

La información de los proveedores vs. las expectativas de los consumidores.

El optimismo de los consumidores y la obstinación de los legisladores.

El derecho en los tiempos del contrato no leído.

i) Presentación. Según estadísticas y estudios académicos confiables menos de una persona de cada mil lee los contratos de adhesión que suscribe.¹ Este dato es internacional, se repite en todos los países y nos permite adelantar una conclusión que será determinante: nunca, en ningún lugar de mundo, ninguna persona lee, ni leerá jamás, ni uno solo de los contratos de adhesión que por millones se suscriben a diario.

Le pido al amable lector que en los renglones que siguen me acompañe con un recuerdo que seguramente todos compartimos. Pensemos, entonces, en una maestra de tercero o cuarto grado quien al explicarnos las reglas de la multiplicación nos decía con firmeza, pero con infinita paciencia: *Cero por toda la cantidad es igual a Cero*. Es que, cualquier número que se multiplica por cero da como resultado cero porque la repetición acumulativa e infinita de ceros no hace más que sumar vacío al vacío o agregar nada a la nada misma.

Lo mismo ocurre con la información que nos brindan los proveedores sobre los bienes y servicios que consumimos a diario y la **no lectura** de los contratos que firmamos. Veamos. Por más que se derroche información en cantidades industriales, la **no lectura** del contrato la anula como el número gigante que se esteriliza ni bien se lo multiplica por cero.

Dicho en otras palabras: se informa mucho y no se lee nada, con lo cual el único resultado de esa ecuación es que seguimos consumiendo sin estar informados y los proveedores siguen impunes frente a su obligación informativa. Sin embargo, pese a este sombrío diagnóstico, nuestros doctrinarios continúan insistiendo, con asombrosa ingenuidad, en incrementar la misma obligación de informar como si no supieran que ese incremento no tendrá ningún efecto porque es como multiplicar cualquier número por cero.

Los datos estadísticos que hemos consultado son sostenidos e inmodificables y es necesario que sean reconocidos y tratados en la doctrina. Los hombres de derecho, desde el lugar que a cada uno ocupe, estamos obligados a pensar modelos de responsabilidad que se activen aun sabiendo que una de las partes no leyó, y nunca va a leer, el contrato en donde constan sus obligaciones, las de su contraparte y las verdaderas limitaciones del producto adquirido.

ii) El obrar adecuado a derecho que resulta antijurídico. Hablando de paradojas, es necesario entender que existe una forma muy extendida de antijuridicidad que se concreta, por extravagante que parezca, mediante una conducta irreprochable. Veamos. El sujeto que informa sabiendo que la información que ofrece será neutralizada por la comprobada indiferencia de quien debe recibirla sabe,

¹ Ayres, Ian, "THE NO-READING PROBLEM IN CONSUMER CONTRACT LAW" (2014). Faculty Scholarship Series. Paper 4872, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4872, Captura: 28-12-2017

en definitiva, que no está informando nada.

Pues bien; ese informar a sabiendas que no se informa nada es tan antijurídico como la omisión de informar. Por otra parte, esa conducta de hacer algo sabiendo de antemano que su resultado es tan vano como perjudicial y distorsivo, nos lleva directamente al art. 1724 del CCyC. En efecto, pensamos que esta clase de conducta puede y debe ser encuadrada como una las formas posibles que asume el dolo. Es que, como dice la citada norma, el dolo *...se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos.*

A todo esto, hay que agregar que los proveedores, sobre todo aquellos que comercializan las marcas que lideran los mercados de todo el mundo, saben que informan para no informar y que por más que adviertan consecuencias catastróficas sobre el uso de sus productos, sus clientes raramente dejen de serlo porque están dominados por un optimismo impulsivo que los lleva a rechazar cualquier consejo razonable.²

Este optimismo irracional e impulsivo, que algunos estudiosos denominan ‘tentación’, es prácticamente imposible de controlar mediante informaciones que traten de atenuarlo. Una vez que fuimos empujados a los abismos de las tentaciones no hay información que pueda detener el impulso.

Richard Thaler (Premio Nobel de economía 2017) estudio estos impulsos no racionales y concluyó que: *Los problemas de autocontrol combinados con la decisión irreflexiva tienen malas consecuencias para la gente real. Millones de personas todavía fuman a pesar de que está demostrado que fumar tiene consecuencias terribles para la salud y, lo que es más significativo, la gran mayoría de los fumadores afirmar que les gustaría dejarlo. Casi dos tercios de los estadounidenses tiene sobrepeso o están obesos. Muchas personas nunca llegaron a suscribir el plan de pensiones de su empresa, aunque cuenten con importantes ayudas*³

No se trata de informar a destajo, sino de analizar los aspectos más importantes que hacen a la estructura de la personalidad de los sujetos y saber que siempre la conducta impulsiva va a prevalecer sobre la que es más reflexiva. La tentación ejerce sobre el deseo una fuerza que domina fácilmente a los pensamientos más moderados. Este es un secreto a gritos entre los que estudian estas cosas.⁴

Pero volvamos al punto referido a las conductas que son, al mismo tiempo, *irreprochables* y antijurídicas. Matilde Zavala de González se refiere a estas situaciones (antijuridicidad difusa) que

² Ellos sí estudian la psicología cognoscitiva y las neurociencias que no se estudian en las universidades derecho argentinas. El subdesarrollo académico que padece nuestro país es otra cuestión insoslayable.

³ Thaler, Richard – Sunstein, Cass, *Un pequeño empujón*, Belén Urrutia (trad.), Buenos Aires, Taurus, 2018, p. 61.

⁴ *La mayoría de la gente es consciente de que la tentación existe, por eso toma medidas para vencerla. El ejemplo clásico es el de Ulises, que afrontó el peligro de las sirenas y su canto irresistible. En frío Ulises ordenó a la tripulación que se papara los oídos con cera para que la música no les tentara. También pidió que le ataran al mástil para poder escuchar la música y que las ligaduras le impidieran sucumbir, en caliente, a la tentación de dirigir la nave hacia ellas.* (Thaler, Richard – Sunstein, Cass, *Un pequeño empujón...*, p. 58 y 59).

describen conductas que parecen jurídicas pero que provocan daños.⁵

Pizarro y Vallespinos al analizar la última parte del art. 1724 del CCyC señalan que: “A diferencia del art. 1072 del código civil derogado, no se requiere intención de dañar. Basta para su configuración que el daño se cause de manera intencional... o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos...Es suficiente, a tal fin, con que el sujeto se represente internamente el resultado necesariamente ligado al efecto querido,... o proceda de igual modo con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos”.⁶

En definitiva, no es tan complejo imaginar que gran parte de las empresas que dominan los mercados internacionales elaboran campañas publicitarias cuya finalidad primaria es no informar simulando que se suministra información precisa, clara y detallada. Ese desinterés del sector empresario, cuidadosamente disimulado, frente a la obligación de informar, cuyo incumplimiento se sabe positivamente que causará daños es asimilable al dolo que se describe en la segunda parte del art. 1724 del CCyC. Sin embargo, el deber informar, tal como está pensado en nuestras leyes, es una vía rápida para la repetición de daños y un pasaporte hacia la impunidad de los proveedores. En ese sentido, la modificación de la ley de defensa del consumidor que se anuncia con más pompa que sustancia va en camino de consolidar este binomio distorsivo de la información que desinforma.

Desgraciadamente estamos sumidos en un notable atraso doctrinario y eso nos hace seguir insistiendo con fórmulas viejas que parecen renovadas, aun sabiendo que toda la información será neutralizada ni bien sea depositada en un contrato que **NUNCA SERÁ LEÍDO POR NADIE**. Así, nos cansamos de reformular el art. 4 de la ley 24.240 para que la información que reciben los usuarios sea exactamente la misma porque, como ya hemos explicado un poco más atrás, se trata de una suma de zeros cuyo resultado nunca cambia.

Parece no advertirse que el problema no está en el contenido de la información que se brinda, sino en el excesivo optimismo que los seres humanos tienen para interpretar esa información, lo que motiva que se rechace cualquier información que achate o contraríe ese optimismo, mostrando las limitaciones e imperfecciones que tienen las cosas que deseamos.

Esto significa que, según nuestro pensamiento, hay que focalizar el estudio en la psiquis humana y prestarle menos atención a los manuales de instrucciones que hacen las empresas. Se trata de empezar a estudiar (desde el derecho) la estructura de la personalidad humana porque las leyes están dirigidas a hombres y mujeres que actúan de determinada manera que, por cierto, es bastante predecible. Como dice Dan Ariely⁷ somos *previsiblemente irracionales* y quien regule nuestras conductas debe conocer estos aspectos del ser humano que ahora se conocen con mayor precisión.⁸

⁵ *Las conductas antijurídicas y lesivas son fuentes de daños injustos, pero también poder surgir de actividades permitidas y aprobadas socialmente, con prescindencia de un obrar concreto que pueda considerarse como ilícito.* (Zavala de Gonzáles, Matilde, La responsabilidad civil en el nuevo Código, Córdoba, Alveroni Ediciones, 2015, T° 1, p. 127.

⁶ Pizarro – Vallespinos, Tratado de Responsabilidad Civil, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2017, T° 1, p. 432 y 433.

⁷ Dan Ariely, nació el 29 de abril de 1968 en New York. Es Profesor de Psicología del consumo en MIT, Duke y Princeton.

⁸ *Mi siguiente información es la de que no sólo somos irracionales, sino previsiblemente irracionales; es decir, que nuestra irracionalidad se produce siempre del mismo modo una y otra vez. Ya actuemos como consumidores, como empresario o como responsables de decisiones políticas, comprender el modo en que somos previsiblemente irracionales proporciona un*

Los estudios más avanzados de la psicología cognoscitiva saben que en la estructura de la psiquis humana prevalece un optimismo natural que, en alguna medida, es insano porque nos impide ver las limitaciones o los defectos de las cosas que queremos comprar con el escaso presupuesto de que disponemos.

Daniel Kahneman (1934, científico israelí, Premio Nobel de economía 2002) en su libro *Pensar rápido, pensar despacio*, cuya lectura debería ser obligatoria en las escuelas de derecho, describe al optimismo como motor del capitalismo. Y también, agregamos nosotros, como fuente directa de daños.⁹

Es que, de la misma forma que existe una tendencia humana a creer que nuestras habilidades son superiores a lo que realmente son, esa tendencia se repite en nuestra modalidad consumo. Estamos dominados por un optimismo irracional que nos hace pensar que los productos que podemos comprar son mejores de lo que realmente son.

Una buena información es la que opera sobre este nivel irracional del optimismo. La información correcta debe estar orientada a atenuar el optimismo humano antes que a describir las bondades del producto.

iii). Los peligros de la compulsión legislativa. Desde hace unos años, más precisamente desde la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, se vive una especie de compulsión legislativa en la que parece que todas las leyes deben ser modificadas o derogadas o suplantadas por otras que se presentan más modernas o más progresistas o más útiles para la sociedad.

Así, con variadas excusas que en muchos casos resultan poco verosímiles se está emprendiendo la tarea de modificar o derogar la actual ley de defensa del consumidor. El anteproyecto de reforma ya fue presentado por la Comisión designada por el Poder Ejecutivo para cumplir la tarea reformista.

Sin embargo, a poco de leer ese anteproyecto hemos notado que nada de lo que hemos explicado en este ensayo breve está plasmado en su articulado. Ello obedece, en principio, a que en nuestra doctrina no se habla de estos temas (salvo contadas excepciones) y se sigue pensando que el mayor logro es modificar leyes para no modificar realidades. Los empresarios, desde luego, están sumamente complacidos con esta situación porque les resulta fácil y conveniente llenar el envoltorio de un producto con información certera y detallada que, como todos saben, nadie lee.

Es necesario que se trabaje no ya sobre la información que reciben los usuarios, sino sobre el concepto de expectativas contractuales razonables. Recordemos que el código vigente trata específicamente a los contratos de adhesión (arts.984 a 989 CCyC) y es allí donde, según pensamos,

punto de partida para mejorar nuestra capacidad de decisión, cambiando para mejor nuestra forma de vida. (Ariely, Dan, *Las trampas del deseo*, Francisco J. Ramos (Trad.), Barcelona, 2009, p.18).

⁹ *Casi todos los humanos vemos al mundo más benigno de lo que realmente es, nuestras capacidades más estimables de lo que realmente son, y los fines que perseguimos más fáciles de lograr de lo que realmente son. También tendemos a exagerar nuestra capacidad para predecir el futuro, lo cual fomenta un optimista exceso de confianza. Por sus consecuencias para las decisiones, el sesgo optimista puede muy bien considerarse el más destacable de los sesgos cognitivos. Como el sesgo optimista lo mismo puede bendecirnos que condenarnos, quien sea optimista por temperamento debería ser precavido en medio de su contento.* (Kahneman, Daniel, *Pensar rápido, pensar despacio*, Joaquín Chamorro Mielke (Trad.), Debate, 2018, p. 334).

podrían realizarse estas modificaciones que señalamos en este breve e incompleto ensayo.

Una eventual reforma de la ley de defensa del consumidor debe tratar adecuadamente el tema de las expectativas contractuales como factor atributivo de responsabilidad objetiva. Después de todo, nada impide a que se añada a la teoría del riesgo creado un nuevo factor atributivo de responsabilidad relacionado con la creación o la defraudación de expectativas.

En sentido muy similar, Pizarro y Vallespinos señalan que: *“De cualquier modo, conviene insistir en que el ámbito de los factores objetivos de atribución se caracteriza por su marcado pragmatismo. De allí que aquéllos constituyan un catálogo abierto que admite nuevas incorporaciones, en la medida en así lo requieran las necesidades sociales”*.¹⁰

El deber genérico de no dañar y la buena fe como principios rectores del Derecho son condiciones necesarias, pero no suficientes para alcanzar una protección contractual más específica y acorde a los tiempos que corren. Nuestros días están atravesados por el asombroso desarrollo de la inteligencia artificial, los algoritmos, los sesgos del pensamiento, etc.

Es absolutamente necesario crear leyes que estén a la altura de los nuevos aportes que provienen de las ciencias del conocimiento. No se trata de dictar nuevas leyes y al poco tiempo modificarlas por otras que, sin serlo, se enuncian como superadoras de las viejas que se derogan solo porque pasaron de moda o porque sea conveniente para la agenda propia de algún político.

Cambiar una ley de defensa del consumidor sin primero realizar un profundo estudio de la estructura de la personalidad del consumidor, a la luz de las nuevas investigaciones, es condenar esa normativa al fracaso. Y cuando una ley tan importante fracasa, fracasamos todos.

iv) El código Civil y Comercial como piso de protección de los consumidores.

En nuestra opinión, hasta que la doctrina nacional no evolucione un poco más (Y somos muy pesimistas frente a esta posibilidad) sería muy aconsejable no modificar la ley de defensa del consumidor. En lugar de una reforma tan ardua, podríamos empezar a utilizar las herramientas disponibles en los diversos ordenamientos normativos vigentes. Veamos esto con un poco más de detalle

En el asunto que estamos examinando, que no es otro que el de las expectativas que los consumidores tienen con relación a los bienes y servicios que consumen, existe la regla del artículo 961, segunda parte, del CCyC que dispone: *“Los contratos... Obligan no solo a lo está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos...”*

La norma, al menos en este punto concreto, nos está diciendo que hay una parte del negocio jurídico que no se enuncia en el contrato. Pero también nos está diciendo que esa parte no enunciada del contrato es igualmente obligatoria y, eventualmente, puede encender la responsabilidad de la parte que no la cumple. Dicho, en otros términos: en la dinámica de art. 961 del CCyC es perfectamente

¹⁰ Pizarro – Vallespinos, Tratado de Responsabilidad Civil, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2017, T° 1, p. 453

posible atribuir responsabilidad por las expectativas defraudadas.¹¹

Esa formulación tácita que no se escribe en el contrato, está constituida por las expectativas reales e inconfesadas que los consumidores tienen con relación a los productos y servicios que adquieren. Por el otro lado, los proveedores, que son la otra parte del mismo contrato, tienen perfecto conocimiento de las expectativas de sus clientes. Dicho sin metáforas: los proveedores saben perfectamente que las ilusiones de sus clientes jamás serán alcanzadas por los productos que les venden.

v) El fabuloso negocio del optimismo obeso. Todo lo que hemos descripto en los puntos que anteceden es perfectamente conocido por las grandes compañías que comercializan masivamente bienes y servicios.

Lo saben por la sencilla razón que ellos mismos son quienes ‘fabrican’ las ilusiones con publicidades de notable eficiencia y las defraudan con productos de calidad módica. Los proveedores (sobre todo las compañías líderes) generan entre sus potenciales clientes expectativas optimistas (exageradamente optimistas) porque también saben que esas ilusiones son las que impulsan las ventas. Del mismo modo, saben que sus productos nunca podrán alcanzar esas las expectativas de esa ilusión.

En el medio de todo esto hay en juego un negocio enorme que consiste recibir el precio de expectativas obesas, pero deliberadamente engordadas, y ofrecer a cambio productos de una calidad atenuada. Ergo: la clave de la comercialización exitosa consiste en aumentar las expectativas de los clientes. Ello explica el motivo por el cual las grandes compañías gastan sumas verdaderamente obscenas en campañas publicitarias cuya única finalidad es crear ilusiones y dejar que sean ellas las encargadas de elevar el precio de los productos.

El producto que está en la vidriera de un negocio elegante, al igual que las imágenes de los sueños que nos confortan durante el descanso, siempre brilla más que las opacidades de lo real. Es la vida. Pero eso no quiere decir que no pueda mejorarse la teoría general del contrato.

vi) Epílogo. En las relaciones jurídicas de consumo encontramos un bando que añora calidades ficticias y otro que sabe que esas añoranzas serán decepcionadas. El problema es complejo porque involucra a usuarios demasiado optimistas y a proveedores que estimulan ese optimismo insostenible.

La información eficiente no es la que nos dice que un reloj es resistente al agua o sumergible porque esos datos son abstractos y complejos para el adquirente. La información útil es la que nos dice que este reloj que añoramos comprar para ir a bucear al Caribe es apenas útil para lavar los platos sin riesgo de arruinarlo.

¹¹ La norma ofrece un criterio para considerar incluidos dentro del conjunto obligacional emergente del contrato a ciertos deberes que, aunque no estén explícitamente acordados por las partes, pueden considerarse virtualmente comprendidos en él...El criterio que la norma establece para precisar la extensión de las obligaciones o deberes implícitos emergentes del negocio es la razonabilidad con la que se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor (Esper, Mariano en, Bueres, Alberto J, (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Hammurabi, 2016, T°3 C, p. 69).

Informar, entonces, es achatar el optimismo del usuario, pero esto, a su vez, achata las ventas y la renta empresarial. Esa la tensión que el Estado debe regular de manera inteligente.

Una correcta interpretación del art. 961 del CCyC puede ser de gran utilidad si los jueces se decidieran a aplicarlo. Empero, para ello es necesario que haya una verdadera renovación doctrinaria antes que legislativa. Estamos leyendo literatura jurídica gastada. El mundo está hablando de neurociencias y esos avances no se encuentran plasmados en los debates o en las leyes que se proponen como innovadoras.

Me complace terminar este artículo con una cita del notable científico argentino, Facundo Manes: *“¿Tendrá sentido preguntarse cuándo fue que empezó el futuro? ¿Cuál será la respuesta definitiva de este oxímoron, en el que el verbo se conjuga en pasado cuando se habla de algo que está por venir? Quizás en estas contradicciones se encuentre la clave, porque aquello que se esperaba ya está entre nosotros: la hiperconexión, el presente continuo en donde se fusionan todos los tiempos, la vida larga y a prisa, los avances tecnológicos que de tan asombrosos ya no asombran. Y ahora que llegó, nos preguntamos qué vamos a hacer con este futuro y qué va a hacer el futuro con nosotros”*.¹²

Es imprescindible que la academia nacional salga de su letargo autorreferencial y asuma una agenda de futuro.

¹² Manes, Facundo – Niro, Mateo, El cerebro del futuro, Buenos Aires, Planeta, 2018, p.