

XVIII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor
Bahía Blanca, 18 y 19 de mayo de 2018

Comisión n°3: Perspectiva constitucional de la información y la publicidad dirigida a consumidores. Mecanismos de tutela.

Título: Nudge para proteger a consumidores en la publicidad de créditos para el consumo

Autores: Marcela Pons, Julio Corenfeld y Sebastián Arruiz*

I.- Introducción

La publicidad es una de las principales herramientas con la que cuenta el mercado para llegar a los futuros consumidores. Se trata de un canal de gran eficacia cuyo principal objetivo no es otro que incitar al consumo de los bienes y servicios que se producen e incrementar el número y magnitud de las transacciones que se realizan. Si tomamos como punto de partida la asimetría estructural (informativa, negocial, económica, probatoria, etc.) que caracteriza a las relaciones de consumo, encontramos fundamentos relevantes que justifican la existencia de una normativa específica destinada a la protección de los consumidores y, en relación con la publicidad, orientada a asegurar que su contenido sea claro, no engañoso y que la información transmitida sea adecuada y veraz, tal como lo exige art.42 C.N.

El veloz avance de la tecnología, asociado a la publicidad digital, ha colaborado a que el mercado publicitario global pueda acceder a una inmensa cantidad de individuos a un menor costo que hace años atrás.

Paralelamente, desde la sanción de la Ley de Defensa del Consumidor (LDC), la incorporación de la protección del consumidor en nuestra Constitución Nacional y la recepción explícita de los contratos de consumo en el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC), la protección integral de los consumidores o usuarios amplió cada vez más su ámbito de aplicación y se ha consolidado normativamente de manera más intensa.

II.- Régimen jurídico protectorio del consumidor

Los derechos del consumidor se encuentran consagrados en el art. 42 de la CN, en la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor (LDC), en el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC), en la Ley 25.156 de Defensa de la Competencia, y en otras legislaciones específicas (como por ejemplo la ley 26.99, que regula la relaciones de producción y consumo).

Recientemente, el Código Civil y Comercial de la Nación del año 2015 incorporó en el Título III del cuerpo normativo los *Contratos de Consumo*. En relación con el deber de información y con la publicidad dirigida a los consumidores introduce, como novedad, en la Sección II del mismo título (art.1102 CCyC), además de algunas regulaciones que resultan complementarias de lo prescripto por la Ley del Defensa del Consumidor (LDC), una acción de prevención específica para quienes resulten afectados como consecuencia de la publicidad ilícita.

El art.1101 CCyC describe lo que denomina publicidad prohibida, caracterizada ser aquella que contenga indicaciones falsas que induzcan a error, que sea abusiva,

*Docentes de Derecho de Daños, Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur (Bahía Blanca).

discriminatoria o inductiva (por provocar que el consumidor se comporte en forma perjudicial para su salud o seguridad).¹

Como se observa, se establecen una serie de prohibiciones para los proveedores de bienes y servicios, individualizando conductas que se consideran prohibidas regulando, al mismo tiempo, una acción de cesación específica para evitar o hacer cesar dichas conductas.

Si bien estas normas aparecen como adecuadas para la protección del consumidor frente a ciertas prácticas abusivas, como a continuación intentaremos demostrar, en muchas ocasiones resultan insuficientes e ineficaces.

III.- El sistema dual de procesamiento de información y los esquemas cognitivos como guías de conducta de los consumidores

Las teorías que surgen de la maistreameconomic, (economía ortodoxa o tradicional) tienden a racionalizar el comportamiento de las personas y asumen, entre otras cuestiones, que estas siempre actúan de un modo consistente con la máxima satisfacción de sus expectativas. Si nos trasladamos al ámbito del derecho del consumidor, se asumirá que los consumidores son sujetos absolutamente racionales y que, en consecuencia, actuarán siempre de una manera racional.

Frente a ello, la economía del comportamiento o *behavioraleconomics*, aparece en escena con una concepción diferente en relación con el proceso que antecede a la toma de decisiones.

En este sentido, la psicología conductual de la que se nutre la economía del comportamiento, ha observado que el procesamiento real del sistema RED puede seguir diversas vías, saltarse o evitar determinados procesos. Es decir que, lejos de lo esperado, no siempre las personas se comportan de manera mediata y reflexiva, sino que, en determinadas circunstancias, aparecen respuestas impulsivas regidas, principalmente, por esquemas o guiones cognitivos preexistentes a los que se accede desde la memoria. Estas respuestas son emitidas directamente, sin estar sujeta a las restricciones impuestas por la evaluación u otros criterios reflexivos.

Estos guiones cognitivos, almacenados en la memoria como programas conductuales que se usan como guías de actuación, son aprendidos a través de un doble proceso que implica, por un lado, la codificación inicial de comportamientos observados y, por otro, ensayos repetidos de los mismos. Al principio de su instauración son procesos conscientemente controlados y, posteriormente, a medida que son usados de manera repetida se van convirtiendo en procesos automáticos.

A este tipo de procesos hace referencia la psicología conductual cuando, en otros términos, explica los diferentes tipos de decisiones que podemos tomar los seres humanos (Epstein, 1994; Jacoby, 1996; Kahneman & Frederick, 2002; Kahneman, 2003). Así, aparecen aquellas decisiones que resultan del denominado "sistema 1", y que se apartan del modelo REM. Son las que se producen apelando a estos guiones cognitivos incorporados, aquellos a los que previamente hacíamos referencia. Es decir, no son producto de ninguna deliberación sistemática, ni emplean toda la información disponible para respetar consistencia con las metas deseadas, sino que

¹ Art.1101 CCyC: *Publicidad: Está prohibida toda publicidad que:*

a) *Contenga indicaciones falsas o de tal naturaleza que induzcan o puedan inducir a error al consumidor, cuando recaigan sobre elementos esenciales del producto o servicio.*

b) *Efectúe comparaciones de bienes o servicios cuando sean de naturaleza tal que conduzcan a error al consumidor.*

c) *Sea abusiva, discriminatoria o induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad.*

constituyen el resultado de un proceso no consciente que, paradójicamente, es el dominante en términos de cantidad de comportamiento realizado².

Si tuviéramos que describir al “*sistema 1*” diríamos que se trata de un sistema que está siempre activo, que es rápido, automático, a menudo inconsciente y que interviene en los pensamientos con respuesta “*apresuradas*” a las que arriba utilizando solo un pequeño subconjunto de toda la información disponible, recurriendo, para ello, a los esquemas preexistentes almacenados en la memoria.

A diferencia de este, el denominado “*sistema 2*” es perezoso, lento, racional, metódico, analítico y controlado, requiere el pensamiento consciente y tiene, entre otras funciones, la de controlar los desvaríos y precipitaciones del “*sistema 1*”, podríamos decir la de racionalizar al mismo.

A diferencia del “*sistema 1*”, el “*sistema 2*” emplea toda la información disponible, la computa y procesa antes de tomar una decisión

Cada vez que utilizamos el sistema 1, nuestra mente recurre o apela a aquellos esquemas ya adquiridos y que surgen de manera automática, sin lugar a reflexión previa. En otras palabras, detrás de cada comportamiento de este tipo hay un esquema previo incorporado por repetición.

Las decisiones producto del “*sistema 1*”, no predecibles mediante el modelo REM que asimila su funcionamiento al que denominamos “*sistema 2*” no implican, sin embargo, que el comportamiento humano sea caótico o impredecible. Por el contrario, los experimentos de la economía conductual revelan que el comportamiento humano es predecible. La mayoría de los seres humanos se comportan de modo similar en circunstancias similares. Sin embargo, intentar predecir esos comportamientos utilizando el modelo REM, puede llevarnos, en muchas ocasiones, a resultados errados.

La llamada Economía del Comportamiento (“BehavioralEconomics”) propone integrar estas ideas al modelo conductual base de los problemas de decisión, en este caso, en relación a las decisiones que toman los consumidores. En este sentido afirma el Dr. Hugo Acciarri que “*si muchas veces decidimos de un modo diferente al Modelo REM, pero esas desviaciones no son enteramente aleatorias sino que pueden predecirse (al menos probabilísticamente) parece fructífero estudiar las condiciones que influyen en ese resultado. Las desviaciones, en consecuencia, se integran como sesgos respecto de aquellas que resultarían del Modelo REM. Sin embargo, al constituir regularidades, las mismas pueden ser objeto de estudio sistemático*”³.

IV.- Publicidad y Sesgos de los Consumidores

Asumiendo la existencia de este sistema dual de procesamiento de la información y partiendo de la noción de que los consumidores, en la mayoría de las ocasiones en que toman decisiones, lo hacen utilizando lo que denominamos el “*sistema 1*” y que, consecuentemente, su conducta se encuentra alterada por la presencia de sesgos cognitivos que influyen de una manera previsible en la toma de aquellas decisiones, las empresas dedicadas a la oferta de bienes y servicios destinan gran parte de sus recursos en comprender qué tipo de información absorben los usuarios ante ciertos estímulos (desde una interfaz de home banking hasta un comercial de televisión) y cómo lo hacen, de modo de optimizar la retención en la memoria del mensaje que se desea transmitir.

² ACCIARRI, Hugo, *Derecho y Análisis del Comportamiento*, <https://derechoycomportamiento.wordpress.com/2017/03/05/derecho-y-analisis-del-comportamiento-por-hugo-acciarri/>

³Acciarri, Hugo, *Derecho y Análisis del Comportamiento*, op. cit

En psicología, este fenómeno muy útil para el marketing, se conoce con el nombre de “*primado*” y se refiere a cómo ciertos estímulos que recibimos influyen en la respuesta que daremos ante estímulos posteriores. De esa manera, es común que se lo utilice para generar propensión de los usuarios a recordar cierta información acerca de una marca e influenciar así en las decisiones de compra.

Asumiendo que muchas veces los consumidores actúan y deciden regidos por el sistema 1, que apela automáticamente a los esquemas aprendidos con anterioridad, y sabiendo que esas conductas son predecibles, complementar las normas que se limitan a identificar conductas prohibidas con otras que promuevan o fomenten conductas más favorables para los intereses de los consumidores aparece como una opción oportuna y necesaria. A esos fines, una posibilidad para complementar y hacer más eficaz las normas vigentes de protección al consumidor es el diseño de políticas públicas basadas en nudges.

V.- Nudges:

El concepto de nudge fue introducido por Thaler & Sunstein (2008) haciendo referencia a cualquier aspecto del marco decisorio que altera el comportamiento de las personas en forma predecible, sin prohibir ninguna alternativa y sin modificar significativamente sus incentivos económicos.

Lo interesante de los nudges, en lo que aquí respecta, es que, al igual que la publicidad, apela al *sistema 1* de toma de decisiones.

El uso del término “*nudge*” se vincula a la idea de empujar al agente a realizar una determinada acción, a seleccionar una cierta alternativa. Thaler & Sunstein sugieren que los hacedores de políticas públicas y otros arquitectos de la decisión pueden orientar la conducta de los agentes utilizando nudges para promover comportamientos en pro del interés general de la sociedad y del bienestar particular de quien toma la decisión.

Estas políticas parten de la afirmación de que las decisiones no se toman en vacío. Muy por el contrario, cada decisión que tomamos está determinada por el entorno en el que la misma se produce. Ello al punto de que muchas de las decisiones a las que le hemos dedicado análisis pueden verse afectadas por señales que quizás no hayamos notado ni absorbido conscientemente.

La arquitectura de elección es la frase que usan los científicos para describir la forma en que nuestro entorno influye en nuestras decisiones. Todos, de alguna manera, oficiamos como “arquitectos de elección”; los proveedores de bienes y servicios también lo hacen al diseñar sus estrategias de venta y sus publicidades, las que, sin lugar a duda, apuntan al sistema 1 de los individuos.

Políticas de este estilo, basadas en nudge, ya han sido desarrolladas con éxito en otros países. En 2010, Thaler asesoró al gobierno de Gran Bretaña cuando estableció el Behavioral Insights Team (BIT), que rápidamente se conoció como la “unidad de empuje”.

La Unidad Nudge (BIT) es una organización que se creó para aplicar la teoría “nudge” a los fines de intentar mejorar las políticas y servicios gubernamentales del Reino Unido. Originalmente establecido como un equipo dentro de la Oficina del Gabinete, ahora es una compañía limitada, *Behavioral Insights Limited*. dirigida por el psicólogo David Halpern

Entre los empujones más efectivos se encuentran los “sociales”: Un ensayo que involucra diabetes muestra que importante es dar un empujón en el momento correcto. En 2014, Hamad Medical Corporation, un proveedor de servicios de salud en Qatar, aumentó las tasas de aceptación para la detección de la diabetes ofreciéndola durante

el Ramadán. Eso significaba que la mayoría de los qataríes ayunaban, por lo que la necesidad de hacerlo antes de la prueba no imponía ninguna carga adicional.

Circunscribiéndonos al tema de la publicidad, como decíamos al inicio, la mayoría de la regulación actual referida a la publicidad engañosa se traduce en prohibiciones, en describir conductas prohibidas, en este caso, la publicidad ilícita. Decíamos también que a veces las normas meramente prohibitivas no alcanzan o no resulta suficientes para lograr el objetivo buscado: desincentivar la conducta. Aparece entonces como necesario complementarlas con otro tipo de regulaciones, en este caso, basadas en el diseño de nudge, que tornen a las primeras más efectivas.

Un ejemplo claro de como la utilización de nudges puede guiar al consumidor hacia la decisión más beneficiosa para él, lo podemos ver en las posibles regulaciones de las publicidades de los créditos para el consumo

VI.- Nudges y Créditos de financiamiento para el consumo.

Las dificultades con las que se enfrentan gran parte de los consumidores a la hora de tener que decidir por la adquisición de algún producto que se ofrece mediante un sistema de financiación, lo que comúnmente conocemos con el nombre de "*créditos para el consumo*", son innegables. La decisión de contratar mediante aquel sistema, en la mayoría de las ocasiones, es incentivada a través de la difusión de publicidad (televisiva, radial, gráfica, o digital), en muchos casos, ilícita en los términos del art.1101 CCyC.

Las campañas de publicidad, conociendo los procesos automáticos y acelerados que actúan en la toma de decisiones de este tipo, resaltan aparentes descuentos en los productos que promocionan, minimizando, al mismo tiempo -a través de la conocida información en letra chica e ilegible por su tamaño, y/o en un brevísimo plazo de tiempo en el caso de la publicidad televisiva (apenas segundos)-, el costo financiero total (que incluye, entre otras cosas, la tasa de interés aplicable y los gastos asociados al uso de una tarjeta de crédito por ejemplo) que conlleva la adquisición del producto promocionado a través del descuento ofrecido en el anuncio o publicidad.

Imaginemos, como ejemplo, el caso de una publicidad en la cual una entidad bancaria ofrece en su sitio de compras virtual un descuento en la adquisición de diferentes productos de entre un 15% y un 40%. En el caso, algunos productos tendrán -a simple vista- un descuento del 15% -por ejemplo, un televisor-, otros un 20% -por ejemplo, unahidrolavadora- y otros, hasta un 40%-por ejemplo, un colchón-.

El mensaje publicitario, dirigido a captar la atención del consumidor, resaltaré claramente el descuento que "tendrá" el consumidor si adquiere ese producto con la financiación ofrecida. Recién sobre el final de la publicidad se informará el costo financiero total por la adquisición del producto en forma financiada (pensemos en 12 cuotas) el que ascenderá, por ejemplo, a un 38%.

Como puede observarse, ese costo financiero total (CFT) implica que, en muchos casos, el descuento por la compra del producto en forma financiada no será tal, ya que, en realidad, el mismo quedará absorbido o será superado (por ejemplo, de adquirirse el televisor con un descuento del 15% pero abonando un CFT del 38%) por el costo financiero total que abonará finalmente el consumidor:

Sin embargo, ese CFT, la mayoría de las veces, pasará inadvertido para el consumidor, quien en forma apresurada decidirá en base al tentador descuento resaltado y ofrecido en la publicidad.

Ahora bien, ¿qué herramientas basadas en el diseño de nudges podríamos utilizar para direccionar la atención del consumidor, no hacía el descuento (muchas veces abstracto o inexistente), sino hacía el CFT?.

En otras palabras, de qué manera podríamos diseñar el entorno en el que aquel consumidor deberá tomar la decisión de adquirir o no el producto en forma financiada, de manera que su decisión sea racional, es decir, no contraria a sus intenciones o intereses -en el caso, beneficiarse con un descuento-.

En este sentido, a esos fines y solo a modo de ejemplos, algunos nudges podrían ser los siguientes:

Ejemplo 1:

Podríamos pensar en una norma que obligue a los proveedores que ofrecen créditos para el consumo a resaltar, en la parte captiva del anuncio publicitario, una imagen que fuera representativa del costo del financiamiento: La imagen en rojo estaría indicando un CFT alto, el amarillo moderado y el verde bajo o cero (pudiendo una norma establecer las escalas en cada caso).

C.F.T. ↑

C.F.T. ↑

C.F.T. ↑

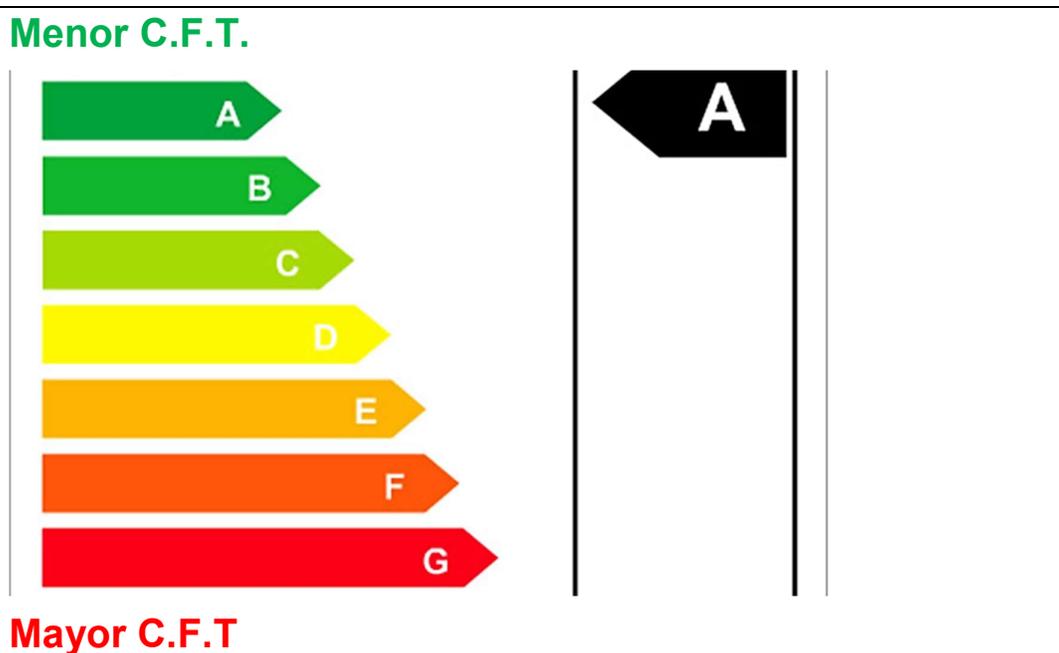
Ejemplo 2:

La Argentina cuenta desde el año 1999 con la Resolución N° 319 de la Secretaría de Industria, Comercio y Minería que obliga a los fabricantes de electrodomésticos a informar sobre su eficiencia energética a través de una etiqueta expuesta de manera clara y visible en los productos. Si tomamos esta etiqueta como ejemplo, podríamos pensar en una similar, en cuanto a su visibilidad y formato, para el caso de los créditos para el consumo.

Obligar a los proveedores a exhibir una etiqueta de este tipo en la parte captiva del mensaje publicitario que informe sobre el costo financiero total, siendo la columna de color verde la que menor costo financiero posible representa (es decir 0%), y la de color rojo la que indique que el crédito para el consumo supera un determinado porcentaje de costo financiero total. Se podría pensar en poner escalas por color, en el cual, solo a modo de ejemplo, la última columna represente los casos en los cuales la C.F.T. supere el 50%.

Una etiqueta de este estilo, al lado de cada producto publicitado con descuentos por financiación, sin duda ofrecería una gran cantidad de información y permitiría al consumidor adoptar una decisión más racional, es decir, acorde con sus propios intereses.

Véase que los créditos que se identifiquen con el color verde (y la letra A por ejemplo) serían los que menor costo financiero cobren. En el extremo inferior, los de color rojo, serían aquellos que perciban un mayor costo financiero total. Al costado de las barras estaría identificado el color con el que se pretende informar sobre el costo financiero total del crédito que se publicita.



En ambos ejemplos, el costo que implica incorporar la imagen sugerida es mínimo; sin embargo, los beneficios que la misma puede generar para los consumidores pueden ser enormes.

Una alternativa diferente podría ser diseñar estrategias que apelan al sistema 2 de los consumidores intentado que estos sean más reflexivos y racionales a la hora de evaluar una determinada oferta, es decir, apuntar a que se active el sistema 2 y que este límite racionalice al sistema 1, por ejemplo, haciendo los mensajes publicitarios mucho más complejos, o con mucha más información, obligando de esa manera a que el consumidor invierta más tiempo y recursos en descifrar la publicidad en cuestión. Sin embargo, y más allá de que los resultados pueden ser contrarios a los buscados, ello implicaría intentar modificar la mentalidad de las personas, intentar cambiar los esquemas cognitivos incorporados y aprendidos durante años, circunstancia que, además de implicar una tarea muy compleja, demandaría muchísimo tiempo.

Las normas que cambian el comportamiento mediante la atracción de nuestro “ser racional” son notoriamente difíciles de implementar. Así, una opción menos costosa y con resultados a menor plazo, y a un costo relativamente bajo, es intentar modificar el contexto o la “arquitectura de elección” en la que luego se tomarán las decisiones.

Se podría argumentar en contra de los ejemplos 1 y 2 que muchos consumidores no estarían informados sobre el significado de los colores o de las imágenes representativas de los valores del CFT. Sin embargo, y más allá de que los mismos resultan bastante intuitivos, no representaría más dificultad que la que puede poseer cualquier otra norma de protección de los consumidores y usuarios cuyo desconocimiento se invoque.

En definitiva, la educación para el consumo es inevitable, una sociedad con niveles de educación para el consumo más elevado optimizará la información y esa es una tarea que se deberá llevar a cabo, conjuntamente con las regulaciones propuestas, mediante adecuadas campañas de educación para el consumo. No obstante, una vez internalizadas las etiquetas o imágenes, los resultados pueden ser muy favorables.

Si sabemos que los consumidores, en la mayoría de sus decisiones, apelan al sistema 1, y que estos guían su comportamiento, no parece razonable entonces desconocer sus

consecuencias a la hora de diseñar políticas públicas bajo la errónea creencia de que los consumidores son seres que siempre actúan de manera racional.

No parecen razonables las críticas a las políticas basadas en nudges fundadas en el argumento de que, mediante ellas, se trata de influir o modificar el comportamiento de las personas. El estado **siempre** ha tratado de influir en nuestro comportamiento. De hecho, en su mayor parte, la formulación de políticas públicas está diseñada para cambiar nuestro comportamiento, ya sea para detener comportamientos considerados “malos” como puede ser el crimen, o para alentar comportamientos considerados “buenos”, como por ejemplo el reciclaje.

Pareciera que la clave para una aplicación exitosa de regulaciones basadas en nudge podría ser, en primer lugar, definir el resultado que se pretende, luego, comprender el contexto en el que se tomarán las decisiones en base a las perspectivas de observación para, finalmente, en vista a los resultados buscados y previamente definidos, diseñar la intervención modelando el entorno en el que se tomará la decisión. Por último, a los fines de evaluar modificaciones, correcciones, etc., no parece menos importante medir los resultados obtenidos a partir de la aplicación de este tipo de políticas públicas