

XVIII CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO DEL CONSUMIDOR - 2018

Comisión Nº 3: Perspectiva constitucional de la información y la publicidad dirigida a consumidores. Mecanismos de tutela.

Título: Tutela constitucional del derecho de información del consumidor

Autor: Matías Irigoyen Testa. Universidad Nacional del Sur (UNS), Bahía Blanca.¹

Resumen: El DNU 27/2018 reformó el art. 4º LDC e invirtió la *default rule*, en caso de silencio, sobre el soporte debido para otorgarse la información a favor del consumidor (ahora es el soporte electrónico). En esta investigación analizamos esa nueva regla, conforme con los fines constitucionales de la protección del consumidor (art. 42 CN). Concluimos que la nueva *default rule* incumple la finalidad tuitiva constitucional y, por lo tanto, realizamos recomendaciones de *lege lata* y de *lege ferenda* en consecuencia.

TUTELA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE INFORMACIÓN DEL CONSUMIDOR

I.- INTRODUCCIÓN

En enero de 2018 el Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) 27/2018 (B.O. 11/1/2018) modificó el artículo 4º de la Ley de Defensa del Consumidor (ley 24.240, B.O. 15/10/1993, en adelante, LDC), invirtiendo la regla por defecto (*default rule*), en caso de silencio, sobre el soporte en que debe otorgarse la información por parte del proveedor: antes era en soporte físico (art. 4º LDC, según reforma de la ley 27.250, B.O. 14/6/2016) y ahora es en soporte electrónico.

Sobre el particular, existe discrepancia en la doctrina sobre si esta nueva *default rule* se traduce en una peor o mejor protección para el consumidor. Un sector doctrinario considera que existe un empobrecimiento del régimen tuitivo del consumidor, en particular, contra consumidores en situación de hipervulnerabilidad, más específicamente, los llamados "analfabetos informáticos".² Otra posición considera que la protección del consumidor no se encuentra vulnerada, incluso habría mejorado.³ Este sector justifica aquella afirmación en cuestiones económicas, esencialmente en la reducción de costos del proveedor (por el empleo del soporte electrónico), que repercutirán en una disminución de precios, beneficiando finalmente, en general, a los consumidores.⁴

En este trabajo estudiamos el nuevo artículo 4º de la LCD conforme con los fines constitucionales de la protección del consumidor (art. 42, Constitución Nacional, en adelante, CN), realizando una exégesis de acuerdo al Análisis Jurídico Tradicional (en particular, el método exegético teleológico e histórico-sociológico) y, atento a los argumentos esgrimidos por el segundo sector doctrinario mencionado, también desde el Análisis Económico del Derecho (en adelante, AED), específicamente, conforme con la Economía Tradicional⁵ y la Economía del Comportamiento ("*Behavioral Economics*").⁶ Por último, para los lectores menos familiarizados con el AED, ofrecemos un desarrollo más profundo en el Anexo del presente trabajo.

¹ Esta ponencia fue previamente discutida en el ámbito del Proyecto Grupal de Investigación "Análisis Económico y Jurídico de los Derechos del Consumidor" (cuyo director es el autor de este trabajo), Departamento de Derecho, Universidad Nacional del Sur (UNS), Bahía Blanca. El autor es profesor titular, ordinario, en esa universidad y en la Universidad Torcuato Di Tella, Buenos Aires.

² Sobre el particular, por ejemplo, Federico M. Álvarez Larrondo, expone "[n]o se explica la razón, ni la conveniencia de dejar sin efecto un derecho adquirido por todos los consumidores, y que a nuestro entender, protegía adecuadamente a los 'analfabetos informáticos o digitales'." ÁLVAREZ LARRONDO, F. M. "Las reformas en el campo del Derecho del Consumo", *Sup. Esp. - Decreto de desburocratización y simplificación*, 2018 (febrero), 28/02/2018 (AR/DOC/407/2018, p. 10). En la misma línea, Agustín Bender explica: "Para dar un ejemplo, no se cumpliría adecuadamente con el mandato constitucional de información adecuada entregando a un consumidor con impedimento visual, una propuesta de contrato por escrito. Tampoco se cumpliría entregando información en soporte electrónico, a un analfabeto digital (persona que no sabe cómo utilizar las nuevas tecnologías)." BENDER, A., "El deber de información a los consumidores, antes y después del dec. 27/2018", *ADLA* 2018-3, 59 (AR/DOC/190/2018, p. 3).

³ Por ejemplo, Javier Wajtraub, explica que "Finalmente consideramos que nos encontramos frente a un paso adecuado en el marco de la tendencia de gran parte de las últimas modificaciones de la normativa consumerista que intentaron mejorar la protección del débil a la par de contribuir a un mercado más dinámico y competitivo, lo que constituye en otro beneficio en sí mismo." WAJNTRAUB, J., "La nueva configuración del deber de información genérico", *Sup. Esp. - Decreto de desburocratización y simplificación*, 2018 (febrero), 28/02/2018, 167 (AR/DOC/408/2018, p. 6).

⁴ Por ejemplo, Christian A. Cao explica que "[s]e debe destacar que los medios digitales suministrados por la tecnología permiten reducir los costos de emisión y suministro de la información al consumidor, dentro de los cuales sobresalen los de impresión —en línea con el uso sustentable de los recursos naturales— y los relacionados con el envío postal." CAO, C. A., "El derecho de información del usuario y consumidor y su eficacia a la luz de las nuevas tecnologías de comunicación. Comentario al decreto 27/2018" *ADLA* 2018-3, 73 (AR/DOC/130/2018, p. 4).

⁵ Véase ACCIARRI, H.A. y TOLOSA, P., "El Análisis Económico del Derecho del Consumidor", en VÁZQUEZ FERREYRA, R. y PICASSO S. (directores), *La Ley De Defensa Del Consumidor. Anotada y Comentada*, t. 2, La Ley, Buenos Aires, 2009, pp. 1-65.; ACCIARRI, H.A., CASTELLANO, A. y TOLOSA, P., "Análisis Económico del Derecho y Protección Jurídica de los Consumidores", *Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa, La Ley*, nº 2(1), 2011, pp. 57-80; CASTELLANO, A., "Defensa del Consumidor e Instituciones Jurídicas. Un Análisis Económico", *Número Especial sobre Derecho y Economía, Jurisprudencia Argentina*, mayo de 2006, pp. 52-62.

⁶ Sobre los principales lineamientos del Análisis del Comportamiento, véase CASTELLANO, A. y CHAZ SARDI, M.C., "Protección del Consumidor: Regulación de la Publicidad y el Uso de Nudges", *The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics*, nº. 2(1), pp. 135-150. Disponible en URL: <http://laijle.alacde.org/journal/vol2/iss1/5>; Castellano, A., y CHAZ SARDI, M. "Análisis Económico del Derecho del Consumidor: elección, heurísticas y sesgos de percepción", *eScholarship, Latin American and Caribbean*

II.- FINES CONSTITUCIONALES DE LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

La norma principal relacionada con la hermenéutica jurídica nacional la encontramos en el art. 2º del CCCN. En los fundamentos de esta norma, se explica lo siguiente:

*De conformidad con lo que señala la mayoría de la doctrina, la decisión jurídica comienza por las palabras de la ley. También, incluimos sus finalidades, con lo cual dejamos de lado la referencia a la intención del legislador. De ese modo **la tarea no se limita** a la intención histórica u originalista, sino que se permite una consideración de las finalidades objetivas del texto en el momento de su aplicación.⁷ [El destacado nos pertenece.]*

Por consiguiente, cuando analizamos la finalidad de ley, ya sea suprema o infraconstitucional, **no debemos limitarnos** a la intención histórica u originalista de la norma —que también es una pauta interpretativa, a través del método de investigación exegético teleológico—sino que deberíamos *también tener en consideración* las finalidades objetivas del texto en el momento de su aplicación (método de investigación histórico-sociológico).⁸

Así, comenzando con el primer método mencionado (relacionado con la intención o finalidad histórica u originalista de los convencionales constituyentes nacionales de 1994), advertimos que el Miembro Informante de la Convención Nacional Constituyente sobre "Defensa del Consumidor", Roberto O. Irigoyen, en cuyo homenaje se organiza el presente *XVIII Congreso Nacional de Derecho del Consumidor y II Encuentro Nacional de Profesores de Derecho del Consumidor* (para los cuales se presenta esta ponencia),⁹ nos informa lo siguiente, en los "Fundamentos de la cláusula constitucional sobre defensa del consumidor":

*"Debemos decir que el derecho del consumidor busca nivelar y elevar al consumidor, para encontrar la necesaria nivelación en la relación, a fin de que ambos sujetos de ella se encuentren **realmente** en las mismas situaciones como para contratar."¹⁰ [El destacado nos pertenece.]*

Consiguientemente, la finalidad buscada con la norma constitucional, atento a la debilidad genérica, jurídica y negocial, por parte del consumidor, es la justicia correctiva, a favor de la parte débil de la relación de consumo, buscándose *nivelar y elevar al consumidor, para lograr que ambos sujetos se encuentren realmente en las mismas (o similares) situaciones como para contratar.*

Por otra parte, en los mismos fundamentos también se explica:

Diríamos también que el derecho avanza en su concepción para reconocer que aparte de que los actos jurídicos tienen consecuencias jurídicas, también poseen --y esto es muy importante-- consecuencias económicas fundamentales.¹¹ (...)

Frente a eso es necesario que surja un derecho tuitivo, que tiene que nacer y florecer --como se ha dicho-- de este derecho del consumidor. Y florece a nivel de las mejores legislaciones del mundo. Es importante señalar que son las del Primer Mundo --como vamos a ver-- las que comienzan por reconocer la necesidad de la protección del consumidor. Y no tengamos presente que esto pudiera ser un atentado, como algún sector económico ha manifestado, respecto a afectar al propio mercado. Por el contrario, el derecho del consumidor significa un reaseguro de la libre competitividad en el mercado; le da transparencia y posibilita el ejercicio de la libertad económica. Y éste específicamente en función de una finalidad, que es la libre elección de los productos por parte del consumidor.¹²

En otras palabras, según estos fundamentos (y el artículo 42 de la CN, que lo indica explícitamente) el derecho constitucional tuitivo del consumidor funciona también como un reaseguro de la defensa de la

*Law and Economics Association (ALACDE), Annual Papers, 2012. Disponible en URL: <http://escholarship.org/uc/item/91b9p4dh>; SIMON, H.A. "Theories of Bounded Rationality", en MCGUIRE, C. B. y RADNER, R. (editores), *Decision and Organization*, North-Holland, Amsterdam, 1972, pp. 161-176; SIMON, H.A. "Rationality in Psychology and Economics" *The Journal of Business*, 59(4), octubre 1986, pp. S209-S224; TVERSKY, A. y KAHNEMAN, D. "Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases", *Science*, 185(4157), septiembre, 1974, pp. 1124-1131; TVERSKY, A., y KAHNEMAN, D. "The Framing of Decisions and the Psychology of Choice", *Science, New Series*, 211(4481), enero, 1981, pp. 453-458; KAHNEMAN, D., KNETSCH, J.L., y THALER, R.H. "Anomalies: The endowment Effect, Loss Aversion and Satus Quo Bias" *Journal of Economics Perspectives*, 5(1), 1991, pp. 193-206.*

⁷ *Proyecto de Código civil y comercial de la Nación, Proyecto de Código civil y comercial de la Nación*, 1ª edición, Infojus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2012, p. 531.

⁸ En otras palabras, no deberíamos limitarnos a realizar una interpretación exegética teleológica, buscando exclusivamente los propósitos que presuntivamente se procuraron lograr con la sanción. Por el contrario, se debe además utilizar el método de conocimiento histórico-sociológico, detectando las finalidades objetivas del instituto en función de los requerimientos de la sociedad, en cada momento histórico que se haga. Véase HERRERA, E., *Práctica metodológica de la investigación jurídica*, 1ª edición, Editorial Astrea, Ciudad de Buenos Aires, pp. 11-12. Al respecto, Jorge Mosset Iturraspe ha manifestado: "Ocurre que las palabras de la ley deben enriquecerse con el contexto -interpretación sistemática-, con los antecedentes históricos y legislativos y con la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada. Todo ello no significa otra cosa, en nuestra opinión, que atender al espíritu y a la finalidad de la ley". MOSSET ITURRASPE, J., "El plexo normativo: el finalismo de las leyes. Los usos y costumbres. (En el Proyecto de Unificación)", *LA LEY*, 1987-D, Buenos Aires, p. 1087 y ss. (*La Ley Online*, p. 1).

⁹ Véase *XVIII Congreso Nacional de Derecho del Consumidor y II Encuentro Nacional de Profesores de Derecho del Consumidor*, en homenaje a Roberto Irigoyen, organizado por el Instituto Argentino de Derecho del Consumidor y el Departamento de Derecho, Universidad Nacional del Sur (UNS), Bahía Blanca, los días 18 y 19 de mayo de 2018, en el sitio web oficial del Departamento de Derecho, UNS, en: <http://www.derechouns.com.ar/congreso-derecho-consumidor-2018/>

¹⁰ IRIGOYEN, R., "Fundamentos de la cláusula constitucional sobre defensa del consumidor", *LA LEY* 1994-E, 1020 (*La Ley Online*, p.1).

¹¹ *Ibidem*.

¹² IRIGOYEN, *loc. cit.* (*La Ley Online*, p. 2).

competencia, contra toda forma de distorsión de los mercados y de la libertad de elección de productos o servicios por parte del consumidor o usuario.

La explicación de estas afirmaciones la encontramos en la literatura sobre AED. Así, desde esta disciplina, específicamente, siguiendo a la Economía Tradicional, se enseña que la necesidad de un régimen tuitivo que implique una real justicia correctiva, se relaciona con la existencia de un fallo de mercado, que distorsiona el equilibrio óptimo de este, conocido como "información asimétrica". Esto se debe a que los proveedores, que actúan profesionalmente (art. 2º, ley 24.240, Ley de Defensa del Consumidor [LDC], B.O. 13/10/1993),¹³ tienen mayor información sobre los bienes y servicios que comercializan, que un consumidor que es lego en la materia (art. 1º de la LDC). Así, la "información asimétrica" genera un problema de selección adversa,¹⁴ un incremento de transacciones voluntarias ineficientes¹⁵ y un aumento de daños no tolerables socialmente.¹⁶ Todo lo anterior distorsiona el equilibrio óptimo del mercado, en contra de la economía en general, y de los consumidores en particular. (Como ya se indicó, para los lectores menos familiarizados con la literatura del AED, hemos explicado estos temas, con mayor profundidad, en el Anexo de este trabajo.)

Por otra parte, siguiendo ahora un análisis a partir del método histórico-sociológico,¹⁷ es decir, según las finalidades objetivas del texto constitucional en el momento de su aplicación, a todo lo anterior deberíamos agregar las enseñanzas más recientes desde el AED, pero ahora también desde su posterior enfoque a partir de la Economía del Comportamiento.¹⁸ Esta expone que el problema de "información asimétrica" se encuentra agravado por un "fallo del comportamiento", atento a la llamada "racionalidad acotada" (o limitada) del consumidor, que le impide discernir y digerir adecuadamente la información que posee. Así, los efectos de la "información asimétrica" están acrecentados cuando estamos ante la racionalidad limitada del consumidor. Por lo tanto, para lograr que ambos sujetos se *encuentren realmente* en las mismas (o similares) condiciones para contratar, cuando se trata de consumidores que se puede inferir que poseen una mayor "racionalidad acotada", que el resto de los consumidores, por ejemplo, aquellos en situaciones de hipervulnerabilidad (por razones de edad, discapacidad, o socio-económicas-culturales), se debería intensificar esa protección. Así, en el último Congreso Argentino de Derecho del Consumidor y Encuentro Nacional de Profesores de Derecho del Consumidor (noviembre de 2017), se concluyó por unanimidad, respectivamente, en sus dos comisiones ("comisión 1: prácticas y cláusulas abusivas" y "comisión 2: medios alternativos y protección procesal del consumidor"), lo siguiente: 1) "El estándar de apreciación de la ilicitud de las prácticas abusivas debe contemplar las situaciones de hipervulnerabilidad de los consumidores."¹⁹ 2) "La hipervulnerabilidad del consumidor exige intensificar las garantías procesales contenidas en el sistema de protección de consumidores y usuarios."²⁰

Así podemos concluir desde el análisis jurídico tradicional y AED, en su conjunto, que la finalidad actual del derecho constitucional del consumidor en Argentina, es procurar *nivelar y elevar al consumidor, intensificándose esa nivelación ante consumidores en situación de hipervulnerabilidad, para lograr que este y el proveedor se encuentren realmente en las mismas (o similares) situaciones como para contratar, mitigando así los problemas de información asimétrica en el sector, agravados por la racionalidad limitada de la parte débil.*

¹³ Aunque el profesional actúe de manera ocasional, podrá ser considerado proveedor (art. 2º de la LDC).

¹⁴ Véase Anexo, apartado "1.- Selección adversa".

¹⁵ Véase Anexo, apartado "2.- Transacciones ineficientes". Desde el AED se suele utilizar el término eficiencia según el criterio de Pareto o Kaldor-Hicks. En general, las investigaciones se basan en este último criterio. Según el primer criterio de eficiencia, una situación es un óptimo de Pareto cuando nadie puede estar mejor, sin que, por lo menos, otra persona esté en una situación peor. Por otra parte, según el llamado criterio de Kaldor-Hicks, estamos frente a una situación óptima cuando no existe margen de mejoría, puesto que, ante un cambio, los ganadores obtendrían beneficios inferiores a las pérdidas que otras personas soportarían (el bienestar de la comunidad disminuiría). Este criterio, sólo mide si los ganadores podrían, en términos hipotéticos, compensar con lo ganado a los perdedores, sin requerirse que esa eventual compensación se efectivice. Véase POSNER, R. A., *Economic Analysis of Law*, Ed. Little, Brown and Company, Boston, Toronto, Londres, 1992, p. 14. Véase también ACCIARRI, H. A., *Elementos de Análisis Económico del Derecho de Daños*, ALACDE - George Mason University, Law & Economics Center, Berkeley, 2009, p. 12.

¹⁶ Véase Anexo, apartado "3.- Nivel de daños".

¹⁷ Véase nota a pie de página 8 del presente trabajo.

¹⁸ La llamada Economía del Comportamiento es posterior a las enseñanzas de la Economía Tradicional. Sin embargo, lleva muchos años también influenciando en el mundo científico. No obstante, en los países Latinoamericanos en general, podríamos decir que estas ideas logran sus máximos impactos en los diseños institucionales, con posterioridad a la última reforma de la Constitución Nacional Argentina.

¹⁹ Véase las "Conclusiones y Recomendaciones" del XVII Congreso Nacional de Derecho del Consumidor y I Encuentro Nacional de Profesores de Derecho del Consumidor, en memoria al Profesor Dr. Félix A. Trigo Represas, organizado por el Instituto Argentino de Derecho del Consumidor y la Facultad de Derecho, Universidad Nacional del Mar del Plata, Mar del Plata, los días 3 y 4 de noviembre de 2017, en el sitio web oficial de *Pensamiento Civil*, en: <http://www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/3283-xvii-congreso-argentino-derecho-del-consumidor-conclusiones-y>

²⁰ *Ibidem*.

III.- DERECHO CONSTITUCIONAL DE INFORMACIÓN

Para lograr la finalidad mencionada precedentemente, es esencial imponer normativamente el deber al proveedor de otorgar al consumidor una información gratuita, en soporte adecuado, cierta, clara y detallada (adecuada y veraz, art. 42 CN) sobre "todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización" (art. 4º de la LDC y art. 1100 CCCN).²¹

III.1.- Información gratuita

Hasta que el consumidor no conozca la información que debe recibir por parte del proveedor, no estaría en condiciones de saber cuánto la valora y, consecuentemente, hasta cuánto estaría dispuesto a pagar por ella. Precisamente, carece de información para hacerlo. Así, no existe la posibilidad legal de que el proveedor cobre extra por la información otorgada, tal como rezan los arts. 4º LDC y 1100 CCCN.²²

Por ejemplo, supongamos que el proveedor de una cortadora de césped, con motor a nafta, ofrece información para su empleo, cobrando un adicional de \$1.000. Muchos consumidores preferirán no adquirirla, agravándose el problema de información asimétrica. Así, no sería lícito que el proveedor se justifique alegando que ofreció la información, pero el consumidor no quiso pagar por ella.

Claramente, el consumidor termina pagando por esa información, como parte del precio total del producto. Sin embargo, el proveedor tiene prohibido exteriorizar el precio específico de la información y darle la opción al consumidor de adquirirla o no.

Desde la Economía del Comportamiento se explica que las personas, en general, son "infundamente optimistas"; es decir, no ponderan adecuadamente sus propios riesgos de ser objeto de una lesión, y actúan como si este fuese más bajo que el real.²³ Por lo tanto, es probable que los consumidores subvaloren el riesgo de obtener un bien o servicio sin la adecuada información y no estarán dispuestos a pagar el valor real que, para ellos, finalmente representaría obtenerla.²⁴

Además, también desde la Economía del Comportamiento, se explica que algunas personas también actúan mediante racionalidad acotada, aplazando la realización de conductas que implican pequeños costos a corto plazo, pero que producirían mayores ganancias a largo plazo.²⁵ Así, este sexto ahondaría el problema de racionalidad limitada, y los consumidores no estarían dispuestos finalmente a pagar por información valiosa para ellos, pese a que el precio sea inferior a lo que la hubiesen valorado si la habrían tenido.

Por otra parte, desde la Economía del Comportamiento se explica que los seres humanos poseen dos sistemas para tomar sus decisiones: "Sistema 1" y "Sistema 2".²⁶ El primero es un proceso rápido, instintivo y automático (proceso no consciente) y se ve influenciado por varios sesgos, que podrían alejarlo de la mejor alternativa posible.²⁷ El segundo (Sistema 2) es un proceso deliberado y reflexivo (proceso consciente), donde disminuyen aquellos sesgos, y por consiguiente, eventuales errores en la toma de decisión. De esta forma, si el consumidor opta por adquirir o no la información mediante el "Sistema 1" de decisión (actuando de manera automática y no reflexiva),²⁸ seguramente no habrá ponderado acabadamente las consecuencias de su conducta. Por todo lo expuesto, la solución legal analizada (deber de información gratuita) surge como la mejor alternativa para lograr el cumplimiento del objetivo principal del régimen tuitivo del consumidor.

²¹ Nótese que en este deber legal se incluye el precio del producto (condiciones de su comercialización), que se relaciona con la explicación del apartado anterior.

²² Sobre el particular, la Cámara Civil de Mar del Plata, sala I, tiene dicho: "Tal deber, impone que la información debe ser siempre gratuita para el consumidor (Molina Sandoval, Carlos, 'Reformas sustanciales', en Suplemento Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor, Director Roberto Vázquez Ferreyra, La Ley, Abril, 2008 pág. 93); y ello no es sino el correlato del 'derecho a la información' que el art. 42 de la Constitución Nacional reconoce al consumidor, del mismo modo que el art. 38 de la Constitución Provincial, en resguardo tanto de los derechos patrimoniales como los personales (Gelli, María Angélica, 'Constitución de la Nación Argentina', Ed. La Ley, Buenos Aires, 2003, pág. 373), por lo cual la redacción actual de la ley establece que la información 'debe ser siempre gratuita', ya que numerosos conflictos de consumo, como el sub-lite, reconocen como causa los intentos de los proveedores de cobrar la información por ley debida a los consumidores y usuarios (Bustamante Perez, Laura, 'La reforma de la ley de defensa del consumidor', suplemento citado, pág. 112)." Véase "Asociación Civil de Usuarios c. Bancarios C./AMX Argentina", CCivCom., Mar del Plata, sala I, 22/12/2009, LA LEY 15/06/2010, 3 (AR/JUR/47418/2009).

²³ Véase último párrafo del apartado "3.- Nivel de daños" del Anexo del presente trabajo.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Sobre el particular, Cass R. Sunstein explica que "In practice, however, some people procrastinate or neglect to take steps that impose small short term costs but that would produce large long-term gains." Véase SUNSTEIN, *op. cit.*, pp. 3-4.

²⁶ Véase tercer párrafo del apartado "2.- Transacciones ineficientes" del Anexo del presente trabajo.

²⁷ Daniel Kahneman ilustra la temática con el siguiente ejemplo: si nos indican que un bate y una pelota cuestan \$1,10 (dólares) en total, que el bate vale un dólar más que la pelota, y no nos consultan cuánto vale la pelota, seguramente diríamos de forma intuitiva y rápida (Sistema 1) que su valor es de \$0,10. Sin embargo, para obtener la respuesta correcta, deberíamos activar el "Sistema 2", para luego de un proceso reflexivo, lleguemos a la conclusión que la respuesta correcta es \$0,50. Véase KAHNEMAN, D., *Thinking, Fast and Slow*, 1ª edición, Ed. Farrar, Straus and Giroux, Nueva York, 2011.

²⁸ Véase tercer párrafo del apartado "II.2.- Transacciones ineficientes" del presente trabajo.

III.2.- Información veraz (cierta)

Según la norma constitucional (o infraconstitucional) la información debe ser veraz (o cierta). Si no existiese este requisito, el deber de información no tendría ningún sentido. En especial, porque el proveedor estaría tentado en incurrir en conductas oportunistas;²⁹ es decir, engañar con la información brindada, si la ganancia esperada por faltar a la verdad supera a sus costos. Si bien el efecto reputación podría ser una atenuación del incentivo a incurrir en este tipo de conductas (dado que implicaría un costo por el engaño), deben darse ciertas condiciones para que aquel tenga un real efecto disuasivo en la práctica.³⁰ Por ejemplo, en general, la reputación tiene menos incidencia cuando el proveedor no planea quedarse en el mercado durante un plazo prolongado o cuando el engaño se descubrirá luego de un extenso periodo.

En consecuencia, si no existiese la exigencia normativa de una información veraz (cierta), ante posibles conductas oportunistas, el problema de información asimétrica quedaría agravado, con los efectos negativos que esto implica.

III.3.- Información adecuada

Para que el proveedor cumpla con el deber de información, esta debe ser adecuada (art. 42 CN): [1] en cuanto al medio o soporte en que se realiza; [2] detallada con "respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, las condiciones de su comercialización" (arts. 4º y 1100 CCCN); y [3] "proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión" (art. 1100 CCCN).

III.3.a.- Medio o soporte en que se realiza la información

Lógicamente, la información no sería "adecuada" conforme con la manda constitucional, por ejemplo, si la información sobre un producto para personas sordas, se la provee por medio de una llamada telefónica. De esta manera, no se cumpliría con el deber de información adecuada, agravándose el problema de información asimétrica.

III.3.b.- Detalle de la información

La información provista debe ser detallada, en forma razonable, para cumplir con el requisito constitucional de ser "adecuada". Imaginemos ahora que junto con la venta de un celular, viene como información un libro de mil páginas para leer y comprender todo lo relativo a ese producto, hasta el mínimo detalle: precio, modo de empleo, cuestiones de seguridad, peso, medidas, cantidad de operarios que lo realizaron, cuantía de sus salarios, nombre, precio y procedencia de todas sus partes individuales y de la pintura empleada, información sobre la primera patente del *smartphone*, etc. Esta información excedería a la "adecuada" para tomar una decisión de compra y emplear correctamente el producto. Este exceso provoca un gasto innecesario por parte del proveedor que indefectiblemente trasladará a los precios finales del producto y, lo que es más grave, desmotivará al consumidor a leer, al menos, la información más relevante sobre el producto y condiciones de su comercialización.

Tal como explicamos *ut supra*,³¹ conforme con la Economía del Comportamiento, se exacerbarían los problemas de racionalidad limitada del consumidor, en particular, basados en la procrastinación, dilación o aplazamiento de la lectura de esa sobreabundante información (recordemos que este sesgo implica que algunas personas prefieren evitar comportamientos que acarrear bajo costos a corto plazo, aunque sus ganancias esperadas a largo plazo sean mayores).³² Así, cuando la información es excesiva, se aumentan los costos a corto plazo y dado que las ganancias a largo plazo se mantienen constantes, se propicia aun más la procrastinación, dilación o aplazamiento de aquella lectura. Consecuentemente, un proveedor que actúe así, no cumpliría con su deber legal de información "adecuada".

Por lo tanto, para que la información sea "adecuada" esta debe proveerse sobre las características esenciales de los bienes. Un buen criterio a tenerse en cuenta es que cuanto más fácil puedan ser advertidas aquellas características por el propio consumidor con la mera inspección del producto, menor es la carga de información necesaria por parte del proveedor, para cumplir con el deber de información. A la inversa, cuanto más difícil sea obtenerlas con aquella inspección e incluso, peor aún, con su consumo, mayor información tendría que brindarse. Por ejemplo, se debería otorgar información de menor a mayor, respectivamente, para los siguientes bienes: *search goods* (aquellos que con la sola inspección advertimos sus características: indumentaria, muebles, etc.); *experience goods* (aquellos que solo con su empleo se logra conocerlas: programas de software); *credence goods* (aquellos sobre los cuales sería casi imposible estar seguros sobre sus características: productos dietéticos, champú anti caída de pelo, cremas antiarrugas, etc.).³³

²⁹ ACCIARRI y TOLOSA, *op. cit.*, pp. 10-11.

³⁰ WILLIAMSON, O. E., *The Economic Institutions of Capitalism*,: The Free Press, Nueva York, 1985.

³¹ Véase cuarto párrafo del apartado "III.1.- Información gratuita" del presente trabajo.

³² Véase SUNSTEIN, *op. cit.*, pp. 3-4.

³³ ACCIARRI y TOLOSA, *op. cit.*, pp. 25-26. Véase también: KLEIN, L. R. "Evaluating the Potential of Interactive Media through a New Lens: Search versus Experience Goods" *J Busn Res*, 41, pp. 195-203.

III.3.c.- Claridad de la información

Por último, para que se cumpla con el deber de información "adecuado", lógicamente, la información debe ser "clara" ("proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión"). El proveedor debe brindar todo lo que esté a su alcance para que el consumidor pueda digerir lo mejor posible la información brindada, incluso teniendo en miras la racionalidad acotada del consumidor. Por ejemplo, cuando se trata de un servicio que puede mutar conforme con las necesidades específicas del potencial usuario (servicio de seguros, financieros, turísticos, etc.), entonces, el proveedor no puede hacer un mero monólogo sino que necesita efectuar un verdadero diálogo con el consumidor (procurando que se active su "Sistema 2" de decisión, es decir su proceso consciente y reflexivo),³⁴ para brindarle un consejo adecuado, a medida, que sirva como una orientación real y efectiva conforme con las necesidades particulares de su cliente.³⁵

IV.- RESTRICCIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL DE INFORMACIÓN POR EL DNU 27/2018

El artículo 4º de la LCD, según la última reforma (DNU 27/2018), cumple con la exigencia normativa a favor del consumidor de una información cierta, detallada y clara, pero restringe el derecho al acceso a una información gratuita y adecuada, atento a que el soporte electrónico de la información, se transforma como la regla por defecto.

IV.1.- Problemas sobre el requisito de gratuidad

El nuevo artículo 4º de la LDC, reza así, en su segundo párrafo: "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."

Por lo tanto, dado que la norma indica que siempre debe ser gratuita para el consumidor, si el consumidor en los hechos no posee una forma gratuita para acceder a la información brindada en soporte electrónico (verbigracia, debe pagar extra por datos móviles diarios consumidos, acceder a la información contratando un servicios en un locutorio, incurrir en gastos de impresión de la información porque no tiene conocimientos suficientes para leer por Internet, etc.), entonces, no se cumpliría con el primer requisito (gratuidad) que impone el mismo artículo analizado (además del art. 1100 CCCN).

IV.2.- Problemas en cuanto al soporte de la información

Como ya se expuso, antes de la reforma estudiada, en caso de silencio entre las partes, la regla era el soporte físico. Ahora, según el DNU 27/2018, cuando las partes no se expiden sobre el particular, la información debe otorgarse en soporte electrónico.

Sobre el particular, recordemos, un sector de la doctrina considera que esta *default rule* empeora la situación del consumidor, en especial, a aquel en situación de hipervulnerabilidad, por razones de edad, discapacidad, o socio-económicas-culturales, en particular con respecto a los llamados "analfabetos informáticos".³⁶ Claramente, si un consumidor no puede acceder al empleo de soportes electrónicos, en la práctica se vulnerará su derecho constitucional de recibir una información adecuada. En realidad, no recibiría información alguna, puesto que no tendría acceso a la misma.

Por otra parte, como también se adelantó, otro sector de la doctrina justifica la *default rule* porque implicaría un ahorro para el proveedor, incluso podría alegarse un ahorro de los recursos medioambientales, a favor de un consumo sustentable, logrando en definitiva una disminución del precio de bienes y servicios, a favor de todos los consumidores.³⁷ Por supuesto, es loable el ahorro de recursos, aun más si son medioambientales, que bajen los precios de los bienes y servicios, sin embargo, no se debería admitir lo anterior a costa de lesionar el derecho constitucional de una información adecuada de los consumidores, en particular, cuando se trata de aquellos que están en situación de hipervulnerabilidad. En estos casos, como ya explicamos, se debe intensificar su protección, para lograr **realmente** una justicia correctiva, ante la profunda disparidad jurídica, comercial e informativa, entre aquellos y los proveedores.

Así, cuando un consumidor no obtiene una información adecuada, en realidad, si bien el "precio explícito" (precio monetario explícito del producto)³⁸ del bien o servicios puede bajar, el "precio real"³⁹ para el

³⁴ Véase en este trabajo, último párrafo del apartado "III.1.- Información gratuita" y tercer párrafo del apartado "2.- Transacciones ineficientes" del Anexo.

³⁵ STIGLITZ, R., "El deber de información y los vicios del consentimiento", LA LEY 2005-C, 1444; SANTARELLI, F.G., "Comentario del artículo 4º", en VÁZQUEZ FERREYRA, R. y PICASSO, S. (directores), *La Ley De Defensa Del Consumidor. Anotada y Comentada*, t. 1, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 70.

³⁶ Véase nota a pie de página 2 del presente trabajo.

³⁷ Véase notas a pie de página 3 y 4 del presente trabajo.

³⁸ Véase ACCIARRI y TOLOSA, *op. cit.*, pp. 33 y 52.

³⁹ En este trabajo, entendemos por "precio real" de los bienes y servicios a aquel conformado por el precio explícito (precio monetario explícito del producto), más todas las externalidades negativas que termina finalmente soportando el consumidor, por haber adquirido esos bienes o servicios. Para esta definición seguimos, en general, los lineamientos que Hugo A. Acciarri y Pamela Tolosa explican sobre el precio que se diferencia del "precio explícito", dado que comprende "el conjunto de esfuerzos que demanda al adquirente contar con los atributos que esperaba del bien por unidad de empleo" (y que Steven Shavell lo denomina "*full price*"). Véase ACCIARRI y TOLOSA, *op. cit.*, pp. 33 y 52.

consumidor afectado subirá, en función de las externalidades negativas que él experimente y termina soportando, por la falta de información.

No obstante, se podría afirmar que los derechos de los hipervulnerables estarían garantizados, dado que poseen un derecho de opción, si prefieren un soporte físico. Cada vez que exista un hipervulnerable afectado, claramente lo solicitaría. Sin embargo, en los hechos, lamentablemente, las cosas no son tan simples.

Si bien actualmente se cuestiona si sigue rigiendo la ficción legal del derecho se presume conocido por todos, en especial en el caso de los consumidores,⁴⁰ entendemos que el proveedor, para satisfacer la información adecuada debida, tendría que informar también la opción que posee el consumidor, para optar por el soporte físico. En caso contrario, no sería usual que el consumidor, en la práctica, conozca sobre ese derecho.

Sin embargo, aun conociendo ese derecho, conforme con la Economía del Comportamiento, la racionalidad limitada de las personas se evidencia también a través del denominado "sesgo de *statu quo*" (tendencia a la inercia). Así, se explica que tanto instituciones públicas como privadas, suelen establecer *default rules*, que finalmente determinan el resultado, dado que las personas no suelen ejercer el derecho de opción, opuesto a la regla por defecto, aún en contra de sus propias preferencias.⁴¹ Por ejemplo, la evidencia empírica demuestra que, en la opción de un régimen de jubilación voluntaria, cuando se pregunta a las personas si quieren optar por un plan de jubilación voluntario, la participación de los mismos es mucho menor, que cuando se los inscribe automáticamente y se les da la opción de no participar en ese régimen de jubilación.

Por lo tanto, siguiendo estas enseñanzas, podríamos afirmar, que existirá menos opciones del soporte físico que el óptimo social, conforme las verdaderas preferencias de los consumidores (contrario además, a los intereses económicos del consumidor, protección también incluida en el art. 42 CN). Si este "sesgo de *statu quo*" implica que el consumidor se inclina, como regla, no cambiar el estado de cosas (sea cual sea la *default rule*), parecería que la comunicación de la información en soporte electrónico se impondrá, para los consumidores, incluso, para aquellos que sean "analfabetos informáticos" (no obstante su clara preferencia por la información en soporte físico). En general, un gran número de estas personas aceptaría la regla por defecto (soporte electrónico) y no optaría de forma expresa por requerir el soporte físico.

Si esto ocurre, entonces, quedará un número importante de consumidores en situación de hipervulnerabilidad (por razones de edad, discapacidad, o socio-económicas-culturales) desprovistos de una información adecuada. Entonces, se acrecentaría el problema de información asimétrica, con todas las externalidades negativas que esto provoca (problemas de selección adversa, transacciones ineficientes y aumento de daños no tolerables socialmente).⁴²

Finalmente, cabe remarcar, los proveedores nunca estarán peor, sea cual fuere la regla por defecto (soporte electrónico, físico o cualquier otro), dado que siempre trasladarán esos costos a los precios a los bienes y servicios y la defensa de la competencia del mercado se generará a partir de esos precios competitivos. En realidad, la decisión ya fue tomada por la Convención Nacional Constituyente en 1994, cuando se decidió reconocer el derecho constitucional a una información "adecuada" para todos los consumidores y usuarios de bienes y servicios, incluyendo a los hipervulnerables (no solo que no los excluye, sino que su protección actualmente debería ser intensificada). Así, esta decisión no podría ser modificada por una norma infraconstitucional; ni por ley, ni decreto.

V.- PROPUESTAS

V.1.- Propuesta de *lege lata*

El nuevo artículo 4º de la LDC (según el decreto 27/2018) es inconstitucional, puesto que es contrario a la división de los poderes del Estado argentino, dado que el Poder Ejecutivo dictaminó un Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) sin que exista necesidad —y menos urgencia— (art. 99, inc. 3, CN), atento a que el nuevo texto es contrario al derecho constitucional del consumidor. Así, debe interpretarse el deber de información conforme con los arts. 1100 CCCN y 42 CN.

El nuevo artículo 4º de la LDC (según el decreto 27/2018) es anticonvencional, puesto que es contrario al principio de progresividad (o no regresividad), consagrado en el art. 26 (capítulo III: "Derechos económicos, sociales y culturales) de la "Convención Americana sobre Derechos Humanos" (con jerarquía supra legal, según el art. 75, inc. 22 CN), dado que la nueva *default rule* sobre el soporte electrónico, implicaría una regresión en los derechos previamente consagrados a favor de los consumidores, en especial de aquellos en situación de hipervulnerabilidad, por razones de edad, discapacidad, o socio-económicas-culturales.

⁴⁰ SOBRINO, W. A., "El derecho no se presume conocido por los consumidores (nuevos principios legales)", *Sistema Argentino de Información Jurídica*; SAJ: DACF170273.

⁴¹ Véase SUNSTEIN, *op. cit.*, p. 3.

⁴² Véase "Anexo. Importancia de la mitigación de los efectos de la información asimétrica y racionalidad limitada" del presente trabajo.

El nuevo artículo 4º de la LDC (según el decreto 27/2018) es inconstitucional, puesto que no cumple con el requisito constitucional de información adecuada, conforme con el artículo 42 de la Constitución Nacional. En especial, atenta contra los consumidores en situación de hipervulnerabilidad (por razones de edad, discapacidad, o socio-económicas-culturales), a favor de los cuales se debe intensificar la protección del derecho a la información.

V.2.- Propuesta de lege ferenda

Atento al "sesgo de *statu quo*" ya explicado⁴³ y la desprotección a los consumidores hipervulnerables con el nuevo art. 4º de la LDC, se debe cambiar su redacción para garantizar en todos los casos el derecho a una información gratuita (arts. 4º LDC y 1100 CCCN) y adecuada, conforme con la manda constitucional (art. 42 CN).

Se recomienda que la regla por defecto sea el soporte físico (específicamente, en soporte en papel). Además, se aconseja que exista un derecho de opción por parte del consumidor a favor del soporte electrónico, exclusivamente cuando esta opción la ejerce de forma expresa y por medios electrónicos (por ejemplo, por Internet, luego de introducir una clave personal recibida en su casilla de correo electrónico o similar). De esta forma se induce al consumidor a tomar una decisión mediante el Sistema 2 (es decir, a través de un proceso consciente y reflexivo),⁴⁴ presumiéndose además, *iuris tantum*, que no se trata un consumidor en situación de hipervulnerabilidad (en particular, un "analfabeto informático"), dado que habría tenido acceso y conocimientos informáticos para poder ejercer dicha opción.

ANEXO

IMPORTANCIA DE LA MITIGACIÓN DE LOS EFECTOS DE LA INFORMACIÓN ASIMÉTRICA Y RACIONALIDAD LIMITADA

Atento a que la segunda posición doctrinaria mencionada *ut supra* justifica la *default rule* del soporte electrónico por sus consecuencias económicas,⁴⁵ en este Anexo analizamos con mayor profundidad (en especial para los lectores menos familiarizados con el AED), las implicancias económicas principales existentes, por la existencia en el sector del consumo, de problemas de información asimétrica, agravados por la racionalidad limitada de los agentes implicados. Estas son: [1] se posibilita la existencia del llamado fenómeno de "selección adversa", que provoca un exceso de bienes de mala calidad y escasez de bienes de alta calidad (o calidad media), en disconformidad con el óptimo social; [2] se impide que la llamada "mano invisible" de Adam Smith (según el Primer Teorema de Economía del Bienestar), logre siempre arribar a transacciones óptimas y posibilita la existencia de transacciones ineficientes; [3] se aumenta el acaecimiento de daños no tolerables socialmente.

1.- Selección adversa

George A. Akerlof, desde la teoría económica tradicional, explica esta idea, por vez primera en 1970.⁴⁶ El problema de la información asimétrica, provoca un fenómeno económico, llamado "selección adversa", que ocasiona que en un mercado dado, exista sistemáticamente una cantidad excesiva (por sobre el óptimo social) de productos de mala calidad y una cantidad escasa (por debajo del óptimo) de productos de buena calidad. Esta circunstancia fue explicada por Akerlof a través del mercado de autos usados (que llamó, el mercado de los limones, *market for lemons*).⁴⁷

¿Cuál es la diferencia de precio entre un auto cero kilómetro y otro similar con sólo 600 kilómetros recorridos? Con una sencilla búsqueda por internet advertimos que actualmente ronda en un 10%, al menos en Argentina. ¿Eso implicaría que la calidad del rodado bajó en un 10% por un único trayecto de 600 kilómetros efectuados (por ejemplo, desde la Ciudad Autónoma de Buenos Aires hasta Bahía Blanca)? La respuesta es negativa. En realidad, existe un problema de información asimétrica en este mercado que impide, en principio, a potenciales compradores, que buscan un rodado por internet, saber, por ejemplo, si el vendedor quiere transferirlo porque ganó otro vehículo en una rifa, se muda a otro país, o el rodado quedó sumergido durante la última inundación de la zona. Así, salvo que conozcamos acabadamente al vendedor, en general, no estaríamos dispuestos a pagar más que un 90% del valor de un cero kilómetro, por un rodado que ya tiene 600 kilómetros.

⁴³ Véase SUNSTEIN, *op. cit.*, p. 3.

⁴⁴ Véase en el presente trabajo, el último párrafo del apartado "III.1.- Información gratuita" y el tercer párrafo del apartado "2.- Transacciones ineficientes" del Anexo.

⁴⁵ Véase notas a pie de página 3 y 4 del presente trabajo.

⁴⁶ AKERLOF, G., "The market for lemons: quality uncertainty and the market mechanism", *Quarterly Journal of Economics*, agosto, 1970, pp. 488-500.

⁴⁷ *Ibidem*.

Esta idea la podríamos explicar sencillamente a partir del concepto de valores esperados. Si conozco que en el mercado hay rodados de alta calidad, calidad media y mala calidad que valen respectivamente, \$75, \$50 y \$25, pero no puedo distinguir con anticipación (información asimétrica) cuál me tocará en suerte, entonces, al tener las mismas probabilidades de recibir alguno de ellos, ofrecería probablemente hasta \$50. Esto se debe a que mi valor esperado por la operación es \$50 (si finalmente me otorgan el vehículo de \$75, gano \$25; si es el de \$50, quedo indiferente; si es el de \$25, pierdo \$25). Además, el valor esperado es \$50 porque ante la misma probabilidad de que me toque cualquiera de ellos (33,33%, equivalente a 1/3), entonces, debo multiplicar esa probabilidad (1/3) por cada uno de los tres precios y sumar sus resultados parciales ($1/3 \times \$75 + 1/3 \times \$50 + 1/3 \times \$25 = \50).

El problema acontece cuando en el mercado de autos usados ninguno de los consumidores potenciales ofrecen más de \$50. Por lo tanto, los dueños de vehículos de alta calidad (\$75) los sacarán de la venta, al menos, hasta que su auto, luego de más uso, solo valga \$50 (calidad media). Así, en la segunda ronda (o periodo) de ventas (cuando fueron retirados los rodados de alta calidad), si los compradores saben que recibirán solo autos de calidad media (\$50) o bien, autos de mala calidad (\$25), con la misma probabilidad (50%, o su equivalente 1/2), solo estarán dispuestos a ofrecer hasta \$37,5, dado que ahora ese es el valor esperado ($1/2 \times \$50 + 1/2 \times \$25 = \$37,5$). Nuevamente, pero ahora en la tercera ronda de ofertas, los dueños de automotores de calidad media (\$50) los sacarán del mercado y solamente quedarán vehículos de mala calidad (\$25). Así, exclusivamente se ofrecerá hasta \$25 por autos usados (nuevo valor esperado de la transacción), dejándose fuera del mercado, autos de calidad media y alta.

Nótese que este problema de selección adversa, que se deriva de la información asimétrica en un mercado dado, no implica que los vendedores quieran abusarse de los compradores, ni viceversa. Simplemente, cada uno, con la información imperfecta que posee, procura maximizar su propio bienestar, sin incurrir en conductas oportunistas.⁴⁸ Este fallo de mercado provoca que exista un exceso de productos de mala calidad, y una escasez de aquellos de calidad alta (o media), contrario al óptimo social.

Finalmente, si además interpretamos este fenómeno de "selección adversa", mediante las enseñanzas de la Economía del Comportamiento, verbigracia, asumiendo ahora que el comprador posee "aversión a las pérdidas",⁴⁹ el problema se agrava. En nuestro ejemplo, el comprador realizará una oferta inicial inferior a \$50. Debido a su aversión perdería mayor bienestar (o utilidad) con una merma de \$25 (escenario en que hubiese recibido el automotor de mala calidad: \$25) que el bienestar que obtendría con un beneficio del mismo importe, \$25 (vehículo de alta calidad: \$75). De esta manera, se retirarán del mercado, de forma vertiginosa y simultánea, los autos de alta calidad (\$75) y calidad media (\$50), y existirán exclusivamente vehículos de mala calidad (\$25), verbigracia, desde la segunda ronda (o periodo) de ventas. Consecuentemente, el fenómeno de selección adversa se exacerba y rápidamente el mercado estará inundado de productos de mala calidad y existirá escasez de aquellos de calidad media y alta.

2.- Transacciones ineficientes

Recordemos que las transacciones voluntarias entre los individuos son deseables socialmente puesto que, en términos agregados, aumentan el nivel de utilidad social (o bienestar social). Por ejemplo, si el vendedor de una motocicleta la valora en \$8 (dado que ya casi no la utiliza, puesto que acaba de adquirir un auto) y el comprador la pondera en \$10 (porque la empleará diariamente, como único medio de transporte disponible), entonces, si el costo de transacción por esa operación, a cargo del comprador, es solo de \$1,5 (verbigracia, por costos para lograr un acuerdo, pago de sellados, impuestos, registración, etc.),⁵⁰ seguramente realizarán la operación y el bienestar social aumentará en \$0,5: valoración del producto por el comprador (\$10), menos la valoración por parte del vendedor (\$8), menos costos de transacción (\$1,5); es decir, $\$10 - \$8 - \$1,5 = \$0,5$.

En nuestro ejemplo, si acuerdan el precio de \$8,25, se repartirán en partes iguales ese aumento de utilidad social: el vendedor obtendrá \$0,25 extras a lo que valúa la moto (\$8) y el comprador, que valora tener el producto en \$10, también mejorará su bienestar en \$0,25, luego de asumir los costos de transacción y pagar el precio ($\$10 - \$1,5 - \$8,25 = \$0,25$). El problema existe cuando, nuevamente, no hay información perfecta por parte del comprador, para saber si realmente valora el producto en \$10 o, verbigracia, en \$7. Entonces, se corre el riesgo que con la compraventa no solo no aumente el bienestar social (utilidad) sino que lo disminuya. A partir del mismo ejemplo, si luego de adquirir el producto advierte que lo valora realmente en \$7 (y no en \$10, como creía), entonces, disminuirá la utilidad agregada social en (-)\$2,5: valoración del

⁴⁸ ACCIARRI y TOLOSA, *op. cit.*, pp. 10-11.

⁴⁹ Se relajan los supuestos tenidos en consideración por Akerlof en su modelo. AKERLOF, *loc. cit.* Ver también: THALER, R.H., Kahneman, D. y KNETSCH, J. L., "Experimental tests of the endowment effect and the coase theorem", THALER, R. H. (editor), *Quasi rational economics*, Russell Sage, New York, 1991, pp. 167-188; MCGRAW, P., LARSEN, J., KAHNEMAN, D., y SCHKADE, D., "Comparing gains and losses", *Psychological Science*, nº 21(10), 2010, pp. 1438-1445; CARD, D. y DAHL, G. B., "Family violence and football: The effect of unexpected emotional cues on violent behavior", *The Quarterly Journal of Economics*, nº 126(4), 2011, pp. 1879-1907.

⁵⁰ Para simplificar el análisis asumimos en este ejemplo que no existe una ganancia en utilidad de nadie, de los que reciben pagos relacionados con ese costo de transacción.

producto por el comprador (\$7), menos valoración del producto por el vendedor (\$8), menos costos de transacción (\$1,5); es decir, $\$7-\$8-\$1,5=(-)\$2,5$.

Además, como ya adelantamos, desde la Economía del Comportamiento, se explica que existen dos tipos de decisiones humanas. En primer lugar, las decisiones de Tipo 1 (o como se conoce mejor, "Sistema 1"), que no son producto de una deliberación sistemática, dado que son el resultado de un proceso no consciente, rápido, instintivo y automático; así, esta toma de decisión ("Sistema 1") se ve influenciada por distintos sesgos. En segundo lugar, como hemos dicho, también están las decisiones de Tipo 2 (o "Sistema 2") donde, en principio, esos atajos mentales desaparecen o disminuyen, dado que la persona desarrolla un proceso consciente, deliberado, y reflexivo en su determinación.⁵¹ Consecuentemente, cada vez que el vendedor diseñe una *arquitectura de la decisión* encaminada a que el comprador tome decisiones rápidas, a partir del "Sistema 1", seguramente aumentará el número de aquellas transacciones ineficientes, sin ponderación adecuada del verdadero valor otorgado al bien o servicio que se adquiere.⁵² Tal es el caso habitual, por ejemplo, cuando se ofrecen "seguros contra robos" en un cajero automático, en que el usuario está más preocupado en obtener sus fondos sin que lo atraquen y en retirarse rápidamente, que en la conveniencia o no de contratar un seguro. Así, luego de dar, de forma apresurada, sucesivamente a la tecla "Aceptar" para avanzar y lograr su objetivo, le aparece —sin previo aviso— la posibilidad de contratar aquel seguro.

En suma, los fallos por información asimétrica (y de comportamiento), permiten que se lleven a cabo transacciones ineficientes.

3.- Nivel de daños

Los problemas de información asimétrica pueden también generar un aumento del nivel de daños, por encima de lo que es aceptable tolerar.⁵³ Si vivimos en un mundo en el que no existiese el Derecho del Consumidor (donde no se impone el deber al proveedor de otorgar información gratuita, en soporte adecuado, cierta, clara y detallada sobre las características esenciales de los productos que comercializa), entonces, aumentarían los daños en la sociedad. Por ejemplo, si una persona compra un juguete para su sobrino de dos años, que en apariencia es inocuo, pero cuando el infante lo manipula se intoxica o atraganta al ingerir pequeñas piezas que se desprenden del producto, entonces, nuevamente la falta de información genera daños que disminuyen el bienestar agregado de la sociedad, y que podrían haber sido evitados con una adecuada información.

Por otra parte, desde la Economía del Comportamiento, tal como ya se explicó, se ha demostrado que las personas en general poseen dificultad para estimar correctamente probabilidades, relacionadas con sus propios eventos dañinos. Así, muchas personas confían (en su fuero íntimo) que poseen menos probabilidad que la real, de ser víctimas de lesiones por accidentes automovilísticos, daños a la salud en general, o enfermedades causadas por el tabaco (como dijimos, son "infundadamente optimistas").⁵⁴ Por lo tanto, si los consumidores subvaloran esas probabilidades reales, podrán evitar aún menos daños.

Además, los daños no previstos por el consumidor son parte del "precio real" (más allá del "precio explícito" o precio monetario explícito del producto)⁵⁵ que efectivamente termina soportando el consumidor, cuando no es compensado de forma perfecta. Por lo tanto, si esos daños esperados no son evaluados correctamente al momento de la adquisición de bienes y servicios, nuevamente, se estaría distorsionando el equilibrio óptimo del mercado.

⁵¹ Para profundizar, a través de trabajos aplicados a la realidad argentina, puede verse ACCIARRI, H., "Derecho y Análisis del Comportamiento", *Derecho y Comportamiento*, 05/03/2017, disponible en el sitio web oficial de *Derecho y Comportamiento*, en: <https://derechoycomportamiento.wordpress.com/2017/03/05/derecho-y-analisis-del-comportamiento-por-hugo-acciarri/>; CASTELLANO y CHAZ SARDI, loc. cit., 2016; CASTELLANO, y CHAZ SARDI, loc. cit., 2012. También puede ampliarse con: KAHNEMAN, D., "A Perspective on Judgment and Choice. Mapping Bounded Rationality", *American Psychologist*, 697, vol. 58, No. 9, 2003, pp. 697–720; KAHNEMAN, D. y FREDERICK, S., "Representativeness revisited: Attribute substitution in intuitive judgment", en GILOVICH, T., GRIFFIN, D. y KAHNEMAN, D., (eds.), *Heuristics and biases*, Cambridge University Press, New York, 2002, pp. 49–81; JACOBY, L., "Dissociating automatic and consciously controlled effects of study/test compatibility", *Journal of Memory and Language*, 35, 1996, pp. 32–52; EPSTEIN, S., "Integration of the cognitive and psychodynamic unconscious", *American Psychologist*, 49, 1994, pp. 709–724;

⁵² *Ibidem*.

⁵³ Guido Calabresi explica que unos de los mitos en del Derecho de Daños es que se quieren evitar todos los daños, a cualquier precio. Véase CALABRESI, G., *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis*. Yale University Press, New Haven y London, 1970, pp. 17-18. Claramente, si así fuera, lo primero que debería hacer nuestra sociedad es prohibir la venta o utilización de automotores, que es una de las primeras causales de muertes de personas a nivel mundial.

⁵⁴ Véase SUNSTEIN, C.R. "Nudges.gov: Behavioral Economics and Regulation" *SSRN Electronic Journal*, 2013, pp. 6-7, disponible en el sitio web oficial de SSRN, en: <http://ssrn.com/abstract=2220022> (borrador preliminar 16/2/13, sujeto a revisión, en prensa, en ZAMIR, E. y TEICHMAN, D. [editores] *Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*). Véase también: JOLLS, C., "Behavioral economics analysis of redistributive legal rules", *Vanderbilt Law Review*, n° 51(6), 1998, pp. 1653-1677; WEINSTEIN, N. "Unrealistic optimism about susceptibility to health problems: Conclusions from a community-wide sample", *Journal of Behavioral Medicine*, n° 10(5), 1987, pp. 481-500; SLOVIC, P., "Do adolescent smokers know the risks?" *Duke Law Journal*, n° 47(6), 1998, pp. 1133-1141.

⁵⁵ Véase ACCIARRI y TOLOSA, *op. cit.*, pp. 33 y 52.