manera amplia. Tal como la obligación está delineada, se insinúa implícitamente un paradigma en el que parece que cuanto más información se acerque al consumidor, mejor. El paradigma descrito previamente pierde utilidad y vigencia si el consumidor que se asume es un agente imperfectamente racional. El *Behavioral Law and Economics* ilumina sobre cómo el consumidor, por más que se le acerque información, tiene muchas dificultades para procesarla.

Las estrategias de *full disclosure* han probado ser poco eficientes (Ayres y Schwartz 2014). El consumidor imperfectamente racional no es consciente de su ignorancia ni de que está mal informado; confía en sus herramientas cognitivas. Además, los consumidores tienen limitadas capacidades de atención, memoria y de procesamiento: esto no se mitiga o resuelve dando más información. No sorprende que la evidencia demuestre que, a pesar del

axioma clásico, en la práctica, los consumidores no leen los contratos que firman (Ayes y Schwartz 2014).

En este aspecto, nuestro sistema es perfectible. Parece más acertada una aproximación adaptada de *smart* o *simple disclosure* (Atamer 2017; Bar-Gill 2014). En este *approach*, el legislador ya no debiera esforzarse por facilitar el acceso a la información o reducir los costos de obtener y entender los términos y condiciones de un contrato. Lo que importa es el cómo, la manera en que la información se acerca al consumidor, para que tome mejores decisiones.

El *smart disclosure* es una estrategia que requiere excluir algo de información, pero hacerlo así es necesario para que sea útil para la mayoría de los consumidores. La idea es dar toda la información posible, teniendo como límite que debe ser lo suficientemente simple y reducida como para que los consumidores puedan leerla, comprenderla y actuar en consecuencia (Bar-Gill 2014). Es que no son los costos de obtener información la causal de que el consumidor no lea ni se informe, sino sus limitadas capacidades cognitivas.

El consumidor tiende a lidiar con lo complicado simplemente ignorándolo o negándolo (Bar-Gill 2014). Por eso, incrementar la cantidad de información a la que accede el consumidor no garantiza que su toma de decisión mejore. Como explica Radin, “[l]a capacidad de las personas para prestar atención a cualquier texto dentro de la inundación constante se ha ido desintegrando” (2017, 1).<sup>59</sup> Además, la excesiva información no dispara ningún tipo de efecto aprendizaje, porque el consumidor no aprehende esa información, directamente la ignora (Atamer 2017).

En comparación con los mecanismos de divulgación absoluta, si el deber de información fuese más acotado, se incrementarían las posibilidades de que el consumidor la capture y la absorba. Los sesgos cognitivos y los lógicos problemas que se enfrentan al procesar tanta información implican que la medida sea contraproducente. Además, como beneficio, si el *smart disclosure* fuera receptado por nuestra regulación, se eliminarían las fisuras e inconsistencias, ya que implícito se encuentra un consumidor imperfectamente racional.

---

<sup>59</sup> La traducción es propia. En el original, “[p]eople’s ability to separate for attention any one text from the constant flood has been disintegrating” (Radin 2017, 1).

Lo anterior sirve para entender que la utilidad de la información depende de cómo se la presente y de cuál sea la audiencia a la que está dirigida. Existe un riesgo de saturar de información al consumidor, por eso es valioso que exista un deber de divulgación sobre ciertos límites dados, de modo de que no sea contraproducente. Puesto que el deber de información es la manera de que el consentimiento, como elemento esencial del contrato, permanezca relativamente a salvo (Chamatrópulos 2016)

En otras palabras, el deber de información busca equilibrar o mitigar el desequilibrio informacional que existe de origen en la transacción de consumo. El objetivo último es que el consumidor tenga igualdad de armas y herramientas a la hora de elegir. Se espera generar un contexto que favorezca una decisión racional y juiciosa.<sup>60</sup> De todos modos, es probable que un consumidor informado sea una utopía, pero, aspiracionalmente, es un meta-objetivo digno de política pública.

## 7. CONTRATOS DE ADHESIÓN

Los contratos de adhesión son aquellos celebrados por adhesión a cláusulas generales predisuestas. Como dice Bar-Gill (2014), los contratos de adhesión se ofrecen en el mercado en una lógica de tómalo o déjalo: no hay prácticamente lugar para la negociación de su contenido. En estos contratos, el vendedor impone sus reglas. La libertad de contratar del consumidor está reducida a optar por adherirse o no hacerlo, ya que no puede intervenir en la fijación del contenido de los términos contractuales.

Si solo se puede aceptar o no contratar, hay menos autonomía de la voluntad y menos consentimiento. En cualquier caso, este tipo de contratos son una herramienta útil y efectiva. Sin embargo, como es evidente, alteran el sinalagma propio de los contratos clásicos. Aquí no hay dos partes que armónicamente negocian y realizan concesiones hasta lograr un acuerdo. Por el contrario, aquí se identifica un predisponente quien, unilateralmente, redacta las condiciones a su mejor conveniencia para ofrecer un contrato estándar de manera masiva. El consumidor solo puede aceptar lo propuesto o decidir no consumir.

---

<sup>60</sup> Incluso si el objetivo no se cumpliera, la obligación de información sirve, entre otras cosas, para facilitar la producción de prueba a la hora de interponer una acción judicial.

En suma, en muchos sentidos, el consumidor padece el mercado y su dinámica. Cuando hay asimetría o debilidad, la libertad de elegir contratar o no, parece ser más formal que real. En palabras de Kressler (1943), habrá libertad para contratar pero no se garantiza esa libertad con la misma extensión a todos los miembros de la sociedad. Es importante que el derecho y el Estado intervengan para evitar que esa libertad sea un privilegio para solo una parte (Kressler 1943).

En una sociedad de consumo masivo no hay nada más razonable que los contratos de adhesión con condiciones de contratación estandarizadas. La despersonalización de las condiciones de comercialización tiene una lógica (Barocelli 2016). Su primaria razón de ser es el abaratamiento de costos de transacción para el proveedor, quien de otro modo debería negociar cada vez, con cada posible consumidor, los términos de venta. Colateralmente, también es un abaratamiento de costos para el consumidor quien se ahorra el tiempo y el dinero necesarios para adquirir la sofisticación requerida para poder negociar un contrato con un proveedor profesional de bienes y servicios.

Cuando se enfrenta con un contrato de adhesión, generalmente, el consumidor suele no leerlo, ya que el exceso de información compleja le provoca rechazo. Esta tendencia se acentúa por la falta de incentivos que produce saber que, aun comprendiendo los términos que acepta, nunca podrá cambiarlos. Además, incluso si lograra entender que los términos lo perjudican, las emociones, la ansiedad, las percepciones y el sobreoptimismo jugarán su rol. Con lo cual, es probable que igualmente termine contratando, siendo víctima de la inercia o el *statu quo*.

Esta dinámica que provocan los contratos de adhesión acentúa el desequilibrio de la relación de consumo. Existen muchas discusiones sobre si los reguladores y las cortes debieran intervenir en los contratos de adhesión para poder evitar que los productores y proveedores se aprovechen de los sesgos de los consumidores y de su superior posición de negociación. Para mitigar esta situación, es que se reclama la intervención del Estado, a los efectos de devolver el equilibrio a la relación proveedor-consumidor. Es así que nace el régimen de cláusulas abusivas.

## 8. CLÁUSULAS ABUSIVAS

En un contrato de adhesión, el proveedor es la parte predisponente y, como tal, redacta unilateralmente los términos y condiciones de contratación. Por los distintos niveles de sofisticación, de información y de poder de negociación que tienen respecto de los consumidores, los proveedores redactan el contrato a su favor. Por eso, se coloca en cabeza del Estado la obligación de vigilar y controlar el contenido del contrato (Chamatrópulos 2016). Como consecuencia, surge el régimen de cláusulas abusivas.

Cuando se regula un régimen de cláusulas abusivas existen dos opciones: una posibilidad es brindar un listado de cláusulas nulas de pleno derecho, y otra es brindar pautas generales para su identificación (Lorenzetti *et al* 2012). Un listado cerrado tiene como ventaja la claridad y la certeza jurídica, so riesgo de perder actualidad pronto y de resignar especificidad, debido a que lo abusivo de un término contractual depende del mercado que se trate. Por caso, no es lo mismo un contrato de seguro que la garantía de un electrodoméstico.

La posibilidad de un listado taxativo o de pautas amplias también depende del instrumento normativo en que se plasme. Una resolución o un decreto son fácilmente modificables para la Administración, en comparación con un Código o una ley. Esto importa porque el proveedor siempre se adapta y perfecciona sus técnicas para explotar los sesgos del consumidor. En ese sentido, el regulador argentino saca provecho de ambas herramientas, con una enumeración de cláusulas abusivas en una resolución y la enunciación de pautas generales en la ley especial y en el Código Civil y Comercial.<sup>61</sup>

Cabe destacar el hecho de que se permita declarar abusiva una cláusula que ha sido negociada individualmente con el consumidor. Desde lo conceptual, esto refleja muchísimo sobre el consentimiento –o la falta de él– que hay en las decisiones de consumo. Como explica Chamatrópulos (2016), incluso aunque las partes pudieran “negociar”, la asimetría entre proveedor y consumidor está presente y no desaparece.

---

<sup>61</sup> Artículo 37 de la Ley de Defensa del Consumidor, artículo 988 del Código Civil y Comercial y Resolución N° 53/2003 de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor (BO: 24/04/2003). Ver más en el capítulo III de este trabajo.

El régimen de cláusulas abusivas es en sí mismo útil ya que evita que el juez deba recurrir a institutos satelitales y no específicos para restablecer el equilibrio a la relación consumidor-proveedor (Wajntraub 2014; Chamatrópulos 2016). Como desventaja, es cierto que el grueso de la intervención estatal ocurre una vez que el daño al consumidor ya fue producido. Sumado a que un proceso judicial toma tiempo y solo tiene efectos relativos.

## 9. EXCLUSIÓN DEL CONTROL JUDICIAL DEL PRECIO

Como se explicó anteriormente, nuestro sistema de protección al consumidor consagra un régimen de cláusulas abusivas que asigna un importante rol tuitivo a la estructura judicial. De acuerdo a lo expuesto, la existencia de un régimen como el que tenemos parece reconocer que el consumidor no tiene real poder de negociación a la hora de establecer los términos de un contrato. Si en el ámbito del consumo hubiera verdaderamente un contrato en el sentido real de la palabra, en el que las partes acuerdan y se hacen concesiones, no habría necesidad de un instituto como el régimen de cláusulas abusivas.

Con ese entendimiento, parece una contradicción que nuestro sistema prohíba al juez declarar como abusivas las cláusulas de un contrato de consumo referidas al precio. En esa excepción prevista por el legislador, hay un apoyo ciego a la lógica de mercado, lógica a la que no se adhiere cuando, en primer lugar, se establece un sistema de cláusulas abusivas. Si el mercado verdaderamente funcionara tan bien como para que producto de la oferta y demanda se llegase a un precio justo, lo mismo aplicaría a los demás términos del contrato.

El excluir del control judicial al precio tiene su lógica. El precio es un elemento esencial del contrato y como tal, podría ser acertado que en ciertos casos sea intocable para el juez. Ahora bien, lo problemático del sistema actual es que no hay válvula de escape. En particular, para aquellos casos en los que el precio está escondido, oculto o se informa de manera de confusa (por ejemplo, de manera particionada).

En primer orden, si el precio nunca podrá ser controlado por un juez, significa que su fijación resultará de la propia dinámica de mercado. Además de esta confianza en el mercado, existen razones de practicidad para que el juez no pueda controlar el precio. A saber, el hecho de que las sentencias judiciales tienen efectos relativos entre las partes y

Argentina no recepta la regla de la obligatoriedad del precedente, por lo que las sentencias no son suficientes para crear una norma *erga omnes* (Atamer 2017).

Aun si la confianza en el mercado no es ciega, puede ser que más que un juez, una agencia dedicada al propósito del control de los mercados sea más eficiente. Los controles serían indirectos, y no directos como un control judicial sobre el precio. Sin embargo, en un mercado como el argentino, con presencia de conductas anticompetitivas, la previsión legislativa tiene como único resultado la desprotección de los consumidores.

Es cierto que la regulación de los mercados concierne más al Derecho de la Competencia que al Derecho del Consumidor (Chamatrópulos 2016). Las normas de Defensa de la Competencia son un gran instrumento para la protección del consumidor, por lo que no es extraña la previsión legislativa, que tácitamente espera un esfuerzo coordinado para lograr mercados competitivos y decisiones de mercado libres (Chamatrópulos 2016).

La regulación actual podría ser sensata en un contexto de mercados competitivos. En la situación actual de nuestro país, donde la oficina de Defensa de la Competencia todavía se encuentra en desarrollo y donde los mercados son predominantemente monopólicos, la regulación debe ser criticada. Para ser efectiva, debiera darse en un marco de mercado completamente diferente del que tenemos desde que la ley fuera sancionada. No se condice con la realidad y da como resultado que los consumidores estén desprotegidos.

## 10. EL CONSUMIDOR HIPERVULNERABLE

De acuerdo a lo desarrollado hasta ahora, los consumidores son un grupo social vulnerable por el simple hecho de estar en una sociedad de consumo. Originalmente, el *Law and Economics* permitió dar cuenta de esta vulnerabilidad en cuanto a la falta de información que sufre el consumidor. Ahora, el *Behavioral Law and Economics* ilumina sobre el diverso poder de negociación que tiene el consumidor por actuar sistemáticamente de manera imperfectamente racional, debido a ser víctima de heurísticas y sesgos cognitivos, es decir, de su preponderante Sistema 1.

Consensuada la existencia de esta vulnerabilidad genérica que se sufre por la sola circunstancia de ser consumidor, hay matices que permiten un análisis más profundo. Los

consumidores no son un grupo homogéneo y uniforme. La diversidad y heterogeneidad atraviesa al colectivo de los consumidores, quienes no comparten ni las mismas características ni las mismas habilidades ni la misma posición económica. De esa manera, dentro de esta categoría, puede distinguirse al subgrupo que conforman los consumidores hipervulnerables.

Los consumidores hipervulnerables se distinguen por exhibir mayores niveles de vulnerabilidad (Frustagli 2016). Son aquellos consumidores que sufren una debilidad agravada por condiciones particulares como su edad, su capacidad física, su nivel de formación, su ubicación geográfica, su poder económico o realidad sociocultural, entre otros (Frustagli 2016; Barocelli 2016). De esa manera, en los consumidores hipervulnerables, tenemos una doble debilidad: la estándar que se sufre por ser consumidor y la que se agrega por rasgos individuales de un consumidor particular (Sisterna 2015).

Dada la originaria posición de debilidad que tiene todo consumidor en el mercado, la noción de *consumidor hipervulnerable* pretende enfocar en los casos en que esa fragilidad se agrava por características propias del consumidor o por la situación en la que se encuentra. Este concepto busca problematizar el entendimiento actual de que la desigualdad que sufre un consumidor en una relación de consumo es siempre semejante. Es decir, si un consumidor sufre de sesgos cognitivos, debemos imaginar cómo esos sesgos se acentúan si el nivel de formación es bajo o si se es niño o si se es adicto.

La noción de hipervulnerabilidad apunta a subgrupos no visibilizados dentro del colectivo macro de consumidores (Frustagli 2016; Sisterna 2015). Admitir que existen gradaciones de debilidad que afectan distinto cada consumidor, permite, a su vez, repensar la protección que el Estado proporciona al colectivo. De esa manera, habilita a la reflexión en torno a si no debiera haber para estos consumidores una protección especial y distinta de la genérica. Si hay distintos niveles de desigualdad, hay distintos modos en que el Estado puede intervenir para proteger a los consumidores, acorde a esa diversidad.

La propuesta de que el regulador no proteja de modo uniforme a todos los consumidores, sino que distinga, tiene mucho más sentido cuando observamos cómo los proveedores profesionales de bienes y servicios tratan a los consumidores. Si los jugadores sofisticados

del mercado llevan años no tratando a los consumidores como unidad, sino segmentando sus estrategias por nichos según edad, sexo, religión, nivel de formación y demás, ¿por qué no puede el Estado replicar esta segmentación?

Así, parece razonable que la protección se distinga y que se refuercen las herramientas tuitivas cuando una categoría dentro del colectivo macro reclama que el Estado potencie sus mecanismos protectorios. De otro modo, la aplicación indiferenciada de institutos tuitivos generales puede producir infraprotección (Frustagli 2016). Si existe una fragilidad agravada respecto de la estándar, el regulador puede dar cuenta de esta diferencia brindando una protección más o menos acentuada según el caso.

Al mismo tiempo, atender a las necesidades de un sector del colectivo produce fisuras en el mercado y puede perjudicar a otros consumidores. La protección especial al consumidor hipervulnerable pondría en cuestionamiento a la intervención estatal, que afecta también a consumidores sofisticados y experimentados que sí saben tomar decisiones. Un mismo *deal* puede ser muy bueno para unos consumidores –los sofisticados–, bueno para otros –la mayoría– y malo para los demás –los hipervulnerables–. Atender a las necesidades de unos, implicará dejar de lado y postergar las de los demás.

El reconocimiento de esta vulnerabilidad es una conquista pendiente. La noción de consumidor hipervulnerable no se encuentra expresamente consagrada en nuestro sistema, pero si ha sido recuperada por la doctrina y la jurisprudencia (Barocelli 2016).<sup>62</sup> Por ejemplo, hay un precedente en el que un juez de 1° Instancia introduce el concepto de *subconsumidor*, asimilable a la noción de consumidor hipervulnerable, para referir al consentimiento o la falta de él que hay en un fumador.<sup>63</sup>

## V. CONCLUSIÓN

Aunque puede identificarse su uso desde comienzos del siglo XX, la influencia de la psicología en el derecho solo tomó un rol protagonista hace poco más de veinte años. Desde

---

<sup>62</sup> Barocelli (2016) y Frustagli (2016) sugieren que podría estar receptada en el artículo 60 de la LDC, cuando se refiere a “aquellos consumidores y usuarios que se encuentren en situación desventajosa

<sup>63</sup> En ese sentido, ver: Juzgado en lo Civil y Comercial N° 14 de Mar del Plata, “L.H.C. c/ M.P. S.A. s/ daños y perjuicios por del. y cuasid. Sin uso autom. (sin resp. est.)”, Exp. N° 6427, 05/08/2016.

1998 a esta parte, con el lanzamiento oficial del *Behavioral Law and Economics*, ciertos elementos sobre el análisis del comportamiento y la toma de decisiones se vienen utilizando para enriquecer el entendimiento de distintos institutos jurídicos y conceptos legales.

La incorporación de descubrimientos empíricos acerca del comportamiento humano a modelos jurídico-económicos ha transformado la forma en que pensamos la regulación y sus consecuencias. Hoy, el *Behavioral Law and Economics* está influenciando un número significativo de iniciativas regulatorias en el mundo, como en Estados Unidos, en Reino Unido y en Australia.<sup>64</sup> Ahora, ¿qué tiene para decir sobre la regulación argentina?

Dado el estado de la cuestión local, la incorporación del *Behavioral Law and Economics* como una variable de análisis enriqueció el entendimiento de la normativa local. Así, habilitó nuevas lecturas y concedió un escenario propicio para reinterpretar el rol del consumidor y repensar las dinámicas de contratos de adhesión, el régimen de cláusulas abusivas y el deber de información. A la vez, arrojó una nueva mirada sobre el papel del regulador, del legislador y de los tribunales en la protección al consumidor argentino.

En nuestro país, la discusión sobre protección del consumidor muestra poca familiaridad con conceptos que son elementales para el movimiento, como racionalidad limitada, heurísticas, sesgos cognitivos, equilibrio manipulativo, entre tantos otros. La mirada local no es integral como la del *Behavioral Law and Economics*, que no solo se nutre del aporte de abogados sino también de economistas, psicólogos y sociólogos, lo que da como resultado textos que no versan únicamente sobre lo jurídico.

El área de estudio del *Behavioral Law and Economics* es novedosa para el debate local. Su incorporación sirvió para comprender de manera más acabada el sistema que tenemos y brindó una guía sobre cómo podemos mejorarlo. Asimismo, fue posible visibilizar discusiones implícitas en nuestra regulación y exponerlas a la luz del *Behavioral Law and Economics*, verificando que la Ley de Defensa del Consumidor captura y da cuenta de muchas de las inquietudes de la disciplina.

---

<sup>64</sup> Ver más sobre el *Behavioral Insights Team* de Reino Unido en <https://www.behaviouralinsights.co.uk/>, sobre la *Behavioral Insights Unit* de Australia en <https://bi.dpc.nsw.gov.au/> y el *Social and Behavioral Sciences Team* de Estados Unidos en <https://sbst.gov/>.

El microsistema de consumo argentino nació ante unas pocas herramientas del derecho civil que no podían dar respuestas apropiadas. Ante una auténtica necesidad social, debieron procurarse soluciones adecuadas a un problema estructural, y no meramente coyuntural. Por eso, se generó una regulación especial como satélite al Código Civil y Comercial, para dar respuesta a los problemas que se enfrentan en las dinámicas de contratación modernas, a las que tampoco podía dar respuesta el mercado por sí mismo.

El bagaje de perspectivas de análisis multidisciplinarias que trae consigo el *Behavioral Law and Economics* a la discusión argentina permite comprender que la Ley de Defensa del Consumidor era muy original e innovadora para la época en que fue sancionada. Aunque esta corriente de investigación no existía como tal al momento de su sanción, nuestra ley consagra implícitamente muchas de las propuestas del *Behavioral Law and Economics* y se hace cargo de muchos de los interrogantes que esta disciplina plantea.

Nuestra regulación no termina de definir cuál es su postura en cuanto al comportamiento del consumidor y al lugar que le asigna. Existe espacio para pensar que el legislador entiende que los consumidores son imperfectamente racionales, por la existencia misma de la ley y por la protección que brinda con el régimen de cláusulas abusivas. Al mismo tiempo, parece que el regulador ve al consumidor como un agente perfectamente racional, por la obligación de *full disclosure* que impone con el deber de información.

Sobre esta inconsistencia hay que decir que el hecho de que el *default* normativo sea la racionalidad es armónico con la autonomía de la voluntad, como pilar de nuestro sistema. Que el *default* sea asumir siempre un agente imperfectamente racional, sería un cambio elemental demasiado disruptivo. En cualquier caso, que exista la Ley de Defensa del Consumidor es el reconocimiento del legislador de que los problemas que el consumidor enfrenta en el mercado no pueden resolverse satisfactoriamente con las normas generales de los contratos y que, además, esos problemas tampoco los puede resolver el mercado.

Principalmente, el *Behavioral Law and Economics* permitió una mirada más honesta y menos hipócrita del mercado. Que el consumidor es débil con respecto al productor, no solo en cuanto a información o conocimiento técnico, sino también en cuanto a la diversa capacidad en la toma de decisiones y de entendimiento. Asimismo, facilitó un

sinceramiento sobre cómo los sesgos cognitivos exponen a los consumidores y cómo los proveedores necesitan explotar y abusar de esas limitaciones cognitivas para ser rentables y generar utilidades.

Dado un consenso académico de que los consumidores tienen limitadas capacidades cognitivas, el Estado puede tomar un rol de educador, asumiendo la manda constitucional del artículo 42, y trabajando en empoderar y en dotar de herramientas al consumidor. De esa manera, la Ley de Defensa del Consumidor no solo será una norma jurídica sino, también, una herramienta de transformación cultural, que haga a la formación del consumidor y que lo empodere. Así, siguiendo a la Constitución, la protección no será solo económica, sino también social.

Seguirán siendo importantes los reclamos de consumidores individuales, de asociaciones de consumidores, y la difusión de la regulación de manera amigable y accesible a los consumidores. Solo así se alcanzará la verdadera soberanía del consumidor. Será esa la única manera de lograr un consumidor empoderado: consciente tanto de sus debilidades como de que hay otros dispuestos a aprovecharse de ellas —o que, más bien, necesitan hacerlo para ser competitivos en el mercado—.

La única manera de lograr esta meta es que el regulador tome un papel principal, de modo de conciliar los intereses del mercado con los de los consumidores. En lo que importa, la discusión no debería darse en los extremos: hay matices y gradaciones, no es intervención absoluta o nula. El libre mercado no siempre lleva a resultados favorables y, por eso, el Estado debe intervenir, aunque no de manera irrestricta. Nuestra Ley de Defensa del Consumidor es buen reflejo de ese saludable equilibrio.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

Akerlof, George A. y Robert J. Shiller. 2016. *La economía de la manipulación: cómo caemos como incautos en las trampas del mercado*. Traducido por Gustavo Teruel. Buenos Aires: Paidós.

Atamer, Yeşim A. 2017. “Why Judicial Control of Price Terms in Consumer Contracts Might Not Always Be The Right Answer – Insights From Behavioural Law and Economics”. *The Modern Law Review*, Vol. 80, N° 4 (Julio de 2017): 624-660.

Ayres, Ian. 2015. “Regulating for Rationality”. *Stanford Law Review*, Vol. 67 (Junio de 2015): 1373-1410.

Ayres, Ian y Alan Schwartz. 2014. “The No-Reading Problem in Consumer Contract Law”. *Stanford Law Review*, Vol. 66 (Marzo de 2014): 545-609.

Bar-Gill, Oren. 2014. “Consumer Transactions”. En *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*, editado por Eyal Zamir y Doron Teichman. Oxford: Oxford University Press.

Barocelli, Sebastián (Cdor). 2016. “Proyecto de Interés Institucional (PII 502) - Impactos del Nuevo Código Civil y Comercial en el Derecho del Consumidor. Diálogos y perspectivas a la luz de sus principios”. Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Disponible en: <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2016/11/Doctrina2484.pdf>

Chamatrópulos, Demetrio Alejandro. 2016. “Artículo 4”, “Artículo 37” y “Artículo 38”. En *Estatuto del Consumidor Comentado*. La Ley: Buenos Aires.

Ferrer de Fernández, Esther H. S. 2014. “El artículo 42 de la Constitución Nacional veinte años después y a propósito de la reciente sanción del Código Civil y Comercial”. *La Ley*. Cita Online: AP/DOC/1541/2014.

Frustagli, Sandra A. 2016. “La tutela del consumidor hipervulnerable en el derecho argentino”. *Revista de Derecho del Consumidor*, N° 1 (Noviembre de 2016). IJ-CCLI-396.

Gelli, María Angélica. 2011. “Artículo 42”. En *Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada*. Tomo I. 4° Ed. Buenos Aires: La Ley.

Hanson, Jon D. y Douglas A. Kysar. 2001. “The Joint Failure of Economic Theory and Legal Regulation”. En *Smoking: Risk, Perception & Policy*, editado por Paul Slovic. Sage Publications: California.

Hoffman, David A. 2017. “Relational Contracts of Adhesion”. *University of Penn Law School*, Public Law Research Paper No. 17-37. (Forthcoming).

Jolls, Christine, Cass R. Sunstein y Richard Thaler. 1998. “A Behavioral Approach to Law and Economics”. *Stanford Law Review*, Vol. 50 (Mayo de 1998): 1471-1550.

Kahneman, Daniel. 2012. *Pensar rápido, pensar despacio*. Traducido por Joaquín Chamorro Mielke. Buenos Aires: Debate.

Kressler, Friedrich. 1943. “Contracts of Adhesion: Some Thoughts About Freedom of Contract”. *Columbia Law Review*, Vol. 43 (1943): 629-642.

Korobkin, Russell B. y Thomas S. Ulen. 2000. “Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics”. *California Law Review*, Vol. 88, N° 4 (Julio de 2000): 1051-1144.

Lorenzetti, Ricardo, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci - Comisión de Reformas Decreto 191/2011. 2012. “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial”.

Racimo, Fernando M. 2004. “El análisis conductista del derecho (sobre algunas correcciones al análisis económico del derecho)”. *El Derecho*, 207: 549-562.

Racimo, Fernando M. 2004. “El análisis conductista del derecho (sobre algunas correcciones al análisis económico del derecho) (segunda parte)”. *El Derecho*, 207: 947-966.

Rachlinski, Jeffrey J. 2011. “The Psychological Foundations of Behavioral Law and Economics”. *University of Illinois Law Review*, Vol. 2011, N° 5: 1675-1696.

Radin, Margaret Jane. 2017. “The Deformation of Contract in the Information Society”. *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 37, N° 3 (2017): 505–533.

Sisterna, María de las Mercedes. 2015. “La persona con discapacidad: el consumidor hipervulnerable en la era del consumo”. *Temas de Derecho Comercial Empresarial y del Consumidor* de Erreius, Año 1, N° 5 (Mayo de 2015): 83-91.

Thaler, Richard H. 2017. *Portarse mal: el comportamiento irracional en la vida económica*. Traducido por Iván Barbeitos. Buenos Aires: Paidós.

Wajntraub, Javier. 2014. “Derechos constitucionales del consumidor”. En *Tratado de los derechos constitucionales*, coordinado por Julio César Rivera, José Sebastián Elías, Lucas S. Grosman y Santiago Legarre. Buenos Aires: Abeledo Perrot.



Universidad de  
**San Andrés**