

Los actuales pensadores de las neurociencias cognitivas y su aplicación en el Derecho Argentino.

Sumario:

El pensamiento de Richard Thaler¹ y Cass R. Sunstein: i) Introducción. ii) El optimismo no realista. iii) Soluciones legales aplicables a nuestro ordenamiento jurídico. La información comparativa. iv) El paternalismo libertario en materia de información. v) ¿Es posible aplicar el paternalismo libertario de la teoría de Thaler & Sunstein en nuestro ordenamiento jurídico?: (1) Informar y educar. (2) El efecto rebaño. (3) Cómo usar positivamente el efecto rebaño. (4) Como evitar el uso indebido del efecto rebaño – Soluciones legales para nuestro ordenamiento normativo. (5) La ley del mínimo esfuerzo: el consentimiento por default y el uso de cláusulas supletorias desventajosas. vi) Terminaciones

El pensamiento de Richard Thaler² y Cass R. Sunstein.³

i) Introducción. Continuando con la revista de autores que nos habíamos propuesto examinar, vamos a ocuparnos ahora de dos pensadores fundamentales entre quienes investigan las vinculaciones entre la psicología, la economía, el derecho y los mecanismos mentales implicados en la toma de decisiones. No referimos Richard Thaler (Premio Nobel en Ciencias Económicas, 2017) y a Cass Sunstein, un investigador de la

¹ Richard H. Thaler, East Orange, 12 de septiembre de 1945. Es un economista estadounidense. Conocido por sus aportes teóricos en finanzas conductuales y por su colaboración con Daniel Kahneman y otros en la definición avanzada de este campo. En 2017 fue laureado con el Premio del Banco de Suecia en Ciencias Económicas en memoria de Alfred Nobel por sus contribuciones a la economía conductual. (https://es.wikipedia.org/wiki/Richard_Thaler, Fecha de captura: 8-08-2019).

² Richard H. Thaler, East Orange, 12 de septiembre de 1945. Es un economista estadounidense. Conocido por sus aportes teóricos en finanzas conductuales y por su colaboración con Daniel Kahneman y otros en la definición avanzada de este campo. En 2017 fue laureado con el Premio del Banco de Suecia en Ciencias Económicas en memoria de Alfred Nobel por sus contribuciones a la economía conductual. (https://es.wikipedia.org/wiki/Richard_Thaler, Fecha de captura: 8-08-2019).

³ Cass R. Sunstein (21 de septiembre de 1954) es un abogado norteamericano y profesor universitario dedicado principalmente al estudio del derecho constitucional, derecho administrativo, derecho ambiental y de la economía conductual. Se desempeñó como Director de la Oficina de Información y Asuntos Regulatorios (OIRA) en la administración Obama y es Profesor Felix Frankfurter en la Escuela de Derecho en Harvard. Durante 27 años, Sunstein fue investigador en la Escuela de Derecho de la Universidad de Chicago,¹ donde actualmente continúa enseñando como Profesor Visitante Harry Kalven. (https://es.wikipedia.org/wiki/Cass_Sunstein, fecha de captura: 8-08-2019).

Universidad de Chicago, especializado en economía conductual.

Thaler y Sunstein sostienen que la economía está gobernada por reglas anacrónicas y que se organiza a partir de un sujeto racional que toma decisiones controladas por su conciencia.

El individuo que considera la teoría económica tradicional, al igual que el sujeto que sobre el que se elaboró la teoría jurídica clásica, es un individuo imparcial y equilibrado que enfrenta sus pasiones inconscientes con el debido autocontrol.⁴

Este hombre que es, al mismo tiempo, racional y ficticio es apodado por Thaler como *Econ*. Para Thaler, uno de los problemas centrales de la teoría económica es que organiza sus reglas y principios a partir de un sujeto que no es real. Para Thaler y Sunstein en la economía, al igual que en las ciencias jurídicas, hay un error diagnóstico al describir un hombre que no se parece en nada a las personas reales.⁵

Ese error en la concepción del hombre que cometen la economía y las ciencias jurídicas vincula nuestro pensamiento con estos notables investigadores. Las críticas que ellos le hacen a la teoría económica tradicional es idéntica a la que nosotros le formulamos a la teoría general del acto jurídico: actuamos de manera bastante irracional y usando la menor cantidad de discernimiento posible.

Thaler y Sunstein denuncian que esa idea que describe a un *hombre económico*, que toma decisiones óptimas y equilibradas es tan falsa como la del *hombre jurídico* que actúa con discernimiento intención y libertad: sin embargo, dice Thaler: *...existe un problema: las premisas en las que se basa la teoría económica son imperfectas. Primero, los problemas de optimización a los que se enfrenta la gente normal a menudo son demasiado difíciles como para que los puedan resolver, o incluso acercarse a su solución.*⁶

⁴ La premisa central de la economía es que la gente elige por optimización. De entre todos los bienes y servicios que una familia podría comprar, la familia escoge el mejor que se pueda permitir. Además, se asume que las creencias a partir de las cuales los *Econs* llevan a cabo sus elecciones son imparciales, es decir, que elegimos basándonos en lo que los economistas denominan 'expectativas racionales'. Si el promedio de las personas que abren un nuevo negocio creen que sus probabilidades de éxito son del 75 por ciento, entonces ésta debería ser una buena estimación del porcentaje de negocios que finalmente tiene éxito. Los *Econs* no sufren exceso de confianza. (Thaler, Richard, *Portarse mal ...*, p. 30).

⁵ Por el contrario, el problema reside en el modelo utilizado por los economistas, un modelo que sustituye al *Homo Sapiens* por una criatura ficticia llamada '*Homo economicus*', criatura que para abreviar suelo llamar *Econ*. (Thaler, Richard, *Portarse mal ...*, p. 29).

⁶ Thaler, Richard, *Portarse mal ...*, p. 31.

Las reglas básicas de la economía fallan, tanto como lo hacen las que regulan la ciencia jurídica porque partiendo de un individuo excesivamente racional no asumen la existencia de esa enorme llanura de inconsistencias que es la preciosa mente humana. El exceso de confianza y el optimismo desbordante son las características más destacadas de los seres humanos y, también, las menos consideradas por las ciencias sociales.⁷

Es importante que la doctrina jurídica comience a examinar estos temas que, por obvias razones, serán los que van a dominar el escenario teórico de las próximas décadas. Como bien dice Facundo Manes, las neurociencias y el Derecho están llegando a un inevitable encuentro en donde ambas disciplinas tendrán que resolver, conjuntamente, la encrucijada entre el sujeto individual y el sujeto comunitario.⁸

(ii) El optimismo no realista. Thaler y Sunstein saben que el discernimiento, o la capacidad de tomar decisiones del sujeto es más bien limitada y, sobre todo, fácilmente manipulable.

Una de las principales características del ser humano es su optimismo. Más aún; no es infrecuente que estemos dominados por una suerte de *optimismo no realista*. Vale la pena que examinemos a esta idea, porque una buena parte de nuestra inestabilidad emocional se debe a la indócil convivencia de nuestros pensamientos optimistas con la realidad que, a menudo, es más estrecha que nuestras expectativas. Hay un ejemplo emblemático de esta situación. Si se nos pregunta cuantas chances de éxito tiene abrir un local de pizzería en el centro de buenos aires diremos que, probablemente, tiene un 50% de prosperar y otras tantas de fracasar. Empero, si inmediatamente se nos pregunta cuántas probabilidades de prosperidad tiene nuestro propio negocio de pizza ubicado en el mismo lugar, casi con certeza diremos que el éxito es seguro. Sepa el lector que no se trata de un ejemplo que hemos imaginado, sino del resultado de una

⁷ Segundo, las creencias a partir de las cuales la gente toma sus decisiones no son imparciales. Puede que el exceso de confianza no aparezca en el diccionario de los economistas, pero es un rasgo muy arraigado en la naturaleza humana, y existen innumerables otros sesgos bien documentados por los psicólogos. (Thaler, Richard, *Portarse mal ...*, p. 31).

⁸ Con el advenimiento de las nuevas tecnologías, las últimas décadas han sido fundamentales en la comprensión del funcionamiento de la mente. En este contexto, las neurociencias cognitivas han comenzado a establecer diálogos con diferentes disciplinas, y cuestiones que hasta el momento funcionaban escindidas empiezan a entrecruzar sus caminos. Este es el caso de las neurociencias y el derecho. Si bien, en lo esencial, la neurociencia estudia al individuo y el derecho, el funcionamiento de la sociedad, estos saberes comparten un espacio común en la encrucijada de lo personal a lo comunitario. (Pastor, Daniel – Roca María (Dir.), *Neurociencias y Derecho*, Buenos Aires, Hammurabi, 2019, T. 1, p. 7).

investigación científica.⁹

A modo de precaria definición podríamos decir que el *optimismo no realista* es la tendencia que tenemos a creer que nuestras habilidades y nuestra suerte son superiores a la media. Pensamos que vamos a ganar allí donde hay evidencia de que todos pierden y, con igual entusiasmo, imaginamos que no vamos a fracasar en situaciones en las que el común de la gente fracasa rotundamente (los juegos de azar, por ejemplo).

Hay cientos de experimentos que advierten este desacople entre las expectativas previas y la realidad que les sucede. Así, es común que el fumador, aun siendo consciente de los riesgos asociados al consumo de tabaco, piense (mágicamente) que son escasas las chances de enfermarse de cáncer de pulmón como le sucede a muchas de las personas que fuman como él. De igual modo, los novios que, aún antes de concluir el delicioso beso que sella el compromiso matrimonial, saben que un porcentaje bastante alto de los matrimonios fracasan en los primeros años de convivencia y ello no los hace retroceder; para ellos las chances de que el desamor ocupe el lugar de las ilusiones son inferiores a cero.¹⁰ En idéntico sentido, casi todos saben que los emprendimientos chicos tienen altísimas probabilidades de terminar en la ruina; no obstante, el flamante emprendedor derrocha afirmaciones entusiastas de éxito mientras que toma una deuda con el banco que le será imposible pagar.¹¹

De eso se trata el *optimismo no realista* que, más allá de presentaciones humorísticas, es la causa más frecuente de tragedias económicas y angustias personales. Empero, el tema que nos ocupa no es reprimir el optimismo, sin el cual nuestras vidas serían más desdichadas, sino advertir lo que los operadores comerciales pueden hacer

⁹ Algo similar es válido para quienes emprenden un nuevo negocio, donde la tasa de fracaso es al menos del 50 por ciento. En una encuesta realizada a personas que abrían un negocio ...se les hacían dos preguntas: a) ¿Cuáles cree que son las posibilidades de éxito de un negocio típico como el suyo? b) ¿Cuáles son sus posibilidades de éxito? Las respuestas más comunes fueron 50 por ciento y 90 por ciento respectivamente, y muchos respondieron el 100 por cien a la segunda. (Thaler, Richard – Sunstein, Cass, *Un pequeño empujón...* p. 50).

¹⁰ Aproximadamente el 50 por ciento de los matrimonios acaban en divorcio, y éste es un dato que la mayoría conoce. Pero en el momento de la ceremonia casi todas las personas creen que las posibilidades de que su matrimonio acabe en divorcio son aproximadamente del cero por ciento, incluso los ya se han divorciado. (Thaler, Richard – Sunstein, Cass, *Un pequeño empujón...* p. 49).

¹¹ El *optimismo no realista* puede explicar buena parte de los riesgos individuales que se asumen, en especial cuando están relacionados con la vida y la salud. Al pedirles que imaginen su futuro, los estudiantes suelen responder que tienen menos probabilidades que sus compañeros de ser despedidos de un trabajo, sufrir un infarto o tener cáncer, divorciarse después de pocos años de matrimonio o tener problemas con la bebida. (Thaler, Richard – Sunstein, Cass, *Un pequeño empujón...* p. 50).

con esa desmesura tan humana descrita como el *optimismo no realista*.

Nosotros pensamos que esa forma de optimismo, que es fácilmente manipulable, vicia el discernimiento, la intención y la libertad de nuestros actos jurídicos.¹²

(iii) Soluciones legales aplicables a nuestro ordenamiento jurídico. La información comparativa. Por supuesto que no es fácil crear la obligación de generar pesimismo o de achatar el optimismo natural, ni tampoco sería posible imponer la carga de su cumplimiento a los proveedores de bienes y servicios. Sin llegar a esos extremos, no nos parece difícil imponer, a determinadas las empresas de servicios (diferenciadas por el rubro de su actividad), la obligación de crear mecanismos para que sus clientes accedan, *on line*, a información sensible (que es la que los usuarios quieren conocer) que incluya datos estadísticos y comparativos con otras empresas competidoras.

Esta solución sería particularmente aplicable a las prestadoras de servicios de la alta tecnología (provisión de internet, telefonía móvil, televisión por cable, seguros, etc.). De esta forma, los suscriptores de un plan de telefonía móvil, por ejemplo, podrían acceder a encuestas que, además de informar las prestaciones particulares del plan elegido, muestren las prestaciones ofrecidas por –al menos - las dos competidoras mejor instaladas en el mercado. Luego, siguiendo este mismo método, se podrían ofrecer otras muestras de opinión o satisfacción de los usuarios de dos o tres compañías referidas al mismo plan. Finalmente, si el usuario no quedara satisfecho, se le debería permitir que cancele la suscripción y que, desde ese mismo sitio, pueda comenzar el proceso de contratación online con algunas de las otras compañías. Esa competencia llana y sin filtros entre las empresas prestadoras sería un punto de partida para la optimización del servicio.

La propuesta legislativa que acabamos de describir no es una mera fantasía fruto de nuestra imaginación. En una entrevista que le hicieron a Richard Thaler se le preguntó si la información ofrecida a la clientela era un sistema útil para mejorar las decisiones de los consumidores. Allí Thaler explicó que la información comparativa es siempre bien recibida por la clientela: *Hace tiempo que postulo que los consumidores*

¹² *El optimismo no realista es un rasgo universal de la vida humana; caracteriza a la mayoría de las personas de casi todas las categorías sociales. Cuando sobreestiman su inmunidad personal, la mayoría de las personas dejan de tomar medidas preventivas razonables.* (Thaler, Richard – Sunstein, Cass, *Un pequeño empujón...* p. 50).

*tienen derecho a acceder a sus propios datos de uso, por ejemplo, los de las compañías telefónicas. Es difícil escoger el plan que mejor se ajusta a nuestras necesidades si no sabemos a ciencia cierta cómo hemos estado utilizando nuestros dispositivos. Además, esto puede favorecer a la competencia al impulsar que la gente cambie de proveedor. En el Reino Unido, por citar un caso, aprobaron una regulación que obliga a los bancos a facilitar el traspaso de los pagos automáticos a una nueva entidad. Esto hizo que los bancos tuvieran que esforzarse por mantener a sus clientes.*¹³

Entonces, propiciamos que una eventual reforma al art. 4 de la LDC y/ o del art. 1100 del CCyC adicione la obligación de crear accesos directos *on line* para que los clientes puedan acceder a la siguiente información; a saber:

(a) los precios y las prestaciones particulares del plan seleccionado y ofrecidos por esa prestadora;

(b) comparar los precios y las prestaciones con los ofrecidas por, al menos, las dos competidoras directas de la empresa.

(c) acceder a encuestas de opinión de los clientes de cada una de las compañías que ofrezcan ese plan u otro de similares características.

(d) Permitir que los usuarios, desde ese mismo sitio, puedan darle de baja a su servicio e iniciar el proceso de contratación con alguna de las competidoras.

Pensamos que los usuarios buscan información calificada y selectiva, y rechazan la información confusa e inútil que le ofrecen. El hecho de que los contratos no se lean, no quiere decir que no sea posible obtener buena información.

El uso de información comparativa puede ser de suma utilidad porque también está demostrado que permanentemente establecemos relaciones comparativas. De la misma manera que antes decíamos que los contratos no se leen nunca y que nunca se leerán, es seguro que sigamos haciendo comparaciones entre las distintas marcas de las cosas que compramos porque, sencillamente, la comparación de términos relativos es una característica propia de la racionalidad humana.

Dan Ariely llamó *relatividad* a este tipo de comportamiento comparativo. La idea le sirvió para desarrollar la muy interesante teoría de los *señuelos* que un poco más adelante veremos más detenidamente. La relatividad que explica Ariely básicamente

¹³ <https://www.pressreader.com/>, fecha de captura: 13-09-2019.

describe que el ser humano nace predispuestos a realizar comparaciones.¹⁴

(iv) El paternalismo libertario en materia de información. A partir de las premisas examinadas en el tópico anterior, Thaler y Sunstein elaboran un concepto muy interesante que denominan '*paternalismo libertario*. Lo más relevante de esta idea es que los autores sostienen, y nosotros coincidimos, que una vez que se sabe lo fácil que resulta condicionar nuestras decisiones es necesario que el Estado intervenga para contrarrestar el efecto del *optimismo no realista* y nos ayude a tomar decisiones acertadas.

El término *paternalismo libertario* nos interesa, además, porque rompe la falsa paradoja que postula que un acto libre no debe padecer ninguna intervención oficial para que mantenga esa condición. Por el contrario, los autores señalan la necesidad de que Estado actúe, en forma moderada e inteligente, para ayudarnos a tomar decisiones acertadas. La intervención del Estado, si es equilibrada, no tiene porqué estropear la libertad contractual o la seguridad jurídica en el tráfico de bienes y servicios.

Estas ideas, moderadamente intervencionistas, no son ajenas a nuestra doctrina. De hecho, autores como Lorenzetti hablan de un orden público contractual que debe atender cuatro premisas: a) la protección del consentimiento; b) la protección de la parte más débil; c) la idea de bienestar social; d) la dirección de las reglas económicas¹⁵ Lorenzetti, cuyos aportes doctrinarios siempre valoramos más que su labor judicial, alerta sobre la ingenuidad de creer en una libertad contractual puritana y en un mercado capaz de organizarse equilibradamente sin intervención oficial. El autor, acertadamente, apunta al individualismo insuficiente para crear bienestar y a la ambición desmedida de riqueza que impide la existencia de un verdadero equilibrio de mercado. Dicho en otras palabras: la insuficiencia individual y la exuberancia corporativa requieren la participación del Estado en los negocios privados.¹⁶ Michael Sandel (Cs.

¹⁴ *La relatividad nos ayuda a tomar decisiones en la vida. Pero también puede hacernos completamente desgraciados... Pues comparar nuestra suerte en la vida con la de otros genera celos y envidia. Al fin y al cabo, había una buena razón por la que uno de los Diez Mandamientos advertía: No desearás la casa de tu prójimo... Puede que éste resulte el mandamiento más difícil de seguir si consideramos el hecho de que, desde que nacemos, estamos predispuestos a comparar.* (Ariely, Dan, *Las trampas del deseo...*, p.35).

¹⁵ Lorenzetti, Ricardo Luis, *Tratado de los Contratos*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2018, p 113.

¹⁶ *Las fallas de la racionalidad individual y del mercado existen. El intercambio contractual libre debería llevar a un bienestar general, según lo afirmaron los teóricos liberales clásicos, pero se ha observado una falta de coincidencia entre la conducta maximizadora de la riqueza y los resultados socialmente*

Políticas, Harvard University) es un de los autores más filosos y ácidos a la hora de poner el grito en el cielo frente a la utopía de los mercados libres. Para Sandel, el principio básico de la economía de mercado no es la libertad individual sino la codicia. Por eso propone un debate profundo, aunque todavía inexistente, acerca de cómo limitar el razonamiento puramente mercantilista, y por tanto amoral, de los mercados.¹⁷

Thaler y Sunstein, más moderados, proponen una forma de intervencionismo que no regula el precio de los bienes ni la competencia entre las empresas, sino que va a operar sobre el inconsciente del sujeto. Los autores, sin crear utopías, describen un Estado posible que es, simultáneamente, liberal y paternalista.¹⁸

Se trata de un *paternalismo virtuoso* que interviene para que el individuo tome mejores decisiones y que resulta compatible con el funcionamiento de las sociedades de consumo capitalista.¹⁹ Se trata de una forma de intervención complementaria que surge para contrarrestar los efectos nocivos del *optimismo irreal*.

En una obra posterior, Thaler ya no se refiere al optimismo irreal, sino al *exceso de confianza*. Empero, ambas nociones describen el mismo fenómeno y producen el mismo efecto: las decisiones erróneas y desfavorables para el interés propio.²⁰ En una entrevista, señalaba que el exceso de confianza se origina en que nos consideramos

cooperadores que se esperaban de ella. Por esta razón presentamos las normas de orden público de coordinación y de dirección económica, que cumplen una función de promoción o restricción del contrato. (Lorenzetti, Ricardo Luis, *Tratado de los Contratos*, ... p 115).

¹⁷ *Esta actitud de abstención de todo juicio relativo a valores está en el corazón del razonamiento mercantil y explica gran parte de su atractivo. Pero nuestra reluctancia a emplear argumentos morales y espirituales, junto con nuestra aceptación de los mercados, nos ha hecho pagar un alto precio: ha drenado el discurso político de toda energía moral y cívica, y ha contribuido a la política tecnocrática, de mera gestión, que hoy aqueja a muchas sociedades.* (Sandel, Michael, *Lo que el dinero no puede comprar*, Joaquín Chamorro Mielke (Trad.), Buenos Aires, Debate, 2013, p. 22).

¹⁸ *Los paternalistas libertarios queremos facilitar a las personas que sigan su propio camino; no queremos poner obstáculos a aquellos que desean ejercer su libertad. El aspecto paternalista radica en que los arquitectos de las decisiones traten de influir en la conducta de la gente para hacer su vida más larga, más sana y mejor. En otras palabras, estamos a favor de que las instituciones, tanto del sector privado como del Gobierno, se esfuercen de forma consciente para orientar las decisiones de las personas en direcciones que mejoren sus vidas.* (Thaler, Richard – Sunstein, Cass, *Un pequeño empujón*, ... p. 19).

¹⁹ *El paternalismo libertario es un tipo de paternalismo relativamente débil y blando, y que supone una intromisión porque las opciones no se bloquean ni se eliminan, ni se gravan en forma significativa...Sin embargo, el enfoque que recomendamos se considera paternalista porque los arquitectos de las decisiones públicos y privados no se limitan a intentar identificar o poner en práctica las decisiones que esperan de las personas. Más bien, intentan orientarlas en direcciones que mejorarían sus vidas.* (Thaler, Richard – Sunstein, Cass, *Un pequeño empujón*, ... p. 20).

²⁰ Thaler, Richard, *Portarse mal ...*, p. 31.

superiores a la media.²¹

La ciencia nos muestra, con un toque de brutalidad, que la razón, en la que tantas esperanzas habíamos depositado, es insuficiente para enfrentar las manipulaciones del inconsciente. Nos guste o no, estamos a merced de quien más eficazmente maneje nuestro inconsciente.

Veamos cómo funciona el paternalismo libertario con un ejemplo.

Supongamos que una empresa de energía está obligada a informar cómo se deben utilizar los artefactos domésticos para ahorrar energía en los hogares. Esa información, obviamente, es contraria a sus intereses que mejoran cuando sus clientes consumen más energía. Así, para cumplir la ley, evitar sanciones y, al mismo tiempo, no perjudicar sus intereses, es probable que la compañía envíe a su clientela facturas que contengan una leyenda que, más o menos, diga:

Si usa el servicio de acuerdo a estas instrucciones, es probable que su ahorro anual llegue a la suma de \$ 300.

En cambio, si la información sobre el consumo óptimo es suministrada por el Estado, que está verdaderamente interesado en ahorrar energía y en que la gente consuma menos, lo más probable es que transmita esa misma información, pero poniendo el énfasis en el mayor gasto (perdida) que supone el mal uso. En este caso, la leyenda informativa será enunciada así:

Si no se usa el servicio de acuerdo a estas instrucciones, su gasto anual se incrementará en la suma de \$ 300.

No se trata de informaciones diferentes. De hecho, los dos enunciados dicen lo mismo. Sin embargo, está comprobado que la fórmula utilizada por la compañía genera

²¹ ... La primera, el exceso de confianza: casi todo el mundo cree que está por encima de la media en muchas tareas, desde manejar hasta contar chistes. Esta autosuficiencia implica que, a menudo, nos llevemos sorpresas desagradables. Segundo, el autocontrol: comemos de más, hacemos poco ejercicio, y, en general, dejamos todo para último momento. Si alguien te dice que un proyecto le llevará seis meses, habrá que calcular por lo menos doce. (Ver entrevista completa en: <https://www.pressreader.com/>, fecha de captura: 13-09-2019).

menos ahorro de consumo *per cápita* que la utilizada por el Estado.²²

La diferencia entre una y otra presentación está en su formulación. En la primera, se aconseja un método de ahorro mientras que en la segunda una forma de evitar pérdidas. Ese es el quid de la cuestión: somos mucho más sensibles a las pérdidas que a los ahorros. La segunda información fue más eficiente en términos de resultados porque nos amenaza con una pérdida concreta y efectiva.²³

La presentación negativa o positiva de la información también es determinante en materia de salud. Resulta sorprendente analizar algunos experimentos que indican que los riesgos derivados de tratamientos médicos o de intervenciones quirúrgicas también pueden ser transmitidos en forma negativa o positiva, según qué respuesta quiera obtenerse del paciente. Por ejemplo, si nos informan que el 90% de las operaciones de corazón son exitosas, es más probable que aceptemos la operación que si nos informan que el 10% de las personas mueren en el quirófano. Ambas informaciones dicen exactamente lo mismo pero una estimula la decisión favorable a concretar la operación y la otra la deprime.²⁴

Imagine el lector qué pasaría con la industria farmacológica si, en vez de decir que un remedio no presenta adversidades de ningún tipo en el 90% de los casos, estuviera obligada a decir: *En el transcurso del último año aproximadamente X cantidad de personas murieron o sufrieron graves padecimientos relacionados con el uso prolongado de esta medicación.* Por más que ambas informaciones sean ciertas, la segunda

²² La idea es que las decisiones dependen, en parte, de la forma en que se enuncian los problemas. ...El ahorro de energía está recibiendo mucha atención, así que consideramos las siguientes campañas de información: a) si sigue estos métodos para gastar menos energía, ahorra 350 dólares al año; b) si no sigue estos métodos para gastar menos energía, pierde 350 dólares al año. La campaña de información b), enmarcada en términos de pérdida, es mucho más eficaz que la campaña a). Si el gobierno quiere fomentar el ahorro de energía, la opción b) es un nudge más fuerte. (Thaler, Richard – Sunstein, Cass, *Un pequeño empujón*,... p. 54).

²³ Aversión a la pérdida: somos el doble de sensibles a las pérdidas que a las ganancias. Esto hace que seamos excesivamente renuentes a asumir riesgos. Tenemos una tendencia a mantener el statu quo. Nos quedamos con lo que tenemos porque no queremos renunciar a nada, aunque cambiar implique, posiblemente, mejorar, subir un escalón. (Ver entrevista completa en: <https://www.pressreader.com/>, fecha de captura: 13-09-2019).

²⁴ Supongamos que sufre una enfermedad grave del corazón y que su médico le propone una operación arriesgada. Es comprensible que sienta curiosidad por conocer las posibilidades que tiene. El médico dice: 'De cien pacientes que se operan, noventa están vivos cinco años después'... Si damos los datos de una manera la respuesta del doctor será tranquilizadora y probablemente decida operarse. Pero supongamos que el médico... dice: 'De cada cien pacientes que se operan, diez están muertos cinco años después'. Si usted es como la mayoría de la gente, esta respuesta le sonará alarmante y quizás decida no operarse. (Thaler, Richard – Sunstein, Cass, *Un pequeño empujón*,... p. 53).

presentación, que actúa achatando las expectativas del optimismo irreal, producirá una segura caída en las ventas de ese remedio.

En términos de salud pública es muy posible que la segunda formulación sea más recomendable que la primera, pero su resultado es, evidentemente, perjudicial para los intereses de la industria farmacológica. Ese confronte, entre bienestar general y progreso capitalista, no es novedoso, pero todavía no se ha podido dirimir en forma equilibrada. Es posible que la irresolución se deba a que se trata de un dilema insoluble para lógica capitalista, puesto que postula la incompatibilidad entre la acumulación de riqueza y la acumulación de bienestar general. Entre nosotros, Lorenzetti, vuelve a postular la necesidad de intervenir institucionalmente sobre el derecho privado.²⁵

Lo importante para nuestro limitado trabajo es que el lector comprenda que la compañía comercial y el Estado saben de antemano cómo reacciona el sujeto y cómo condicionar su conducta a partir de la forma en que le suministra la información.

El Estado puede utilizar este conocimiento en sentido positivo y solidario, procurando una mejora colectiva en la toma de decisiones. Sin embargo, la eficacia del Estado para cumplir el objetivo social pretendido es, debemos aceptarlo, relativa.

No es descabellado afirmar que muchas políticas sociales no solamente fracasan en cumplir su objetivo, sino que empeoran la situación anterior a la intervención oficial.

John Bargh explica que muchas veces las políticas públicas tienen un objetivo solidario pero que fallan porque no tienen en cuenta una característica humana, demasiado humana. El autor señala que es frecuente que el burócrata que diseña las políticas sociales no considere o considere erróneamente un factor humano determinante: el sujeto antepone las necesidades propias al bien del grupo. Es un prejuicio, y casi una superstición, pensar que el ser humano está dominado por tendencias solidarias. Más bien ocurre lo contrario y somos, como decía, Nietzsche, *humano, demasiado humano*.

Para demostrar estas situaciones, Bargh nos ofrece dos intervenciones estatales reales que resultaron contraproducentes porque empeoraron la situación anterior a su

²⁵ *El Derecho Privado actual debe admitir una interrelación entre el marco institucional y los comportamientos individuales, superar la noción de 'sujeto aislado' para arribar a una idea de 'sujeto situado'. Situar al sujeto importa establecer un modo de relación con los demás individuos y con los bienes públicos, lo cual nos lleva a las reglas institucionales que fijan los parámetros de esta organización.* (Lorenzetti, Ricardo Luis, *Tratado de los Contratos*, ... p. 115).

implementación.

La primera experiencia fallida ocurrió en México, cuando el gobierno quiso reducir la circulación de automóviles para atenuar la emisión de gases contaminantes. Para ello, se tomó una medida que consistía en la prohibición de que, durante dos días de la semana, circulen los autos de matrícula par y, durante otros dos días, la misma restricción se aplicaba a los vehículos de matrícula impar. El resultado fue que los automovilistas, para no perder el privilegio de moverse con su propio automóvil, optaron comprar un segundo automóvil. Luego, para no resentir demasiado su presupuesto, la mayoría de las personas adquirió modelos viejos y en mal estado que, a la postre, resultaron ser bastante más contaminantes que los modelos más nuevos. El efecto fue un aumento de la circulación de vehículos, un aumento del consumo de combustible, un aumento de la emisión de gases contaminantes y un rotundo fracaso de ese intervencionismo paternalista.²⁶

Un segundo ejemplo es más explicativo, más descriptivo y más demostrativo de cómo funciona, nos guste o no, la estructura básica del ser humano. El experimento cuenta que, ante la abundancia de serpientes depredadoras y venenosas, el gobierno de la India decidió pagar una recompensa por cada cobra muerta que se le entregara. El resultado, desagradablemente previsible, que, sin embargo, no fue previsto por las autoridades, fue el aumento de los criaderos de ese peligroso animal. Al poco tiempo de lanzada la medida, las cobras aumentaron en número y en salud. *Humano, demasiado humano.*²⁷

(v) ¿Es posible aplicar el paternalismo libertario de la teoría de Thaler & Sunstein en nuestro ordenamiento jurídico?

(1) Informar y educar. Sin perjuicio de los ejemplos, ciertamente deplorables,

²⁶ *El bienintencionado programa no tuvo en cuenta la naturaleza humana, que tiene a poner las necesidades propias por encima del bien del grupo... Los conductores sencillamente se compraron otro coche y obtuvieron una matrícula terminada en otro número... que el de su vehículo original... De manera que, en lugar de reducir la contaminación y las congestiones de tráfico, la nueva medida en realidad aumentó el número de vehículos, la congestión y la polución.* (Bargh, John, ¿Por qué hacemos lo que hacemos?, ... p. 284).

²⁷ *En un famoso ejemplo, que llevó a lo que se llamó el efecto cobra, el gobierno de la India ofreció una recompensa de cientos de dólares por cada cobra muerta que se presentara ante la autoridad competente, para ayudar a librar el país de estos peligrosos y abundantes depredadores. Pero esta nueva medida en realidad aumentó, en lugar de disminuir, la población de cobras. ¡De hecho llevó a una explosión en la población de cobras! Porque muchos empezaron a criar cobras para poder presentarlas muertas y cobrar la recompensa.* (Bargh, John, ¿Por qué hacemos lo que hacemos?, ... p. 285).

presentados al terminar el t3pico anterior, seguimos auspiciando una moderada intervenci3n del Estado, similar a la que proponen Thaler y Sunstein. A pesar de algunos experimentos fallidos, creemos que el gran protagonista de las relaciones de consumo es y seguir3 siendo el Estado.

En ese orden de ideas, pensamos en redise1ar un modelo de *'paternalismo libertario*, que podr3a implementarse en Argentina, particularmente en el caso de los llamados Servicios P3blicos Domiciliarios (SPD) regulados en los arts. 25 a 31 de la Ley 24.240.

A nuestro modo de ver, el Estado deber3a tomar algunas medidas para que las empresas brinden esta clase de informaci3n en forma negativa, no expresando el ahorro derivado del uso correcto, sino las inevitables p3rdidas que se siguen del uso incorrecto. Recordemos que, por regla, es m3s fuerte la aversi3n a la perdida de dinero que el est3mulo al ahorro. O sea: aborrecemos perder y no nos preocupa demasiado ahorrar, como si el desahorro no fuera, al fin, una forma de p3rdida o menoscabo patrimonial.²⁸

Conociendo estas premisas, pensamos que los organismos que controlan a las prestar3as que ofrecen SPD las podr3an obligar a que, en los meses donde esos servicios tienen picos de consumo, informen, por ejemplo, la perdida de dinero que ocasiona el uso de un aire acondicionado a menos temperatura que la indicada en el manual de uso. Esta informaci3n podr3a ser apoyada con anuncios usando la multimedia y las redes sociales. De esta manera, se optimizar3a la informaci3n de deben brindar los proveedores y se promover3an acciones p3blicas efectivas para consumo sustentable.

(2) El efecto reba1o. Una de las maneras m3s eficaces de manipular nuestras decisiones es apelar al llamado *efecto reba1o* o manada. El ser humano es un animal netamente gregario; es por ese motivo que en la mayor3a de los casos actuamos por repetici3n de conductas y por imitaci3n de modelos anteriores.

Cuando se nos presenta un tema desconocido lo primero que pensamos es: *qu3 dir3n los otros, sobre esta cuesti3n*. Los hombres de derecho sabemos de sobra esta

²⁸ *Las personas odian las p3rdidas (y sus sistemas autom3ticos pueden ser muy emocionales en este punto). En t3rminos generales, es dos veces mayor la desgracia de perder algo que la alegr3a de ganar eso mismo. En un lenguaje m3s t3cnico, tienen aversi3n a la p3rdida...Una vez que tengo una taza no quiero perderla. Pero sin no la tengo, no siento una necesidad urgente de comprarla. Lo que significa que las personas no asignan un valor espec3fico a los objetos. Cuando pierden algo les duele m3s de lo que les agrada conseguir lo mismo. (Thaler, Richard – Sunstein, Cass, *Un peque1o empuj3n*, ... p.51).*

cuestión porque cada vez que enfrentamos a un tema nuevo buscamos ansiosamente sus antecedentes jurisprudenciales; si tenemos la suerte de encontrar fallos que avalen nuestra tesis damos por sentado que ella será más creíble y también más difícil de refutar. Por el contrario, si la tendencia jurisprudencial es opuesta a nuestra idea lo más probable es que abandonemos por temor a que sea rechazada.

Esta clase de comportamientos, popularmente conocidos como *efecto panqueque*, no sorprenden a los científicos que han desarrollado muchos experimentos para demostrar que la opinión de los otros influye decisivamente sobre la propia. Por ejemplo, se ha demostrado que si una persona que come mucho durante el almuerzo debe compartir esa comida con otras personas que comen menos, ella misma comerá más moderadamente para asemejar su dieta a la de los otros comensales. Otro interesante experimento demuestra que un estudiante haragán mejora su rendimiento escolar si es puesto a trabajar con estudiantes más aplicados.

La influencia social es determinante de nuestros comportamientos. Ni bien tomamos conocimiento de que muchas personas actúan de una forma, esa tendencia se transmite al resto de la sociedad como una información acerca de cómo se debe actuar para evitar rechazos o reprobaciones.

Una prueba muy interesante de Thaler y Sunstein nos muestra cómo un político republicano es más moderado cuando está con un grupo de políticos demócratas y, viceversa, el demócrata atenúa sus posturas cuando es obligado a compartir un espacio con un grupo de republicanos.²⁹ Es que, como dicen estos pensadores: *En definitiva, los humanos nos vemos influidos fácilmente por otros humanos. ¿Por qué? Una razón es que buscamos la conformidad*³⁰.

La influencia de los otros es de suma importancia a la hora de tomar decisiones. Esa influencia tiene un aspecto positivo porque el aprendizaje está fuertemente relacionado con la imitación de modelos anteriores y virtuosos. La contracara de este fenómeno es que muchos de los errores que cometemos también son una imitación de

²⁹ *En el sistema judicial estadounidense, a los jueces federales integrados en paneles de tres jueces les influye lo que votan sus colegas. El republicano típico muestra unas pautas de voto bastante liberales cuando está con dos jueces demócratas, y el demócrata típico unas pautas de voto más conservadoras cuando está con dos republicanos. Ambos grupos muestran pautas de voto mucho más moderadas cuando están con al menos un juez nombrado por un presidente del partido opuesto.* (Thaler, Richard – Sunstein, Cass, *Un pequeño empujón*,... p.73).

³⁰ Thaler, Richard – Sunstein, Cass, *Un pequeño empujón*, ... p.73

los ajenos.³¹

El problema no radica en la reproducción de modelos virtuosos y tampoco en asumir que algunas veces nos equivocamos por seguir a la manada. Lo que nos interesa poner de relieve son los peligros relativos a la creación de tendencias sociales falsas con fines lucrativos o políticos. Dicho de otro modo: el peligro no es la imitación, sino la manipulación del pensamiento colectivo a través de información falsa pero socialmente aceptada como verdadera y correcta.³²

La importancia que el *efecto rebaño* tiene en nuestro trabajo es bastante evidente. Se trata de una forma de condicionar el discernimiento. No es difícil imaginar que, conociendo el resultado de estos experimentos, los proveedores de bienes de consumo masivo organicen campañas publicitarias cuyo foco esté puesto en la cantidad de personas que consumen el producto, generando un efecto de *consumo por contagio*. De hecho, Thaler y Sunstein alertan sobre esta cuestión³³

Sin perjuicio de lo dicho, pensamos que sería indeseable, por autoritaria, la existencia de una norma que prohíba los anuncios que contengan datos estadísticos, pero también es imposible que los usuarios puedan determinar si los datos ofrecidos en los avisos son verídicos o si tienen como único objetivo crear *consumo por contagio*. Naturalmente, y con razón, el lector estará pensando que los anuncios publicitarios podrán ser las dos cosas al mismo tiempo; es decir, contener estadísticas verídicas y producir con esos resultados un efecto de contagio masivo que resulte provechoso para la compañía. Es cierto. Pero también podrían ser encuestas falsas o sesgadas y generar ese resultado contagioso sobre la base de información manipulada cuya finalidad es deprimir, aún más, la capacidad de discernir. Ese es, en definitiva, el problema: la

³¹ *La primera es que la mayoría del agente aprende de los demás. Eso suele ser bueno, claro está. Las sociedades y los individuos se desarrollan aprendiendo de los otros. Pero muchos de nuestros grandes errores de juicio también tienen su origen en los otros.* (Thaler, Richard – Sunstein, Cass, *Un pequeño empujón*,... p.72).

³² *Cuando las influencias sociales hacen que la gente tenga creencias falsas o sesgadas, algunos nudges podrán ayudar. La segunda razón por la que este tema es importante para nuestro propósito es que una de las formas más efectivas de aplicar un nudge (para bien o para mal) es a través de la influencia social.* (Thaler, Richard – Sunstein, Cass, *Un pequeño empujón*, ... p. 72).

³³ *Al mismo tiempo, las influencias sociales muchas veces se utilizan estratégicamente. En concreto los anunciantes son muy conscientes de su poder. Con frecuencia subrayan que la mayoría prefiere su producto o que cada vez más consumidores abandonan otras anticuadas marcas para pasarse a la suya, que representa el futuro. Al decirle lo que hace la mayoría de la gente intentan influirle con un nudge.* (Thaler, Richard – Sunstein, Cass, *Un pequeño empujón*,... p.83).

creación de tendencias colectivas mediante información falseada o sesgada.

El Estado, a través de las respectivas autoridades de aplicación de la ley de defensa del consumidor puede controlar que las publicidades no utilicen indebidamente el efecto manada. Para hacerlo debe controlar que el uso de encuestas no contenga datos falsos o información sesgada.

Por supuesto que no podemos soslayar que la cuestión tiene su reverso: es posible, y de hecho ocurre con frecuencia, que sea el propio Estado quien manipule con mayor intensidad la conciencia colectiva. La tragedia universal del nazismo, al menos en parte, también se explica por la creación de una gigantesca manipulación de la conciencia colectiva. En nuestro país, desafortunadamente, tampoco faltan ejemplos de gobiernos que falsearon los datos estadísticos más sensibles para el funcionamiento de la sociedad. Por otra parte, tampoco hace falta llegar a ejemplos tan extremos para entender que podemos tomar decisiones nocivas para el interés individual y social solamente por seguir una tendencia que creemos mayoritaria y virtuosa.

Thaler y Sunstein denominan a ese fenómeno *conservadurismo colectivo*. Es la tendencia que los grupos sociales tienen a aferrarse a reglas sociales más allá de su conveniencia. El resultado de ese seguimiento ciego e irracional no pocas veces es la creación de un estado de *ignorancia pluralista*.

El Derecho, y sobre todo la jurisprudencia, está plagada de ejemplos que marcan un excesivo conservadurismo colectivo. Por ejemplo, los distintos códigos procesales del país contienen ritualismos incomprensibles que se usan hace más de un siglo, aun sabiendo que su aplicación trae más injusticia que soluciones a los justiciables.³⁴

En sumario, si bien es cierto que no es posible que las relaciones de consumo mejoren sin la intervención moderada del Estado, no debemos pasar por alto los peligros que acechan a esas intervenciones, sobre todo en países como el nuestro en el que la fragilidad de las instituciones es tan marcada. Dicho sin eufemismos: desde el *nudge* virtuoso, que postulan Thaler y Sunstein, al autoritarismo barroco y pintoresco de

³⁴ Aquí se puede ver por qué muchos grupos son presa de lo que se conoce como 'conservadurismo colectivo': la tendencia de los grupos a aferrarse a las pautas establecidas aun después de que surjan nuevas necesidades. Una vez que una práctica ... se afianza, es muy probable que se perpetúe, incluso si no tiene una base especial. A veces una tradición puede durar largo tiempo y contar con el apoyo, o al menos la aquiescencia, de gran número de personas, aunque inicialmente fuera producto de un pequeño nudge de un reducido número de personas o de una sola. (Thaler, Richard – Sunstein, Cass, *Un pequeño empujón*,... p. 77).

algún funcionario patrio no hay mucho trecho.

(3) Como usar positivamente el efecto rebaño. Como venimos señalando en los antecedentes, la imitación de modelos y la repetición de conductas puede ser positiva o negativa en términos sociales y también individuales. Veamos ahora un caso de manipulación positiva que produjo un resultado asombroso para mantener limpia una ciudad del Estado de Texas, USA.

El experimento describe como un Estado provincial de USA logró revertir los magros esfuerzos obtenidos en una campaña oficial que alentaba a no tirar basura a la calle y mantener más limpia a la ciudad. Esta medida causó el inmediato rechazo de grupos antagónicos y rebeldes que veían esta injerencia oficial como un menoscabo a libertad individual y sus valores.

Lo primero que hizo el Estado fue identificar con la mayor precisión posible el universo de personas que más rechazaban la campaña pro-limpieza. Ello permitió saber que los más rebeldes eran los varones de entre 18 y 24 años. Luego de obtenerse ese dato estadístico, todo resultó más sencillo. Se preparó un slogan breve y convincente y se contó con la colaboración de unas pocas figuras famosas del mundo del deporte y de la música. Resulta increíble ver el resultado que tuvo el mero hecho de que tres o cuatro personas, socialmente relevantes, dijeran que era necesario mantener limpias las calles de la ciudad: en los próximos 6 años, los residuos arrojados en las calles, bajaron un 72%.³⁵

Muchas veces insistimos, infructuosamente, con el dictado de normas que no se aplican y no se cumplen, para luego modificarlas por otras que parecen mejores, pero que dan el mismo resultado. Quizás sea conveniente buscar soluciones que trasciendan el sistema normativo y puedan concretarse a través de un Estado más activo, pero también más inteligente y más moderno. Es imprescindible dejar de pensar que la obligatoriedad de normas incumplibles puede suplir los efectos de una comunicación

³⁵ Con el objetivo explícito de llegar a una audiencia indiferente, el estado pidió a jugadores famosos del Dallas Cowboy que participaran en una campaña de publicidad televisiva en la que recogían con las manos latas de cerveza del suelo y gruñían ¡Cuidado con Texas! En otros anuncios aparecían cantantes populares como Willie Nelson ... En sus primeros seis años, los desperdicios arrojados a la cuneta se han reducido en un 72%. Y esto se ha logrado no con órdenes, sino con un nudge creativo. (Thaler, Richard – Sunstein, Cass, *Un pequeño empujón*,... p. 78 -79).

masiva y bien orientada.³⁶

(4) Como evitar el uso indebido del efecto rebaño – Soluciones legales para nuestro ordenamiento normativo. El problema del efecto rebaño es el uso negativo que puede hacerse del comportamiento humano. De la misma manera que una campaña estatal orientada a mantener las calles limpias puede tener un resultado positivo en términos individuales y colectivos, una campaña comercial con datos falsos puede tener un efecto muy negativo. Piense el lector en los efectos perjudiciales que podría tener una estadística fraguada en el consumo de remedios, o de artículos de perfumería, o de alimentos etc.

Para evitar estos efectos, creemos que sería conveniente que una futura legislación modifique los art. 4 de la LDC y el 1100 del CCyC. Nos parece que es posible agregar una norma, a continuación de los artículos citados, que establezca que cuando una publicidad o una información se base en datos estadísticos el proveedor deberá informar la fuente y el método utilizado, la composición detallada de su universo (por sexo, edades y segmentación socioeconómica) y la fecha en que fue realizada.

La norma, en definitiva, debería exigir que las empresas descubran al público todos los datos técnicos que sean relevantes para determinar que la encuesta estadística tiene un nivel razonable de credibilidad.

(5) La ley del mínimo esfuerzo: el consentimiento por default y el uso de cláusulas supletorias desventajosas. Hay un viejo refrán que describe, a veces en forma despectiva, que siempre tomamos el camino de la menor exigencia y cumplimos las obligaciones asumidas en su mínima expresión. La ley del mínimo esfuerzo es el nombre de ese pensamiento popular que muchas veces nos incrimina y pocas tengamos buenas defensas para salir airosos de la acusación.

Por ejemplo, si nos piden que vayamos a comprar una docena de facturas, elegimos ir a la panadería más cercana, aun sabiendo que un poco más lejos está la mejor panadería de la ciudad. Cuando se nos pide que elijamos entre dos o más opciones, siempre optamos por la que nos resulte más cómoda en términos de

³⁶ *La idea general está clara. Si los arquitectos de las decisiones quieren modificar la conducta y hacerlo con un nudge, simplemente pueden informar a la gente lo que están haciendo los demás. A veces las prácticas ajenas son sorprendentes, y por tanto conocerlas causa un profundo efecto.* (Thaler, Richard – Sunstein, Cass, *Un pequeño empujón*, ... p. 78 -79).

esfuerzos personales. Normalmente, preferimos quedarnos el menor tiempo posible en el trabajo, o donar la menor cantidad de plata requerida para una campaña solidaria a la que adherimos, o escribir la menor cantidad de artículos requeridos para permanecer en la cátedra que nos aceptó en su equipo.

Estamos dominados por los efectos de un patrón de conducta que nos impulsa a buscar el máximo nivel de confort con el menor esfuerzo posible. El problema de esta tendencia humana es que no siempre nos conviene ir a la panadería más cercana, o trabajar menos. No son pocas las veces la *Ley del Mínimo Esfuerzo* (LME) nos lleva a fracasos parciales o, incluso, a la ruina total. Sin embargo, aun conociendo esa posibilidad de fracaso, nos resistimos a cualquier esfuerzo y procuramos gastar el menor esfuerzo en las cosas que hacemos. En definitiva, la LME no es un refrán, sino una evidencia científica que describe una forma típica de comportamiento humano.³⁷

Lo que nos interesa de este punto es explicar que la misma tendencia a disminuir los esfuerzos se aplica a la toma de decisiones jurídicas. Así, cuando tenemos que firmar un contrato y elegir entre diversas cláusulas optativas, casi siempre elegimos la que menos esfuerzo de concentración nos requiere. Por ejemplo, si una de las cláusulas de un contrato de adhesión ofrece varias opciones y una última que dice: *ninguna de las anteriores*, lo más probable es que desechemos todas las variantes ofrecidas, permitiendo que quede firme la alternativa supletoria propuesta por el estipulante.

La pregunta clave que corresponde formular frente a esta cuestión fáctica es: ¿qué pasa cuando la opción supletoria es menos conveniente para el usuario que alguna de las que desechó?

Quizás ayude a entender de qué estamos hablando recordar un caso que sabemos, por experiencia propia, que ocurre bastante a menudo. Cada vez que se abre una cuenta bancaria el banco nos ofrece una o más tarjetas de crédito que, normalmente, son aceptadas por su gratuidad y amplitud de beneficios. Sin embargo, luego de unos meses de esperar los resúmenes de gastos el cliente no recibe ni en su

³⁷ Por razones que ya hemos visto, muchas personas toman la opción que requiere el menor esfuerzo o el camino de la menor resistencia... Todas estas fuerzas implican que sí, para una elección determinada, hay una opción por defecto – o una opción que prevalecerá si quien decide no hace nada por cambiarla – cabe esperar que gran número de personas acaben por mantenerla, tanto si es buena para ellas como si no. Y como también hemos visto, esas tendencias conductuales hacia la inacción se verán reforzadas si la opción por defecto conlleva una sugerencia implícita o explícita de que representa la acción normal o incluso la recomendada. (Thaler, Richard – Sunstein, Cass, *Un pequeño empujón*, ... p.107).

domicilio ni en su correo electrónico ninguna notificación de pago. Cuando llamamos al banco, luego de perder bastante tiempo, la persona que nos atiende probablemente nos dirá que el resumen de gastos no fue enviado al correo electrónico porque dicha opción no fue solicitada en el contrato de apertura de la cuenta. Lo cierto es que, a pesar de no haber elegido ninguna opción de cómo recibir el resumen mensual de gastos, es difícil pensar que el resultado de esa omisión equivaldría a la renuncia a recibir el soporte electrónico de los gastos.

Este episodio, que ciertamente se repite con frecuencia, es útil para sacar varias conclusiones: (a) se comprueba que la tendencia al mínimo esfuerzo es un fenómeno real que se manifiesta tal como lo describen los autores que estamos examinando; (b) es altamente probable que esa inacción proveniente de la LME termine siendo perjudicial para el usuario; (c) casi sin excepción las opciones contractuales supletorias importan una ventaja para el prestador del servicio que termina aprovechando las consecuencias de la ley del mínimo esfuerzo.

La buena noticia es que, como enseguida veremos, sería bastante fácil implementar un sistema legal para combatir esta práctica abusiva. Veamos.

Partiendo de la base de que existe un comportamiento humano tendiente a la inacción o a tolerar la menor exigencia posible, el Estado puede regular el funcionamiento de estas estipulaciones supletorias que se aplican por default o indiferencia del contratante.

El libro III, Título II, Capítulo 3, Sección 2, arts. 984 a 989, el Código Civil y Comercial regula los llamados contratos de adhesión. Sería posible agregar un nuevo art., que bien podría ser el 988 bis, y tratar el tema de las estipulaciones contractuales supletorias o por default. En primer lugar,

Esa norma hipotética debería definir el concepto de cláusulas contractuales supletorias y describir sus características; ellas son: (a) la cláusula debe contener varias opciones para que el adherente elija; (b) debe mediar silencio (inacción) del adherente en la elección de alguna de las opciones disponibles; (c) debe estar indicado en forma clara que, en caso de no hacerse uso de ninguna opción, supletoriamente será aplicable la solución contractual prevista por default.

El segundo párrafo de esta norma debería regular las condiciones de validez de la estipulación supletoria. Pensamos que la norma podría utilizar el mismo criterio

establecido en el art. 987 del CCyC, (regla *contra proferentem*) según el cual toda cláusula contractual que resulte ambigua o dudosa debe ser interpretada en sentido contrario a la parte predisponente. En sentido similar, podría disponerse que la estipulación contractual supletoria sólo será válida si está redactada en sentido favorable al adherente, bajo pena de nulidad en caso de favorecer, en cualquier sentido, al estipulante. Asimismo, en caso de decretarse su nulidad el contrato podrá integrarse con alguna de las otras opciones a elección del adherente.

vi) Terminaciones. Para terminar se anotan algunas de las ideas centrales desarrolladas:

- (1) **La razón y la intuición.** Las reglas básicas de la economía y de las ciencias jurídicas fallan, en gran medida, porque asumen, erróneamente, que el individuo es excesivamente racional. En verdad, está demostrado que somos mucho más impulsivos e intuitivos de lo que imaginamos.
- (2) **El optimismo irreal.** Una de las principales características del ser humano es su optimismo excesivo o no realista. Esa tendencia nos hace creer que nuestras habilidades y nuestra suerte es superior a la media. El optimismo no realista y el exceso de confianza son causa frecuente de decisiones económicas y personales perjudiciales.
- (3) **La información comparativa.** El uso de información comparativa puede ser de suma utilidad porque también está demostrado que permanentemente establecemos relaciones comparativas. La comparación de términos relativos es una característica propia de la racionalidad humana. Sería posible exigirle a determinadas empresas de servicios, discriminadas por rubros, que informen las prestaciones que ofrecen en términos comparativos con otras empresas del mismo rubro.
- (4) **El paternalismo libertario.** El Estado debe asumir una forma de intervención virtuosa en las relaciones contractuales entre particulares, y en particular en las relaciones de consumo. Se trata, en definitiva, de una forma de *paternalismo libertario* o virtuoso que procura ayudar a que el individuo tome mejores decisiones. Esta forma de intervención oficial debe ser moderada y compatible con el funcionamiento de las sociedades de consumo propias del

libre mercado.

- (5) **El efecto rebaño.** Una de las maneras más eficaces de manipular nuestras decisiones es apelar al llamado *efecto rebaño* o manada. El ser humano es un animal netamente gregario; es por ese motivo que en la mayoría de los casos actuamos por repetición de conductas y por imitación de modelos anteriores.
- (6) **Las influencias positivas y negativas.** La influencia que los otros es de suma importancia a la hora de tomar decisiones. Esa influencia tiene un aspecto positivo porque el aprendizaje está fuertemente relacionado con la imitación de modelos anteriores y virtuosos. La contracara de este fenómeno es que muchos de los errores que cometemos también son una imitación de los ajenos.
- (7) **La ley del mínimo esfuerzo.** Si una de las cláusulas de un contrato de adhesión ofrece varias opciones y una última que dice: *ninguna de las anteriores*, lo más probable es que desechemos todas las variantes ofrecidas, permitiendo que quede firme la alternativa supletoria propuesta por el estipulante. Por regla, se opta por la estipulación que menos esfuerzo de concentración requiere.
- (8) **Interrogantes.** La pregunta clave que corresponde formular frente a esta cuestión fáctica es: ¿qué pasa cuando la opción supletoria es menos conveniente para el usuario que alguna de las que desechó?
- (9) **Soluciones para evitar los efectos adversos de la ley del mínimo esfuerzo.** Pensamos que se podría utilizar el mismo criterio establecido en el art. 987 del CCyC, (regla contra proferentem) según el cual toda cláusula contractual que resulte ambigua o dudosa debe ser interpretada en sentido contrario a la parte predisponente. En sentido similar, podría disponerse que la estipulación contractual supletoria sólo será válida si está redactada en sentido favorable al adherente, bajo pena de nulidad en caso de favorecer, en cualquier sentido, al estipulante. Asimismo, en caso de decretarse su nulidad el contrato podrá integrarse con alguna de las otras opciones a elección del adherente.