

La creación de expectativas.

Un nuevo factor atributivo de responsabilidad.

Sumaria: a) El consumismo de las sociedades de consumo- b) La generación de expectativas- c) El delicioso arte de no cumplir la ley sin caer en la antijuridicidad- d) El fabuloso negocio del optimismo- e) Un nuevo factor objetivo de atribución de responsabilidad- f) Una propuesta para la futura creación de un factor atributivo de responsabilidad.

a.- El consumismo de las sociedades de consumo.

La comercialización masiva de bienes y servicios (ByS) tiene características especiales a partir de las cuales se organiza la sociedad de consumo. Este tipo de organización, a pesar de ser ampliamente difundida en todo el mundo, es traumática para el sujeto porque está pensada para satisfacer las aspiraciones del mercado y las corporaciones dominantes antes que la dicha de los individuos.

Michael Sandel (Ciencias Políticas – Universidad de Harvard), entre muchos otros autores, advierte que vivimos una época exageradamente consumista donde todo puede comprarse y venderse siendo inexplicable cómo se llegó a esta situación donde los mercados dominan, casi sin resistencia, al sujeto: hemos pasado, involuntariamente, reflexiona Sandel, de una economía de mercado a una sociedad que se organiza imagen del mercado.¹ Coincidimos en este primer análisis del autor: en la sociedad de consumo moderno tienen más chances de prosperar las empresas que de ser felices los individuos que demandan sus productos (¿demandan sus productos?).

Esta situación, que describe un mercado dominante y un sujeto sumiso, fue explicada por Atilio Alterini en un brillante artículo denominado *El consumidor en la*

¹ La diferencia es esta: una economía de mercado es una herramienta –una herramienta valiosa y eficaz – para organizar la actividad productiva. Una sociedad de mercado es una manera de vivir en la que los valores mercantiles penetran en cada aspecto de las actividades humanas. Es un lugar donde las relaciones sociales están hechas a imagen del mercado. (Sandel, Michael, *Lo que el dinero no puede comprar*, Joaquín Chamorro Mielke (Trad.), Buenos Aires, Debate, 2013, p. 18).

sociedad posmoderna (Thompson Reuters, 2001). Ya por entonces, Alterini nos advertía que el consumo es inducido por el mercado y no por la voluntad del sujeto. En crudo; estos y otros autores ponen en el tapete un fenómeno que debemos conocer si queremos controlarlo, aunque sea, parcialmente: se consume por oferta de ByS y no por su demanda. Esto, desafortunadamente, equivale a decir que no prevalece la necesidad insatisfecha del consumidor, sino la rentabilidad insaciable de los productores que inundan el mercado de cosas que nadie necesita ni ha requerido.

El consumo por oferta es una de las principales carteristas de la sociedad de consumo.² Es también una de las cuestiones más distorsivas del mercado. Como dice Sandel: *La intromisión de los mercados, y del pensamiento orientado a los mercados, en aspectos de la vida tradicionalmente regidos por las normas no mercantiles es uno de los hechos más significativos de nuestro tiempo.*³

Otro de los juristas que se ocupó de estos temas fue Ricardo Lorenzetti. Este autor, unos años atrás, señalaba que la comercialización actual tiene características especiales que se fueron acentuando con el correr del tiempo y que no parece que vayan a retroceder en el futuro. Veamos algunas de ellas:

Publicidad. Es imposible hablar de sociedad de consumo sin poner la mirada en el intrincado y millonario universo de las publicidades. La publicidad, metafóricamente y no tanto, es la causa fuente de todas las relaciones de consumo porque es uno de los principales motivos (quizás sea el único) por el cual una persona decide que necesita comprar un producto. Lo más probable es que sin la intervención publicitaria ese sujeto jamás hubiera imaginado que necesitaba cambiar, una vez más, el teléfono celular que tanto le gusta y que apenas está aprendiendo a usar.

La principal característica de la publicidad es que ella genera una relación directa

² *Por otra parte, y en sentido contrario a lo que ha sido propio del mercado clásico, en la actualidad la producción no es una consecuencia necesaria de la demanda. Tradicionalmente, la demanda de cierto producto o servicio antecedía a la oferta, y ésta atendía las necesidades insatisfechas. Ahora, en cambio, el productor procura crear las necesidades en el público, orientándolo para que compre productos que, unilateralmente, ha decidido poner en el mercado. A tal fin, provoca una estimulación de la demanda mediante la publicidad; de modo que, en la realidad de los hechos, quien decide qué va a ser consumido es el productor y no el consumidor.* (Alterini, Atilio Aníbal, *El consumidor en la sociedad posmoderna*, Buenos Aires, La Ley, 1196-E, 818, RCyS 2017-X, 283, Cita Online: AR/DOC/10407/2001).

³ (Sandel, Michael, *Lo que el dinero no puede comprar,...*, p. 15).

entre unos pocos productores de ByS y millones de consumidores. Es, como explica Lorenzetti, una relación entrelazada por controles remotos y teclas de *enter*.⁴

La publicidad, según el desarrollo que nos interesa proponer en este trabajo, es el primer eslabón en la creación de expectativas como factor atributivo de responsabilidad. Nuevamente nos inspira Alterini cuando dice que la publicidad es aún más importante que el producto publicitado. Lo que se percibe no son las calidades intrínsecas del producto, sino las imágenes asociadas a ese producto. La calidad, dice el citado autor, *'no reside en lo que el producto es, sino en lo que hace y sugiere la publicidad'*.⁵

Sistemas comerciales complejos. La segunda característica de los sistemas comerciales actuales es la complejidad de su armado. El consumo de nuestros días hace bastante tiempo que dejó de ser un paseo por la tienda donde solíamos ir a ver, e incluso tocar, el producto deseado. Por entonces, la tentación del consumo se activaba recién cuando veíamos el producto en una vidriera que parecía esperarnos.

Los sistemas comerciales modernos son un poco más complejos. En primer lugar, es habitual que compremos a ciegas sin ver ni tocar ni probar el producto que vamos a comprar. Ya ni siquiera debemos apretar una tecla de la computadora; alcanza con deslizar el dedo índice por la pantalla de un teléfono que muy pocas veces usamos para hablar por teléfono.

En efecto; todo se compra 'online' y utilizando, cada vez más, dispositivos móviles que fueron desplazando a la tradicional y un poco vetusta computadora de escritorio. Esa tendencia se incrementa año tras año. Esos sistemas comerciales, remotos y hasta un poco misteriosos para el común de la gente tienen una asombrosa

⁴ Si el Derecho admite el salto tecnológico que implica una comunicación a distancia y por medios publicitarios, el enlace es derecho entre el fabricante y el consumidor. El fabricante ofrece sus productos a través de la televisión o de los diarios, o del marketing directo; en estos casos resulta obligado. (Lorenzetti, Ricardo Luis, Consumidores..., p. 500).

⁵ En los hechos, "la publicidad es el producto", porque la gente lo adquiere "tal como lo percibe mediante la publicidad"; un producto "es ante todo su imagen", vale decir, "lo que millones de consumidores creen que es, o lo que asocian con ella", a lo cual se agrega que muchas veces "los productos se revisten de una diferencia aparente", que sólo proviene de que hay una "propiedad de la marca", que "no reside en lo que el producto es, sino en lo que hace y sugiere la publicidad...".

(Alterini, Atilio Aníbal, *El consumidor en la sociedad posmoderna*, Buenos Aires, La Ley, 1196-E, 818, RCyS 2017-X, 283, Cita Online: AR/DOC/10407/2001).

difusión popular. Como dice, muy acertadamente, Lorenzetti, es un sistema complejo que, al mismo tiempo, genera confianza.⁶

Todos sabemos que la comercialización online dentro de poco va dominar completamente el tráfico de bienes y servicios. Según datos estadísticos confiables, realizados en el año 2018, el 98% de los usuarios de sistemas de compras on-line están conformes, satisfechos con el sistema, lo que permite concluir que confían en ese sistema comercial tan experto, como complejo y remoto.⁷

Generación de confianza. Una tercera característica de la modernidad comercial es, como dice Lorenzetti, que estos sistemas comerciales complejos buscan, antes que vender el producto, generar confianza en la calidad y en su seguridad.

Esa confianza es esencial y, como señala el citado autor, actúa como el lubricante del sistema comercial.⁸ Ello explica que el mayor esfuerzo de las campañas publicitarias apunte a crear una apariencia de seguridad con entidad suficiente para generar confianza en el usuario.

No es arriesgado sostener, en coincidencia con Lorenzetti, que la comercialización actual no se define por el intercambio de bienes y servicios, sino por la creación de una apariencia de seguridad y la confianza tributada a esa ilusión.⁹ Dicho en otras palabras: entre apariencias sofisticadas y confianzas ingenuas circulan millones de dólares por segundo.¹⁰

⁶ *Este sistema es inextricable porque la complejidad técnica que presenta es abrumadora; es anónimo porque no se puede conocer al dueño ni al responsable. Sin embargo, el sistema genera fiabilidad a través de su funcionamiento reiterado, las marcas, el respaldo del Estado y otros símbolos.* (Lorenzetti, Ricardo Luis, Consumidores..., p. 70).

⁷ Cámara Argentina del Comercio Electrónico, <https://www.cace.org.ar/estadisticas>, fecha captura: 9-07-2019.

⁸ *Es necesaria la confianza porque ésta se encuentra en la base del funcionamiento del sistema experto, inextricable, anónimo y es el lubricante de las relaciones sociales.* (Lorenzetti, Ricardo Luis, Consumidores..., p. 71).

⁹ *Por esta razón sostenemos que en el plano conceptual es necesario utilizar la noción de apariencia jurídica para sostener que hay oferta contractual de viene o servicios, y la confianza para juzgar la aceptación.* (Lorenzetti, Ricardo Luis, Consumidores..., p. 71).

¹⁰ *En 2017 se hicieron 60 millones de pedidos online en sitios nacionales, a un ritmo promedio de 114 por minuto o 2 por segundo. Fueron un 28% más que el año anterior. Con esas órdenes, se compraron 96 millones de productos, a razón de 263.000 por día.* (https://www.clarin.com/sociedad/comercio-electronico-imparable-hacen-compras-segundo_0_HyQNF36uM.html, fecha de captura: 9-07-2019).

Es por eso que pensamos en la necesidad de ensanchar el universo de la responsabilidad y extenderlo a la creación o, mejor dicho, hacia la defraudación de expectativas. Es justo reconocer que fue Lorenzetti uno de los primeros juristas en apuntar para ese lado cuando, al referirse a las apariencias y las confianzas, señalaba que: *Estos instrumentos tienen importancia decisiva a la hora de la formación del consentimiento contractual, en materia de responsabilidad por daños y en el plano de la jurisdicción aplicable.*¹¹

b.- La generación de expectativas.

La introducción que hicimos sirve para poner al descubierto el verdadero problema de las relaciones de consumo que no es, según nuestro pensamiento, el suministro de la información, sino la creación de expectativas optimistas y su posterior defraudación. Todos los estudios que examinamos confirman que un número muy cercano a cero lee los contratos de adhesión que suscribe.¹²

Este dato estadístico, que se repite en todos los países que consultamos, nos permite adelantar una conclusión que creemos bastante precisa, aunque quizás sea exageradamente universal:

Ninguna persona lee nunca, en ningún lugar del mundo, ninguno de los contratos que firma continuamente.

Una vez hecha esta presentación sin atenuantes, le pido al lector que me acompañe con un recuerdo que seguramente compartimos. Pensemos en una maestra de tercer grado que, al explicarnos las reglas de la multiplicación, recita con infinita paciencia: *cero por toda la cantidad es igual a cero*. Ella nos quería decir que cualquier número que se multiplique por cero dará como resultado cero porque la repetición acumulativa 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 y la *no lectura* de los contratos que firmamos. Por más que se derroche información la *no lectura* del contrato

¹¹ Lorenzetti, Ricardo Luis, Consumidores..., p. 71.

¹² 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

lo anula como el número lleno de cifras se esteriliza cuando se lo multiplica por cero. Se informa mucho y no se lee nada. Esta ecuación tiene el mismo resultado en las ciencias sociales que en las matemáticas: todos seguimos desinformados y los proveedores siguen impunes frente a su obligación de informar.

Estos datos estadísticos son inmodificables; es decir, la única modificación esperable es su acentuación. Nadie espera que los contratos vuelvan a leerse como se leían hace cien años, si es que en verdad se leían por entonces (¿quién puede saber si alguna vez se leyeron los contratos?). Nosotros dudamos de esa aseveración inverificable.

Ahora bien, lo cierto es que esta situación, que ya no puede disimularse, nos obliga a pensar en modelos de responsabilidad que funcionen asumiendo que una de las partes no leyó y nunca va a leer el contrato que se obliga a cumplir.

Debemos ser conscientes que informar es mucho más que hacer un manual de instrucciones o colocar leyendas admonitorias en un frasco de mermelada o en un remedio que mágicamente cura la gripe. Ello, desde luego, no quiere decir que propongamos evitar esas advertencias, sino llenarlas de contenido y hacerlas más reales.

Se informa mediante imágenes y contextos. Veamos un ejemplo. Quien decide comenzar a jugar al tenis y va la tienda a comprar una raqueta, lo primero que ve es un afiche gigante de Roger Federer empuñando una raqueta igual a la que acaba de decidir que va a comprar. La foto que sigue viendo, sin ver las raquetas *reales* que hay en el negocio, tiene una leyenda que, más o menos dice: *Para llegar a jugar como Roger se requiere entrenar durante 8 horas diarias desde los 6 años y perder la infancia en ese objetivo improbable y bastante sombrío. Comprar esta raqueta, naturalmente, no garantiza el triunfo en los grandes torneos, ni obliga a los fabricantes por su fracaso rotundo como tenista.*

El cliente sin leer la leyenda o leyéndola pero sin entenderla, se imagina a sí mismo levantando el trofeo mayor de Wimbledon mientras saca de su billetera una de sus tarjetas de crédito y compra, en tiempo record, la raqueta de sus sueños o, mejor dicho, de sus ensoñaciones. Es evidente que la gigantografía, del ya de por sí gigante

Roger Federer, tiene más influencia sobre en el comprador de la raqueta que la leyenda con indicaciones más prudentes sobre sus cualidades reales.

La cuestión no es menor porque, más allá de la presentación humorística, lo cierto es que entre la foto de Federer y el adquirente de la raqueta se ha creado un contexto que determina un grado de causalidad entre ese instrumento y el éxito tenístico. Más aún: se ha creado confianza en esa trama causal que vincula a la raqueta con el éxito tenístico. Como dice Dan Ariely, ese contexto artificial es el que engendra expectativas favorables; una vez que se ha creado el escenario causal, está listo el camino para que el adquirente pague un precio, también gigante, por la raqueta que, mágicamente, lo convertirá en campeón de Wimbledon.¹³

En una palabra, amigo lector: compramos, y pagamos precios inverosímiles, relatos contextuales más o menos bien hechos.

Ariely habla de la creación de contextos que determinan los gustos y las preferencias que tenemos hacia las cosas. Este pensador explica, con mucha claridad, que: *Permítame empezar con una observación fundamental: la mayoría de la gente no sabe lo que quiere si no lo ve en su contexto. No sabemos qué clase de bicicleta de carrera queremos hasta que vemos a un campeón del tour de Francia haciendo mover los engranajes de un determinado modelo.*¹⁴

En nuestro ejemplo de la foto de Federer, la imagen del sonriente campeón es indispensable para crear una situación escénica cuya única finalidad es desplazar, o directamente anular, cualquier información racional que advierta las incongruencias contextuales entre el relato y lo real. La expectativa ya está creada. Misión cumplida para el fabricante de raquetas. Ahora comienza el lento e inevitable camino de la frustración del adquirente que, quizás, pase sus días trabajando en tribunales y sólo puede ver algunos partidos de Wimbledon por cable, si sus hijos o su esposa no tienen en la mano el ansiado control remoto. (O viceversa, para evitar confusiones de género).

¹³ Así pues, no sabemos si la confianza da asco, pero lo que desde luego sí hace es engendrar expectativas favorables. Ciertas marcas, ciertos envases ... son cosas que pueden hacer sentir mejor. Pero ¿y el precio? ¿Es posible que el precio de un medicamento influya también en nuestra respuesta a él? Ariely, Dan, *Las trampas del deseo...*, p.197.

¹⁴ Ariely, Dan, *Las trampas del deseo...*, p.23

c.- El delicioso arte de no cumplir la ley sin caer en la antijuridicidad. Hablando de apariencias y paradojas, es necesario entender que existe una forma muy extendida de antijuridicidad que se concreta, por más que parezca extravagante, mediante una conducta irreprochable. La paradoja consiste en violar la ley, pero sin cometer ninguna conducta antijurídica. Veamos esta cuestión un poco más detenidamente.

El sujeto que sabe que la información que ofrece será neutralizada por la indiferencia de quien debe recibirla, sabe, en definitiva, que no está informando nada. Pues bien; ese informar a sabiendas que no se informa es tan antijurídico como la omisión de informar.

Esa conducta bien podría ser considerada un fraude a la ley en los términos del art. 12 del CCyC porque implica que alguien simula estar cumpliendo la obligación de informar cuando su finalidad es, en verdad, la opuesta. Es decir, utiliza una apariencia legal para violar la ley.¹⁵

Por otra parte, hacer algo sabiendo que su resultado será, en el mejor de los casos, superfluo, cuando no perjudicial, nos lleva directamente al art. 1724 del CCyC. Esta clase de conducta puede ser vista como una las formas 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*. Ese informar sabiendo que no se informa encuadra en la manifiesta indiferencia aludida en la parte final del art. 1724.¹⁶

Los proveedores en general, y en particular los que lideran el mercado, saben que muchas veces informan para aparentar que informan lo que saben que no están informando. Por más que en las cajas pongan etiquetas con leyendas que adviertan

¹⁵ Esta transgresión puede entenderse vinculada a la obtención de un resultado que infringe el sentido general del ordenamiento jurídico. La realización de acciones que aparecen conformes a la ley no basta por sí sola, pues es ineludible ajustar el comportamiento al Derecho en general y como un todo. (Highton de Nolasco, Elena Inés, Título Preliminar del Código civil y Comercial. Principios Generales del Derecho Argentino, Santa Fe Rubinzal-Culzoni, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Tomo, 2015, Cita: RC D 1011/2017).

¹⁶ Con la actual redacción del art. 1724 queda superada toda distinción entre el dolo extracontractual y el que deriva del incumplimiento obligacional. En este último supuesto, el dolo queda configurado por el incumplimiento deliberado de la obligación, cualquiera sea la finalidad perseguida por el obligado (*intención de dañar, conocimiento de que dañará o indiferencia ante el daño para el acreedor*). Cicchino, Paula- Sáenz, Luis, en Bueres (Dir.), Código Civil y Comercial de la Nación, T° 3 F, ... p. 216

consecuencias catastróficas saben que raramente sean leídas porque, al igual que en el ejemplo de la foto del tenista, los clientes están dominados por un optimismo impulsivo que los lleva a rechazar cualquier información razonable.

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. Como solía decir el inimitable Oscar Wilde: *can resist everything except temptation* (Puedo resistir todo menos las tentaciones).

Richard Thaler (Premio Nobel de economía 2017) estudió 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*¹⁷

No se trata de informar a destajo, sino de analizar los aspectos más importantes de la estructura psíquica de los sujetos y de saber que la conducta impulsiva prevalece sobre la reflexiva.

El inconsciente, del que poco se habla en nuestras escuelas de derecho, tiene sobre nuestra conducta mucha más preponderancia que la que estamos dispuestos a aceptar, como si asumir esa influencia nos quitara libertad de acción y diezmará nuestra voluntad. En verdad, suceden ambas cosas: nuestra voluntad y nuestra libertad están limitadas por fuertes tendencias inconscientes que, afortunadamente, no podemos controlar. Empero, negar o subestimar la importancia del inconsciente nos hace todavía menos libres y más fáciles de manipular.

Algo de eso nos explica John Bargh, distinguido psicólogo, investigador y profesor

¹⁷ Thaler, Richard – Sunstein, Cass, *Un pequeño empujón*, Belén Urrutia (trad.), Buenos Aires, Taurus, 2018, p. 61.

de Yale.¹⁸ En sumario; la tentación ejerce sobre el deseo una fuerza que domina fácilmente a los pensamientos más reflexivos y moderados. Este desequilibrio manifiesto entre el impulso y la reflexión es un secreto a gritos entre los que estudian la conducta humana.¹⁹ Solamente parecen ignorarlo nuestros juristas y legisladores.

No deja de asombrarnos que en las escuelas derecho se estudie con tanto ahínco las normas jurídicas, que no presentan dilemas dificultosos, y no se investigue nada acerca de la estructura emocional de los sujetos.

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 describen conductas que parecen jurídicas pero que provocan daños.²⁰ 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.*²¹

En definitiva, no es tan complejo imaginar que gran parte de las empresas que lideran los mercados elaboran campañas publicitarias cuya finalidad primaria es *no informar*, pero simulando que se suministra información precisa, clara y detallada.

¹⁸ *Al igual que mi cuñado, la gente que oye hablar por primera vez del poder de las influencias inconscientes tiene miedo a carecer de libre albedrío o de control sobre su vida. Pero lo irónico es que negarse a creer la evidencia solo por mantener la creencia en el propio libre albedrío, en realidad reduce la auténtica libertad de la persona. Las personas que niegan la mecánica de la sugestión o la posibilidad de recibir influencias que no perciben son justamente las más susceptibles de ser manipuladas.* (Bargh, John, ¿Por qué hacemos lo que hacemos?,... p. 29).

¹⁹ *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).

²⁰ *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 González, Matilde, *La responsabilidad civil en el nuevo Código*, Córdoba, Alveroni Ediciones, 2015, T° 1, p. 127).

²¹ Pizarro – Vallespinos, *Tratado de Responsabilidad Civil...*, p. 432 y 433.

Por supuesto que esta situación es aceptada mansamente por una doctrina nacional un poco anquilosada y un poder judicial que está muy lejos de poder asumir una agenda acorde al siglo XXI. Argentina atrasa sin remedio. Nosotros pensamos que el deber informar, tal como está pensado en nuestras leyes, es una vía rápida para la repetición de los daños y un pasaporte para la impunidad de los proveedores.

d.- El fabuloso negocio del optimismo. Todo lo que hemos descripto en los puntos que anteceden es conocido por las compañías que comercializan masivamente los bienes y servicios que diariamente consumimos. Y lo saben porque son ellas quienes 'fabrican' y, en simultáneo, defraudan esas ilusiones con publicidades que imponen modas y decretan obsolescencias.

Las publicidades, diseñadas con la precisión del quirófano, generan expectativas exageradamente optimistas porque se sabe que las ilusiones del optimismo aumentan las ventas; del mismo modo que también es sabido que los productos que ofrecen no pueden alcanzar esas expectativas. En el medio de este juego de ilusiones y desengaños hay un negocio enorme que consiste en recibir el precio de las expectativas exageradas y ofrecer productos de calidad atenuada. Se paga mucho por lo que vale poco. Ese es el precio que el derecho le impone a la sociedad cuando hace leyes que ignoran cómo funciona el inconsciente humano.

El producto que está en la vidriera de un negocio, al igual que las imágenes de los sueños que nos confortan durante el descanso, siempre brilla más que las opacidades de lo real. Podrá decirse que así es la vida, y que la realidad siempre apaga las expectativas, pero ello no implica que no intentemos mejorar la teoría general del acto jurídico y del contrato y, finalmente, actualizar un poco la teoría de la responsabilidad.

Para nosotros, todavía es misterioso determinar si estas cosas que describimos son ignoradas o si esa ingenuidad no esconde, en verdad, un cinismo profundo de nuestros doctrinarios y legisladores.

e.- Un nuevo factor objetivo de atribución de responsabilidad.

(i) Presentación. Para enfocar correctamente este nuevo tópico que vamos a desarrollar, es necesario insistir en que el problema no está en el contenido de la información, sino en el excesivo optimismo que tenemos para interpretarla. Esas

tendencias complacientes hacen que se rechace cualquier consejo que achate el nivel de las expectativas. Dicho en otras palabras: no estamos dispuestos a aceptar que nos muestren las limitaciones que tienen las cosas que deseamos. Por el contrario, nuestros anhelos hacen que aceptemos cándidamente cualquier sugerencia que confirme, y aun aumente, nuestras ilusiones.

Atilio Alterini, describe a la *mercadotecnia* como la técnica que estudia el comportamiento de los consumidores, diseñando perfiles determinados que son segmentados según las edades, los sexos, las clases sociales, los niveles económicos, los entornos geográficos, etc.²²

El optimismo natural del ser humano (que ojalá nunca se pierda) sumado a los esfuerzos de la *mercadotecnia* nos hace más vulnerables a la sugestión de las marcas más conocidas. La finalidad no es otra que aumentar la confianza a niveles irracionales. Alterini, ofrece un notable ejemplo que describe la manipulación del comportamiento. Allí explica el motivo por el cual el logo corporativo de la hamburguesería Mac Donalds, tiene dos grandes arcos que representan el seno materno que alimenta. Se intenta, con gran éxito, asociar la actividad de ir a comer *junk food* (comita chatarra) con el alimento más sano que se conoce. Es un emblemático ejemplo de cómo se puede *operar* sobre el inconsciente para lograr resultados que parecen puramente voluntarios.²³

Dan Ariely, con otro experimento, muestra cómo funcionan las expectativas, lo fácil que resulta crearlas. El ensayo consistió en ofrecer una taza de café gratis a algunos estudiantes que concurren a una de las tantas cafeterías universitarias que se desparraman por todo el mundo. Se invitaba a los estudiantes a probar un café y se les ofrecía agregarle algunos *condimentos* poco habituales para mezclar con café (por ejemplo, cáscara de naranjas y otros ingredientes poco usuales). Como era de esperarse,

²² Alterini, Atilio Aníbal, *El consumidor en la sociedad posmoderna*, Buenos Aires, La Ley, 1196-E, 818, RCyS 2017-X, 283, Cita Online: AR/DOC/10407/2001.

²³ *El lego se asombra cuando advierte la trama oculta de los detalles tenidos en cuenta por la publicidad. Los arcos de Mc Donalds han permanecido como motivo arquitectónico de sus restaurantes porque representan el pecho materno, provocando la asociación subconsciente con el alimento. La etiqueta del envase del jugo de verduras V8 se destaca especialmente porque es impresa a cinco colores, y no a cuatro como los libros y las revistas comunes, lo cual le asigna un intenso colorido que resulta atractivo para el consumidor (Hine).* Alterini, Atilio Aníbal, *El consumidor en la sociedad posmoderna*, Buenos Aires, La Ley, 1196-E, 818, RCyS 2017-X, 283, Cita Online: AR/DOC/10407/2001.

la mayoría de los estudiantes rechazaban la oferta de agregarle condimentos ‘raros’ al café y optaban por el tradicional sobrecito de azúcar o leche en polvo o crema. En una segunda etapa de la prueba se ofrecía probar el café con los ingredientes, pero, en este caso, el café exótico ya estaba servido en jarros de porcelana más elegante.

Estimado lector, si te gusta el café tanto como a nosotros puedes estar tranquilo porque el ensayo no cambió su proceso manufacturero. Sin embargo, tuvo resultados sorprendentes: (a) la mayoría de las personas no rechazó la invitación, sino que aceptó probar el exótico café servido en tazas elegantes; (b) un número importante de catadores manifestó que ese café, combinado con sabores infrecuentes, era más sabroso que el tradicional; (c) muchos participantes aceptaron que pagarían un precio más elevado por el café sofisticado.²⁴

En eso consiste la sugestión: en lograr que, alterando algunas situaciones contextuales, prefiramos un café azucarado con orín de conejo al tradicional que hace años tomamos todas las mañanas. Lo importante de este experimento, del cual existen miles de versiones y modalidades, es entender que *nos* pueden hacer cambiar ‘*repentinamente y espontáneamente*’ nuestra preferencia por el café que tomamos, la ropa que usamos, el teléfono celular que acabamos de comprar, el presidente que vamos a elegir, y, por qué no, del objeto de amor, subjetivado a puro egocentrismo, que nos ilusiona o desespera en lentas noches de insomnio.

Esta prueba de laboratorio pone en evidencia, principalmente, que nuestras decisiones de consumo no cambian por demandas propias, sino por la creación de contextos más lujosos que el real. Un ejército de expertos en comportamiento humano vive haciendo manipulaciones, más o menos evidentes y más o menos legales, sobre esos contextos para determinar nuestras formas de consumo. Como bien decía Alterini: *A través de la publicidad los comerciantes, en la actualidad, se encuentran virtualmente, en condiciones de dictarnos los alimentos que comemos, los refrescos o cervezas que*

²⁴ ¿Cuáles fueron los resultados? Pues que ni los más elegantes recipientes pudieron persuadir a ninguno de nuestros cafeteros e que añadiera condimentos extraños a su café... Pero lo interesante del caso fue que, cuando los condimentos extraños se ofrecían en recipientes elegantes, aumentaba en gran medida la probabilidad de que las personas que probaban el café no dijeran que les gustaba un montón, estuvieran dispuestas a pagar un precio más alto por él y recomendaran que se debería empezar a servir aquella nueva mezcla en la cafetería. En otras palabras: cuando todo lo que rodeaba al café parecía de primera calidad, también su sabor resultaba serlo. (Ariely, Dan, *Las trampas del deseo*,... p.178).

bebemos, los cigarrillos que fumamos, los coches que conducimos e, incluso, el presidente que elegimos.

Todos estos estudios de campo muestran, desde hace aproximadamente medio siglo, la necesidad de que la ciencia jurídica se ocupe más de la psiquis humana. Hemos perdido demasiado tiempo y recursos hablando del deber de información sin estudiar la estructura de la personalidad humana. Cada vez estamos más convencidos de que solo estudiando los procesos inconscientes se traerá algo de luz acerca de cómo debe suministrarse la información para que sea útil y cumpla realmente su finalidad.

Ariely, nos ofrece un maravilloso libro repleto de experimentos, entre graciosos y sorprendentes, pero de rigor científico inobjetable. Ellos nos deben ayudar a entender que la capacidad racional del sujeto, a la que tanta importancia le asignábamos, quizás sea el talento menos preponderante de la personalidad.²⁵

Es imprescindible empezar a advertir que NO somos tan racionales como lo sugiere el art. 260 del CCyC. La constante apelación a la parte más racional del individuo es una de las principales causas de la preocupante disociación que notamos entre las normas jurídicas, aun las más recientes, y el comportamiento humano. Está comprobado que no realizamos, con pleno discernimiento, intención y libertad, casi ningún acto de la vida que nos tocó vivir. Como dice Ariely; somos *previsiblemente irracionales* y quien regule nuestras conductas debe conocer estos aspectos del ser humano.²⁶ Sin embargo, es imposible conocer la verdadera naturaleza humana si no le echamos un vistazo muy cuidadoso a la actividad inconsciente; es decir, a lo que ocurre más allá de nuestra voluntad. Como bien dice John Bargh: *No podemos conocer nuestro ser completo sin conocer la parte inconsciente y entender cómo da forma a nuestros sentimientos, creencias, decisiones y actos. El inconsciente está constantemente guiando*

²⁵ *A lo largo de este libro he descrito experimentos que esperaba que resultaran tan sorprendentes como ilustrativos. Y si lo eran, ello se debía en gran parte al hecho de que resultaban el presupuesto común de que todos somos fundamentalmente racionales. Una y otra vez he proporcionado ejemplos que contradicen aquella definición shakesperiana... y nuestra comprensión resulta ser más bien pobre... (Ariely, Dan, *Las trampas del deseo*,... p.252).*

²⁶ *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 punto de partida para mejorar nuestra capacidad de decisión, cambiando para mejor nuestra forma de vida. (Ariely, Dan, *Las trampas del deseo*,... p.18).*

*nuestra conducta... por más que creamos lo contrario.*²⁷

Daniel Kahneman (1934, Premio Nobel de economía 2002) en su libro *Pensar rápido, pensar despacio*, describe al optimismo (las expectativas favorables) como uno de los motores del capitalismo. Y también, agregamos nosotros, como una fuente directa de manipulación del pensamiento.²⁸

Ese optimismo irracional es el que nos hace pensar que los productos que compramos son mejores de lo que realmente son. Las decisiones, que nosotros pensamos como procesos puramente racionales, están subordinadas a un mundo inconsciente que el Derecho no puede seguir ignorando.

La información más útil para el consumidor permanece oculta porque, para estar realmente informado, se requiere, en primer término, achatar las expectativas y el optimismo individual.

La obligación de informar no debe limitarse a *informar*, sino a llevar adelante acciones eficaces tendientes a equilibrar las expectativas. Sin embargo, a la vista de todos, se hace lo contrario. Se informa, en un incomprensible manual, que el reloj es apenas resistente a unas gotas de agua mientras una foto muestra a un buceador profesional acariciando tiburones hambrientos en el mar del Caribe. El buzo, por supuesto, usa *el mismo* reloj que acabamos de comprar por unos cuantos dólares.

(ii) La responsabilidad por la creación de expectativas.

Las consideraciones examinadas nos llevan a interrogarnos si es posible, dentro de un ordenamiento jurídico como el nuestro, y conveniente, dado el actual desarrollo de la comercialización de ByS, atribuir responsabilidad por la creación de expectativas exageradas

²⁷ Bargh, John, *¿Por qué hacemos lo que hacemos?*, ... p. 33).

²⁸ *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).

Pensamos que sí; es factible la creación de un nuevo factor objetivo de atribución de responsabilidad (FOA) que se ponga en marcha cuando las expectativas creadas resultan ser fraudulentas, entendidas como tales, aquellas que generan un optimismo excesivo frente a las prestaciones reales que puede ofrecer el producto o servicio.

Este pensamiento no peca por exceso de originalidad porque, si se piensa bien, la creación de expectativas falsas no es más que una forma particular de la mala fe. Es decir que, aun aplicando la normativa vigente, sería atendible un reclamo judicial por daños y perjuicios.

El problema es que, en ese caso, el factor atributivo de responsabilidad sería subjetivo por aplicación del art. 1724 del CCyC. Al mismo resultado se llegaría por aplicación del art. 1721 del CCyC, norma que, inexplicablemente, establece un sistema de clausura por la responsabilidad subjetiva. Esta contradicción sistémica nos mereció fuertes críticas que formulamos oportunamente.²⁹

Pero, volviendo a la hipótesis que estamos analizando, la falsa expectativa sería equiparable a obrar con dolo, tanto por ser evidente la deliberada intención de su creación como así también por el desinterés demostrado frente a los eventuales daños. En resumidas cuentas, la creación de expectativas apócrifas describe una burla a la buena fe que se concreta mediante un accionar doloso.

En ese orden, no está de más recordar que algunos autores, como los Alterini, proponen que la mala fe (en sentido lato) sea considerada como un factor subjetivo de atribución que conviva con los otros previstos en el art. 1724 del CCyC.³⁰ Así, por

²⁹ La preponderancia absoluta de las obligaciones de resultado sobre aquellas que son de medios, hace impensable que la norma de clausura, en materia de responsabilidad, se incline en favor del factor subjetivo de atribución. Como ya lo dijimos en otros trabajos, esta nos parece una de las contradicciones más flagrantes del actual código: *... no se entiende el sentido establecer una norma de clausura subjetivista cuando todo el sistema se ha corrido hacia la objetivación de la responsabilidad. Sin embargo, y más allá de señalar la contradicción incomprensible de la norma, no debemos prestarle mayor atención porque la declinación de la responsabilidad subjetiva no tiene retorno en nuestro ordenamiento jurídico.* (Shina, Fernando, *Desarrollo tecnológico y responsabilidad. Los nuevos desafíos del derecho*, SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA Id SAIJ: DACF180093, 18-05-2018).

³⁰ *Los factores de atribución de carácter subjetivos están perfectamente individualizados y tipificados civilmente para todo tipo de responsabilidad. Ellos son la culpa y el dolo. Ambos son comprendidos bajo el concepto de culpabilidad. Por nuestra parte, entendemos que se ha omitido enumerar en este artículo a la mala fe como factor de atribución subjetivo que puede ser evaluado objetivamente, a pesar de estar referenciada, como tal, en numerosas normas, como se hará conocer infra.* (Alterini, J – Alterini, I, en Alterini, Jorge (Dir. Gral.), *Código Civil y Comercial Comentado...*, T VIII, p. 119).

aplicación de las reglas clásicas, quien invoque que se ha perjudicado por falsas expectativas deberá probar la mala fe (dolo) en la creación de esas ilusiones.

Es obvio que esta carga probatoria sería muy difícil, sino imposible, de alcanzar por la víctima, dejando el saldo que todos conocemos: la impunidad del agente creador de falacias.

Para nosotros, la creación de expectativas falsas es, efectivamente, una manifestación de mala fe. Empero, disentimos con quienes consideran que la responsabilidad por los daños que ellas puedan ocasionar deba seguir las pautas de la responsabilidad subjetiva; por el contrario, propiciamos que en tales supuestos la responsabilidad sea objetiva. Es que, en definitiva, consideramos que no hay obstáculos legales para tratar a la creación de falsedades como un factor objetivo de atribución de responsabilidad en los términos del art. 1723 del CCyC.

(iii) Las eximentes. Cualquier régimen de responsabilidad que se aplique debe prever un sistema de eximentes, pues de lo contrario estaríamos creando un supuesto de responsabilidad absoluta que no creemos ni conveniente ni necesario en este caso.

En la hipótesis que examinamos, la obligación asumida por el fabricante consistiría en garantizar un resultado que, si no se cumple, lo obliga a probar que el daño se debió a una circunstancia externa a su persona (ajenidad causal).³¹

Como podrá apreciarse, la cuestión referida a las eximentes de responsabilidad se resuelve, en el caso de la creación de expectativas, con las mismas reglas que se utilizan para eximir la responsabilidad objetiva en general. El agente dañador deberá demostrar que, por ejemplo, el daño no se debió a una falsa expectativa, sino al mal uso que de él hizo el usuario. También podrá probar que no estimuló indebidamente las expectativas que los usuarios podían albergar con relación al producto. En definitiva, el deudor podrá hacer uso de todas las eximentes que el Código Civil y Comercial ofrece en el arts. 1729 a 1732.

En resumen; todo lo relacionado con las eximentes de responsabilidad por la

³¹ *...en las obligaciones de medio el acreedor no está obligado a probar la culpa cuya existencia se va a presumir una vez que se acredita el incumplimiento y el deudor sólo se eximirá de responder si demuestra que ese incumplimiento no le es imputable por haber mediado una situación de casus.* (Alterini, Jorge (Dir. Gral.), *Código Civil y Comercial Comentado...*, T VIII, p. 115).

creación de expectativas se resuelve con los mismos criterios de la responsabilidad por la creación de riesgos.

f. Una propuesta para la futura creación de un factor atributivo de responsabilidad.

(i) Presentación. Pensamos que una futura reforma del Código Civil y Comercial debería incluir a la creación de expectativas 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 relacionado con la creación y/o la defraudación de expectativas.

En sentido 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 que así lo requieran las necesidades sociales.*³²

No hay, en definitiva, razones doctrinarias que puedan oponerse a la creación legal de un nuevo FOA. Por otra parte, su fundamento, como hemos visto, sería muy parecido al que sostiene la responsabilidad por el riesgo credo. Una vez que se produce el daño, éste puede ser atribuido a la creación de expectativas exageradas que determinaron, por ejemplo, que la cosa dure menos de lo esperado o no cumpla prestaciones las anheladas, o las cumpla en forma deficitaria de acuerdo a lo que razonablemente se podía exigir.

Otra cuestión que no debe soslayarse es que, en el caso de la responsabilidad por riesgo, se endilga responsabilidad a quien introduce en la sociedad un riesgo que, en la mayoría de los casos, le reporta un beneficio de tipo económico.³³ Exactamente lo mismo puede decirse de quien crea expectativas falsas. Ese modo de actuar tiene por finalidad incrementar las ventas y el precio de productos escondiendo una asimetría entre la calidad real del producto o servicio y las expectativas que ocasiona entre la clientela. Es obvio que hay un aprovechamiento económico relacionado con

³² Pizarro – Vallespinos, Tratado de Responsabilidad Civil ..., T° 1, p. 453

³³ *Ante todo, el riesgo... Supone la introducción en la comunidad de alguna situación...que agrava el peligro de dañar, al potenciar o multiplicar la posibilidad de que resulten perjuicios.* (Zavala de Gonzáles, Matilde, *La responsabilidad civil...*T° 1, p.631).

incrementar el optimismo y las expectativas de los adquirentes.

En sentido similar, Vallespinos y Pizarro explican que la teoría del riesgo se justifica en el hecho de que quien lo crea sabe que está introduciendo o potenciando un peligro en la sociedad y, por tal motivo, debe cargar con los daños que esa eventualidad produzca. Pues bien, esa misma justificación es idónea para justificar la creación del nuevo factor atributivo que proponemos.

(ii) La creación de expectativas en el Código Civil y Comercial. Ideas para su inclusión.

Presentación. En sintonía con lo dicho hasta ahora, vamos presentar algunas ideas que deben considerarse para elaborar de una norma jurídica que contenga a la creación de expectativas como factor atributivo de responsabilidad.

Desde el punto de vista sistemático, pensamos que la mejor ubicación de esta norma sería a continuación del art. 1757 del CCyC. Incluso, sería posible que la norma que proyectamos lleve el número 1757 bis y que se denomine, *Creación de expectativas excesivas*.

La norma debería contemplar los siguientes aspectos: (a) la legitimación pasiva, para determinar quiénes son los sujetos obligados a mantener el equilibrio entre las expectativas de los adquirentes y la calidad real del producto; (b) La legitimación activa, para precisar quiénes y bajo qué circunstancia podrán invocar la aplicación de este FOA; (c) las eximentes de responsabilidad. (d) la responsabilidad por el riesgo de desarrollo.

Legitimación pasiva. Los obligados a mantener el equilibrio de las expectativas son, en primer lugar, los productores y/o fabricantes de los productos y los prestadores de los distintos servicios. En este caso seguimos la propuesta contenida en el art. 1757, haciendo que responda toda persona que cree una expectativa exagerada relacionada con la prestación a su cargo. Preferimos esta solución universalista para no limitar la responsabilidad a los productores y proveedores que actúan en las relaciones de consumo. La creación de falsas expectativas es un tipo de fraude que también puede existir en la contratación paritaria.

Responsabilidad de los medios de comunicación. El medio más habitual para crear y diseminar expectativas exageradas es, casi en forma exclusiva, la publicidad. Ello,

nos obliga a pensar si los emisores de esas publicidades (medios de comunicación) podrían ser considerados responsables solidarios con los anunciantes que pagan por la difusión de la publicidad que contiene el engaño.

No está de más recordar que la legislación especial de Colombia (Art. 30, Ley n° 1480) extiende la responsabilidad a los medios de comunicación. Sin embargo, tal extensión solo procede si se demuestra el dolo o la culpa grave del medio. Creemos que la hipótesis prevista en la ley colombiana no es audaz e innovadora como, en principio, parece ser. Veamos. Si la responsabilidad del productor depende de la comprobación (a cargo del afectado) del dolo o la culpa grave del medio, su aplicación concreta se desvanece. Es que, nos parece que será casi imposible que la víctima pueda llegar a demostrar esa grave relación subjetiva entre el medio de comunicación que difunde la publicidad y el anunciante que contrata con el medio la difusión.

En oportunidad de comentar la ley 1480 del bellissimo país vecino, fuimos muy críticos del art. 30 porque pensábamos, y seguimos pensando, que esta clase específica de responsabilidad debe seguir un factor objetivo de atribución pues, de contrario, y debido a severas limitaciones probatorias se convierte en un mero enunciado legal sin aplicación concreta.³⁴

Para evitar esos inconvenientes, preferimos no incluir a los medios de comunicación en la norma que proyectamos. Pensamos que su inclusión promete más polémicas que soluciones. La persona que sabe, o debe saber a ciencia cierta, si la expectativa sobre el producto es razonable o exagerada es el fabricante o productor.

El medio de comunicación no está obligado a conocer la información estadística que le permita saber si el aviso publicitario se ajusta a la realidad o si es fraudulento. No nos parece conveniente agregarle esa carga porque no es esa la actividad propia de los medios de comunicación.

Por otra parte, responsabilizar solidariamente a los medios de comunicación no

³⁴ *Piense el lector, ¿cómo podrá acreditar un usuario que un canal de televisión actuó con dolo o negligencia grave frente a una publicidad de zapatillas que sale al aire? Es poco menos que imposible que logre probar el elemento subjetivo requerido, y es aún más improbable que lo intente. Se trata de una norma enfática y cargada de buenas intenciones, pero, creemos, de escasa aplicación práctica.* (Shina, Fernando, Estatuto del consumidor, Astrea - Universidad de Rosario, Bogotá, 2017, p.154).

modifica sustancialmente la protección de la víctima. Los anunciantes de publicidad que contratan grandes campañas publicitarias tienen solvencia suficiente para afrontar el reclamo, individual o colectivo, que le puedan hacer sus clientes. Así las cosas, lo único que se lograría con la inclusión es sumar otro deudor solvente en una cadena solidaria en la que hay solvencia de sobra.

Además, la inclusión de esta responsabilidad abriría innecesarias polémicas doctrinarias y jurisprudenciales, agregando incertidumbre jurídica en un país donde las incertezas institucionales tienen tal intensidad que, a menudo, hacen peligrar el sistema legal.

Legitimación activa. En cuanto a los sujetos con aptitud legal para usar este FOA, aconsejamos usar una fórmula amplia, muy similar a la usada en el art. 1712 del CCyC que trata sobre la acción preventiva.³⁵ Preferimos no limitar la cuestión a las relaciones de consumo como lo hace el art. 1102 del CCyC referido a la acción de cese de publicidad engañosa.³⁶

No obstante, es posible que se dé una superposición normativa, porque es sumamente probable que la creación de expectativas se concrete mediante una publicidad falsa. Sin embargo, no debemos perder de vista que no estamos hablando de una acción autónoma, como es el caso previsto en el art. 1102 del CCyC, sino de la creación de un FOA que solamente se pondrá en marcha cuando exista un daño y un reclamo concreto. La publicidad engañosa supone una infracción formal que queda consumada con la sola aparición del anuncio falso. En cambio, el factor atributivo solo se activa cuando existe a un daño concreto y afectado, particular o colectivo, que lo reclama.

Las eximentes. En primer lugar, estará disponible la eximente causal. En la medida que el agente logre probar que no hay subordinación causal entre el daño y las expectativas creadas no habrá obligación de responder. En igual sentido, tampoco habrá

³⁵ Art. 1712 CCyC: *Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño.*

³⁶ Art. 1102 CCyC. *Acciones. Los consumidores afectados o quienes resulten legalmente legitimados pueden solicitar al juez: la cesación de la publicidad ilícita, la publicación, a cargo del demandado, de anuncios rectificatorios y, en su caso, de la sentencia condenatoria.*

responsabilidad si el fabricante o prestador logran demostrar que las expectativas creadas sobre el bien o el servicio no fueron exageradas con relación a las prestaciones reales que el producto podía ofrecer.

Finalmente, sugerimos repetir la fórmula del art. 1757 in fine. De esta forma, proponemos que se ratifique el criterio objetivo y la no liberación de responsabilidad por la existencia de autorizaciones administrativas para comerciar promocionar el producto lo por los medios habituales.³⁷

La buena fe. Este principio general del derecho, que a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial está incluido en su Título Preliminar, será determinante para que los jueces ponderen cuando existió una estimulación exagerada de las expectativas y cuándo el daño obedeció a la indiferencia o desidia del usuario o el cliente.

Es que, frente a los intereses contrapuestos de los proveedores y de los usuarios, se debe encontrar un equilibrio que permita la razonable convivencia entre el derecho a realizar publicidades que, inevitablemente ocasionan expectativas, y el derecho del usuario a no ser inducido a creer que el producto o servicio ofrece prestaciones que no son reales. La regla de equilibrio no puede ser otra que la buena fe recíproca que cabe exigirle tanto al deudor como al acreedor de la relación jurídica.

Quien asume la obligación de no exagerar las expectativas debe demostrar, sin oscuridades o malos entendidos, la calidad, la duración y las prestaciones reales del producto. Para ello, será determinante que el productor consolide su información con datos estadísticos confiables.

Las expectativas y los riesgos de desarrollo. La primera expectativa que tienen las personas que usan un producto o reciben un servicio es que ello no termine dañando persona o su patrimonio. Como hemos visto antes, la obligación de seguridad se debe con independencia de si, al momento de ponerse el producto en la calle, se conocía o no la potencialidad dañosa del producto o del servicio.

En la normativa que proponemos, el productor deberá asumir expresamente la

³⁷ Art. 1757 CCyC: *...La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención.*

responsabilidad por el riesgo de desarrollo. La norma deberá contener un apartado que disponga que si, al momento de lanzarse el producto al mercado, el fabricante o productor desconocen posibles efectos adversos que se descubren con posterioridad, asumen la total responsabilidad por los daños derivados de esa eventualidad.

En concreto y frente al llamado riesgo de desarrollo, el proveedor o fabricante asumen, además de la responsabilidad por los daños ocurridos, dos obligaciones emergentes; a saber: **a)** comunicar esta situación a todos los usuarios, utilizando para ello todos los medios de comunicación disponibles para que la comunicación sea masiva e inmediata; **b)** establecer mecanismos para retirar el producto del mercado, ofreciendo a la clientela afectada un nuevo producto o, si esto no fuera posible, una compensación económica acorde.

Reflexión final. Estamos comenzando a tomar conciencia del asombroso desarrollo de la inteligencia artificial, los algoritmos, los sesgos del pensamiento, etc.

Es necesario que la ciencia jurídica se haga eco de los nuevos aportes provenientes de las neurociencias. Y, en ese sentido nos parece apropiado culminar este extenso capítulo con una reflexión de Facundo Manes: *Uno de los ámbitos en el que la investigación neurocientífica impacta es en el derecho. Conocer sobre los procesos de la conciencia, la interacción social, la responsabilidad individual, el libre albedrío, el riesgo, la memoria, la toma de decisiones y el rol de la empatía contribuye a la reflexión sobre preceptos legales y resoluciones judiciales que hacen de estas cuestiones el objeto de regulación y dominio. Se genera así un provechoso trabajo interdisciplinario entre las ciencias de la vida y el derecho. En el futuro, la ley y la justicia, por tanto, podrán adecuar sus disposiciones en todo aquello que vea alcanzado por nuevos conocimientos neurocientíficos rigurosos.*³⁸

O salimos de la encerrona del anacronismo, en la que estamos inmersos hace varias décadas, o el Derecho nacional, muy pronto, se quedará sin vida.

³⁸ Manes, Mauricio, *El cerebro del futuro*, Buenos Aires, Planeta, 2018, p. 429.