

EL ALCANCE DEL DEBER DE INFORMACIÓN EN MATERIA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR: UN REPLANTEAMIENTO DESDE EL DERECHO Y ECONOMÍA CONDUCTUAL Y EL NEUROMARKETING

Carlos Rojas Klauer*
Ex miembro de THEMIS

La economía tiende a ver a los consumidores como seres racionales, los cuales basan sus decisiones en análisis costo-beneficio. Un requisito importante para poder actuar de manera racional es contar con información completa y adecuada; ésta debería ser provista por los productores en un determinado mercado. El Estado, a través de sus órganos de control, es quien debe asegurar el cumplimiento del llamado Deber de Información de los proveedores; de esta manera, debe definir cuál es la información adecuada y necesaria que se debe difundir para que el consumidor pueda actuar racionalmente.

En el presente artículo, el autor discute la idea del consumidor racional, basándose en los recientes avances en el campo del Neuromarketing. Afirma que los consumidores se ven influenciados por una serie de externalidades, internas y externas, que generan decisiones diversas según el contexto. Esto debe ser tomado en cuenta por los órganos reguladores y por los mismos productores para poder ser eficiente al definir qué información debe ser difundida.

* Abogado con estudios en Psicología del Consumidor en la Escuela de Post Grado de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Asociado de Lazo, De Romaña & Gagliuffi Abogados.

I. EL CONCEPTO DE “DEBER DE INFORMACIÓN”

El Deber de Información de los proveedores es, a su vez, el Derecho a la Información de los consumidores, debiendo entenderse como la obligación a cargo de los proveedores para brindar a los consumidores la información adecuada o necesaria a efectos de que éstos adopten una decisión de consumo adecuada con sus intereses y, asimismo, sea debidamente informado por el proveedor sobre el producto adquirido o el servicio contratado durante la vigencia de la relación contractual entre ellos.

Al respecto, el artículo 2 de la Ley 29571 –Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, “Código de Consumo”)– define al Deber de Información como la obligación de los proveedores en ofrecer a los consumidores “toda la información relevante” que permita que estos tomen una “decisión o realicen una elección adecuada de consumo”¹.

Asimismo, Morales señala que el Deber de Información “(...) versa, en esencia, sobre el adecuado conocimiento de las condiciones de la negociación y, en su caso, las características de los productos comercializados. Del lado del consumidor, es el derecho a obtener los elementos necesarios a fin de posibilitar elecciones o tomas de decisiones favorables a sus intereses (...). Se trata de la obtención de información necesaria para el actuar responsable en materia de consumo y para proteger al consumidor de mecanismos de venta y prácticas comerciales que puedan influir en sus decisiones tanto como afectar derechos económicos, personales y sociales. Visto del lado del proveedor, consiste en la obligación de poner en conocimiento de los consumidores toda la información relevante,

con la finalidad de que éstos puedan realizar una adecuada decisión de consumo o, más bien, un uso correcto de los bienes y servicios ya adquiridos”². Adicionalmente, Tovar indica que “la legislación de protección al consumidor penaliza las prácticas de información inadecuada de los proveedores, como la omisión de brindar información relevante sobre el producto o servicio o la provisión de información de manera engañosa, de modo que se induzca a error al consumidor al obstaculizar o distorsionar la evaluación que éste hace al momento de la contratación de un bien o servicio. En tal sentido, la legislación de protección al consumidor tiene como principal objetivo generar una mejor y más completa información del lado de los consumidores”³.

Por su parte, el Tribunal del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) indica que “(...) constituye uno de los derechos más importantes, debido a que a través de su ejercicio los consumidores cumplen su función económica de ordenar el mercado, premiando con su elección a las empresas más eficientes y orientando las prácticas productivas en función a sus preferencias”⁴.

En ese orden de ideas, el Deber de Información de los proveedores o el Derecho a la Información de los consumidores se constituye como uno de los principales derechos en torno al cual se sostiene la legislación de Protección al Consumidor, y consiste en el derecho que tienen los consumidores o usuarios a recibir de los proveedores la información necesaria sobre los productos o servicios que desean adquirir, así como para efectuar un uso adecuado de los mismos. En tal sentido, la carga de informar corresponde a los proveedores en

¹ Código de Consumo:

“Artículo 2 - Información relevante

2.1 El proveedor tiene la obligación de ofrecer al consumidor toda la información relevante para tomar una decisión o realizar una elección adecuada de consumo, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios.

2.2 La información debe ser veraz, suficiente, de fácil comprensión, apropiada, oportuna y fácilmente accesible, debiendo ser brindada en idioma castellano”.

² MORALES, Alonso. “Temas de Protección al Consumidor y Buenas Prácticas de Mercado. Asimetría Informativa”. Lima: Asesorandina Publicaciones. 2008. pp. 5 y 6.

³ TOVAR, Teresa. “Responsabilidad civil y relaciones de consumo. El deber de informar del proveedor y los defectos de información de los productos”. En: *Ius et Veritas* 26. 2003. p. 216.

⁴ Resolución 0936-2010/SC2-INDECOPI de fecha 06 de mayo de 2010, en los seguidos por ASPEC v. Supermercados Peruanos S.A. y Distribuidora Gumi S.A.C. (Expediente 189-2009/CPC).

la medida que se entiende que éstos tienen un mejor manejo en cuanto a la calidad y cantidad de dicha información. Es por ello que cierto sector sostiene que existe Asimetría Informativa⁵ entre proveedores y consumidores, la misma que podría generar situaciones en las cuales el consumidor adopte una decisión de consumo que no se condiga con las expectativas que tenía al adquirir el producto o servicio.

La asimetría informativa, señala Morales⁶, resulta ser una característica intrínseca a cualquier transacción económica, motivo por el cual, a efectos de permitir un mayor intercambio de bienes y servicios, los proveedores deben mitigar dicha desigualdad brindando información adecuada o relevante al consumidor –concepto que es compartido por la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI⁷. Sin embargo, para Bullard⁸, lo

que debe evitarse es que, en la contratación, la asimetría genere transacciones ineficientes “porque son tomadas sin una adecuada evaluación de costos y beneficios”. Mientras que, en una lectura más crítica, para Súmar, “el deber de revelar información puede traer problemas y costos, que podrían superar los costos derivados de la asimetría informativa, no cumplir el propósito de reducir la asimetría o ser el medio menos costoso para eliminarla; todas razones que convertirían a dicho deber legal en una norma ineficiente”⁹.

En nuestra opinión, el Deber de Información debe afrontar un replanteamiento respecto del alcance (exigencia) que la agencia de competencia –INDECOPI– tiene en su aplicación, lo cual implica incluso una modificación en la política de protección al consumidor¹⁰ y las normas que la desarrollan, tales como el Código de Consumo. Cabe

⁵ Sobre la determinación de “asimetría informativa” entre proveedor y consumidor, puede revisarse la Resolución 0397-2012/SC2-INDECOPI, de fecha 15 de febrero de 2012, en los seguidos por Jawar Motos Industriales Alejandro E.I.R.L. contra Empresa de Transportes Romy S.A.C. (Expediente 163-2009/CPC-INDECOPI-PUN). Sobre el particular, el Tribunal del INDECOPI señala lo siguiente: “Teniendo en cuenta que el servicio de transporte de encomienda contratado no se encuentra relacionado al giro de negocio de la denunciante, se presume que se encontraba en asimetría informativa respecto a dicho proveedor. Cabe indicar que, Transportes Romy no ha presentado ningún medio probatorio que pueda desvirtuar dicha presunción, como pudo ser, por ejemplo, documentos que demostraran una habitualidad en la contratación del servicio y colocaran a Jawar MIA en una posición superior a la de cualquier consumidor ordinario en términos de información”.

⁶ MORALES, Alonso. Op. cit. p. 5.

⁷ Sobre el particular, los Lineamientos de la Comisión de Protección al Consumidor, aprobados mediante Resolución 001-2006-LIN-CPC/INDECOPI señalan que “...en toda relación de consumo, entendiéndose ésta como aquella en la cual un proveedor realiza una transacción comercial por un producto o servicio con un consumidor o destinatario final, el consumidor, a pesar de ser quien mejor sabe qué le interesa, no necesariamente tiene a su disposición la información que le permita adoptar las decisiones más convenientes. En consecuencia, existe un problema de asimetría informativa entre proveedores y consumidores que puede llegar a generar distorsiones que pongan al consumidor en la incapacidad de elegir soluciones adecuadas”.

⁸ Coincidimos con Bullard en que “la asimetría informativa es parte del fenómeno económico de división del trabajo, esto es, que algunos en la sociedad nos dedicamos a ciertas actividades (usualmente las que conocemos mejor) y otros, a otras. El cliente de un abogado no aspira a tener información simétrica con él. Si fuera así, iría a la universidad a estudiar Derecho. El cliente posiblemente sepa más que el abogado respecto de sus propios negocios. Es justamente la diferencia de información lo que hace eficiente el intercambio y permite que cada quien en la sociedad se especialice y aumente la productividad de una manera asombrosa, algo que no ocurriría si uno mismo tuviera que producir todos los bienes y servicios que necesita, lo que significaría saber de todo. La división del trabajo, y la asimetría informativa que genere, nos libera de esa pesada carga. En ese sentido, es deseable que los proveedores sepan más que los consumidores respecto a los bienes y servicios que ofrecen. Lo que debe evitarse es que en la contratación esa asimetría genere transacciones ineficientes, porque son tomadas sin una adecuada evaluación de costos y beneficios. Por ello, el objetivo no es la simetría informativa, sino la información adecuada, entendiéndose por “adecuada” aquella cuya producción para el consumidor cuesta menos que los beneficios que genera”. En: BULLARD, Alfredo. “¿Es el consumidor idiota?” En: “Ensayos sobre Protección al Consumidor en el Perú”. Lima: Universidad del Pacífico. 2011. p. 209.

⁹ Al respecto, Súmar concluye que “un deber de revelar información podría traer los siguientes problemas: (i) que la información sea inútil, sea porque es: (i.a) demasiada, (i.b) incomprensible o (i.c) irrelevante; o (ii) que exista presión de grupos de interés para modificar o derogar la obligación legal”. En: SUMAR, Oscar. “¿Qué nos puede decir la Teoría Económica de la Regulación sobre las Normas de Protección al Consumidor?” En: Ensayos sobre Protección al Consumidor en el Perú”. Lima: Universidad del Pacífico. 2011. p. 46.

¹⁰ La idea de tutelar exclusivamente a quién actúa como consumidor reside en el hecho de que es esta parte la que se encuentra en una situación de desventaja informativa, la cual se traduce en un problema de costos en el acceso a determinada información que permite que las decisiones de consumo de cada individuo sean las que, en su opinión, le reporten mayores beneficios.

indicar que no rechazamos el derecho de los consumidores a ser informados, lo que se discute es el alcance y el contenido que la autoridad le otorga al momento de exigirlo en cada uno de los conflictos de consumo, a efectos de generar los incentivos o desincentivos correctos a través de sus decisiones administrativas, ello con el objetivo de proteger el proceso competitivo y los intereses de los consumidores.

Nuestro replanteamiento responde, por un lado, a que el perfil del consumidor y la dinámica actual del mercado ya no son los mismos sobre los que se sustentan las normas actuales pues la competencia, la globalización y el impacto de la era digital han generado otro tipo de consumidores, los cuales han dejado de ser sólo receptores de información y ahora son el eje principal para la construcción de las marcas, son participativos y conscientes del poder que tienen sobre los proveedores. Por otro lado, los recientes descubrimientos de la Economía Conductual, así como en técnicas de investigación de mercado derivadas de las neurociencias, como el Neuromarketing, han permitido obtener mayores alcances acerca de cómo decide el consumidor –por qué decide no hacer algo–, lo cual no sólo mejora las estrategias comunicacionales de las marcas, sino que brinda a la agencia de competencia una mayor certeza de los factores cognitivos (estímulos) que influyen o toman en cuenta los consumidores al momento de realizar una decisión de consumo. Esto resulta de vital importancia para establecer estándares y juzgar qué información debió recibir el consumidor de parte de los proveedores, es decir, conocer con mayor certeza cuál debería ser el alcance (aspiración normativa) del Deber de Información para que los consumidores tomen decisiones en beneficio de un mercado eficiente y sostenible.

Para sostener nuestra hipótesis, nos preguntamos ¿puede el INDECOPI establecer un criterio de evaluación respecto al nivel de exigencia de la información que recibe el consumidor, indicando que esta debe permitir una decisión “adecuada” sin tomar en cuenta las herramientas de investigación de mercado que permiten conocer con mayor certeza cómo decide “realmente” el consumidor? ¿El consumidor toma en cuenta la información al momento de realizar una decisión de compra, cambia en algo la exigencia o la aspiración normativa de consumidores razonables

o ello sólo es un elemento posterior a la transacción? Descubrir qué información y de qué forma debe ser presentada –y por lo tanto exigida por la autoridad– le sería útil al consumidor a efectos de que se tomen decisiones satisfactorias al largo plazo.

La finalidad del replanteamiento que formulamos, se sustenta en la certeza de poder conocer “qué información” sí le sería útil al consumidor, lo cual permite que la agencia de competencia exija el cumplimiento del Deber de Información en términos de eficiencia y satisfacción de los consumidores. Para ello, proponemos observar qué está detrás de la decisión de los consumidores, lo cual permite que: (i) los proveedores utilicen las nuevas técnicas de investigación de mercado para mejorar sus estrategias de comunicaciones, lo cual mitiga o previene los conflictos de consumo y elevan los niveles de satisfacción de clientes; y, (ii) la agencia de competencia tenga mayores elementos de cómo deciden las personas antes de juzgar los conflictos de consumo con los proveedores. Esto a efectos de desincentivar de forma más precisa y eficiente los problemas de información, ya que como indica Bullard, lo que debe evitarse es que la asimetría genere ineficiencia en el mercado.

II. DECISIÓN DE COMPRA

La decisión de compra es un proceso cognitivo de elección y varía conforme al tipo de consumidor (impulsivo, prudente, inseguro, sabelotodo, comunicativo, poco comunicativo, aprovechador y disconforme). Éste afronta y se ve influido por tres clases de variables: (i) las del marketing (precio, producto, promoción y plaza); (ii) las internas o endógenas (motivación, percepción, experiencia, características personales y actitudes); y (iii) las externas o exógenas (entorno socioeconómico, cultural, grupos sociales, familia, influencias personales y situaciones).

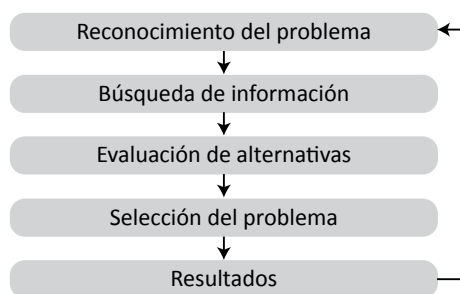
Entonces, ¿por qué compramos? Existen muchas razones más allá de una necesidad específica. Hay razones hasta hedonistas, tales como la experiencia social, intereses comunes compartidos (tiendas especializadas), atracción interpersonal (punto de encuentro), status instantáneo o la emoción de la búsqueda. Las compras pueden ser planeadas, parcialmente planeadas (intención del producto pero no la marca), como no planeadas (impulso).

También hay una importante diferencia entre cómo compran las mujeres y cómo lo hacen los hombres.

Al respecto, Underhill señala que “[e]n comparación, los hombres por lo general parecen barcos a la deriva. Hemos cronometrado a los compradores suficientes para saber que los hombres se mueven por los pasillos de una tienda a más velocidad que las mujeres. Los hombres también pasan menos tiempo mirando. En muchas ocasiones es difícil conseguir que miren algo que no les interese comprar. A la hora de comprar, lo normal es que no les guste preguntar dónde se encuentren las cosas, ni ninguna otra cosa. (Compran de la misma manera que conducen). Si un hombre no encuentra la sección que está buscando, dará una o dos vueltas y después abandonará y se irá de la tienda, pero en ningún caso pedirá ayuda. Como mucho los verá detenerse. Verá a un hombre que se mueve con impaciencia por la tienda hacia la sección que busca, escoge algo y después, repentinamente, él está listo para comprar, sin haber obtenido ninguna satisfacción del proceso de búsqueda. Prácticamente hay que apartarse de su camino. Cuando un hombre entra en un probador de prendas de ropa, que le siente mal es la única razón que le impide comprarla. Por otro lado, las mujeres se prueban prendas sólo como parte del proceso de selección, y piezas que les sientan perfectamente son rechazadas por otras razones. En un estudio realizado hallamos que el setenta y cinco por ciento de los compradores hombres que se probaban algo lo compraban, mientras que para las mujeres el porcentaje era sólo del veinticinco por ciento. (...) los hombres de hoy en día hacen más compras que nunca. Y esa tendencia continuará aumentando. Dado que permanecerán solteros durante más tiempo, aprenden a buscar en las tiendas algunos productos que sus padres nunca tuvieron que comprar. Y como se casan con mujeres que también trabajan todo el día, se verán forzados a responsabilizarse cada vez más de la carga del *shopping*”¹¹.

Para Schiffman y Lazar, el proceso de toma de decisiones del consumidor tiene las siguientes etapas:

Proceso de toma de decisiones del Consumidor¹²



La primera etapa es el reconocimiento de una necesidad que debe ser cubierta; ella es estimulada por una combinación de factores internos y externos que marcan el inicio del proceso. Cabe indicar que el marketing busca satisfacer necesidades ya existentes, las cuales se traducen en deseos, que pueden manifestarse y satisfacerse de diversas maneras a lo largo del tiempo. La publicidad nos demuestra que los consumidores quieren satisfacer una gama limitada de necesidades; lo que cambia son los diversos deseos que las transportan, los cuales pueden modificarse conforme al tiempo, al espacio social y el contexto económico.

La segunda etapa resulta de mucha importancia para los fines del presente artículo, toda vez que la “búsqueda de información” nos permite tener un primer acercamiento entre a lo que está expuesto el consumidor y lo que percibe e investiga para tomar una decisión de compra. La búsqueda de información empieza con la identificación de la necesidad y varía en función de cada tipo. Existe una búsqueda interna (memoria) y una externa (pre-compra).

En la búsqueda interna se activan los conocimientos almacenados en la memoria, en la que generalmente se presenta una acción pasada satisfactoria, siendo que la intensidad de la búsqueda depende del tipo de decisión. Los sesgos afectan la búsqueda interna y van desde el sesgo de la confirmación (vemos lo que queremos ver), la inhibición (recuerdo de un atributo inhibitor que puede impedir el recuerdo de otro positivo o viceversa) y el estado de ánimo

¹¹ UNDERHILL, Paco. “¿Por qué compramos?: La ciencia del shopping”. Barcelona: Ediciones Gestión 2000. 2000. pp. 108 y 109.

¹² SCHIFFMAN, León y LAZAR Leslie. “Comportamiento Del Consumidor”. Octava Edición. Ciudad de México: Editorial Pearson Educación. 2005.

(la comunicación que logran un buen ánimo favorecen a la recordación de la marca).

La búsqueda externa se genera con los medios de comunicación, las referencias de amigos o familiares fuentes independientes, pruebas de productos (muestras), entre otros. Cabe indicar que para el criterio normativo actual y la interpretación del INDECOPI, el Deber de Información se encuentra relacionado a la búsqueda de información externa, siendo la búsqueda interna un factor que aún no ha sido investigado o tomado muy cuenta por la autoridad, lo cual, esperemos que cambien a partir de replanteamientos como los desarrollados en el presente trabajo. Ello debido a que un consumidor buscará la información hasta sentir que posee la confianza suficiente en su capacidad para juzgar un producto o servicio y elegir la opción que considera correcta, más allá de la disponibilidad o acceso a la información que exista sobre los bienes o servicios. Dicha confianza se desarrolla con la experiencia, siendo la información proporcional al tipo de producto o servicio que necesita, ya que no es igual comprar un vehículo que un chocolate o botella de vodka. La información es transmitida de forma verbal o no verbal (imágenes) por parte de los proveedores; la pertinencia y utilidad es un factor relevante y forma parte de la estrategia comunicacional de cada marca, conforme a su posicionamiento y a la segmentación a la que quiere dirigirse el proveedor.

La evaluación de opciones es la etapa en que, en función a la información recogida, el consumidor evalúa los atributos y los beneficios que ofrece cada marca (percepción y preferencias). En esta tercera etapa, el consumidor construye su propio conjunto evocado de marcas (en las primeras en las que piensa cuando tiene que elegir un producto o servicio dentro de una categoría). Por ejemplo, cuando pensamos en la categoría gaseosas, puede que nuestro conjunto evocado sea Inca Kola, Coca Cola o Sprite, cada consumidor tiene su propio conjunto evocado.

La cuarta etapa es la compra, la que puede variar de acuerdo a la complejidad, ya sea porque implica una decisión rutinaria por su frecuencia o implique mayor responsabilidad

por lo esporádico o por el alto precio a ser pagado. Resulta importante que la autoridad administrativa identifique si para el consumidor la compra fue esporádica o rutinaria, ya que el nivel de complejidad puede ser proporcional al Deber de Información, considerando que para el consumidor este solo es un factor dentro de un proceso más enigmático.

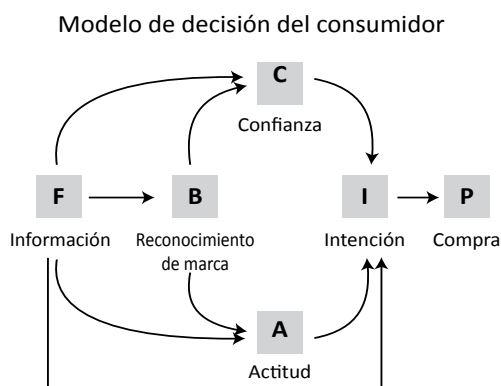
La quinta etapa es la que genera las sensaciones posteriores a la compra, que van desde la satisfacción o el rechazo a la marca. En el caso de las compras por impulso (no planificadas), el consumidor tiende a listar, luego, una serie de justificaciones que respaldan su decisión.

En este punto, resulta pertinente indicar que existen dos criterios de evaluación de compra que el consumidor ejecuta cuando analiza sus alternativas: (i) las estrategias no compensatorias; y, (ii) las estrategia compensatorias. En el primer caso, la debilidad de un atributo no puede compensar la fortaleza de otro, es decir, existe una jerarquía que permite desempatar para elegir, en estos casos, la debilidad de un atributo, genera que no acepte o decida por una marca en particular. En el segundo caso, la debilidad de un atributo si puede ser compensada por la fortaleza en otro, el típico ejemplo, de que un alimento engorda pero me gusta; el consumidor compensa el hecho que la comida sea “chatarra” por la satisfacción de comprarla a partir de su sabor u otros atributos. Las elecciones sin criterios, responden a los hábitos, el azar (indiferencia hacia las marcas de la categoría, por desconocimiento o nivel de necesidad) o motivo no racionales (sensoriales).

Para Bunge¹³, la decisión de compra no es un proceso de etapas. Ésta depende de un modelo dinámico como el desarrollado por John Howard, en el que se mezclan seis componentes (variables) a través de un proceso de agrupación y diferenciación. Dichas variables son: información, reconocimiento de la marca, actitud, confianza, intención y compra. Para este modelo, la información, se encuentra ligada a la percepción, la cual es provocada por un estímulo, siendo la medida estándar de la percepción del consumidor, el recuerdo que se

¹³ BUNGE, Sonia. “Comportamiento del Consumidor: Aplicación del Modelo de Howard al Mercado Argentino de Telecomunicaciones”. Tesis de Licenciatura en la Universidad de San Andrés. Buenos Aires. 2000. p. 54.

tiene sobre una marca, conforme a la dinámica del modelo desarrollado por Howard.



Como puede observarse, el marketing viene estudiando la decisión de compra desde diversas perspectivas. Lo cierto es que la información sobre un producto o servicio forma parte del proceso de elección; sin embargo, ésta no es una variable determinante para la decisión de consumo. La valoración y el estudio de los mecanismos psicológicos que utiliza la mente de los consumidores para tomar decisiones pueden llegar a sorprendernos respecto de su comportamiento (racionalidad) y a cómo son evaluados o vistos externamente (razonabilidad).

Desde nuestra perspectiva la racionalidad es un presupuesto para el análisis de la toma de decisiones, mientras que la razonabilidad es la evaluación que realiza un tercero respecto a mi decisión como consumidor a efectos de simplificar el modelo de interpretación legal¹⁴.

En este punto, podemos ir adelantando que la Economía Conductual postula modificar

el presupuesto de racionalidad¹⁵ que actualmente manejamos, toda vez que a partir del estudio de los sesgos y heurísticas se ha podido observar que los consumidores no tienen preferencias constantes y que su racionalidad es absoluta¹⁶ en términos de predicción económica. Los modelos de comportamiento han demostrado que la racionalidad clásica no permite a los economistas predecir que decisiones tomarán los consumidores en el futuro.

El Derecho estudia y regula la decisión de compra desde el momento en que el consumidor busca la información para la realización de la compra. Para ello, se asume que los consumidores son racionales y razonables o en todo caso, esa es la aspiración normativa. Lo razonable es un presupuesto económico, que permite establecer un estándar, a efectos de reducir costos de coordinación en la dinámica de intercambio de bienes y servicios (transacciones), así como evitar incertidumbre en los proveedores respecto a la disponibilidad de la información. Lo racional es el proceso previo, es la forma en cómo los consumidores deciden en función de sus intereses.

En tal sentido, resulta importante revisar qué se entiende por la racionalidad del consumidor y por consumidor razonable a efectos de observar si el replanteamiento del Deber de Información generaría una modificación al contenido de los referidos conceptos o en realidad ello dependerá de los resultados que se obtengan a partir de la inclusión de los descubrimientos o postulados de las neurociencias en la formulación de políticas de protección al consumidor.

¹⁴ “Los analíticos definen lo racional simplemente como un factor de mero procedimiento, como un juicio lógico-formal de atinencia por parte del acto decisorio a reglas positivas que no siempre derivan en una decisión jurídica razonable. En ello, la idea de lo razonable sigue entendiéndose como el grado de legitimidad sociológica, para utilizar terminología weberiana, que una determinada decisión comporta”. En: BAZÁN, José Luis y Raúl MADRID. “Racionalidad y razonabilidad en el Derecho”. En: Revista Chilena de Derecho 18. 1991. p. 185.

¹⁵ La economía neoclásica o tradicional parte de la presunción de que casi todas las personas, casi todo el tiempo, toman decisiones que se condicen con sus intereses tras un análisis costo-beneficio racional libre de sesgos. En: SUNSTEIN, Cass y Richard THALER. “Libertarian paternalism is not an oxymoron”. En: The University of Chicago Law Review 70. 2003. p. 1163 (traducción libre).

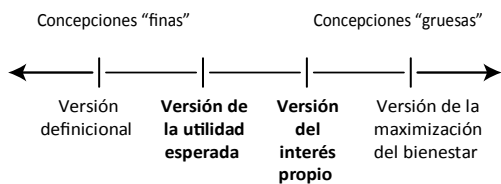
¹⁶ Usualmente, el Análisis Económico del Derecho se ha enfocado en la soberanía del consumidor y, por tanto, ha hecho énfasis en la capacidad racional del ser humano. Una visión psicológica de la realidad revela, contrariamente a lo que se piensa, que el ser humano carece de un sistema de racionalidad perfecta (lo cual no significa que sea irracional). Para una visión más detallada del tema, ver: JOLLS, Christine, Cass SUNSTEIN y Richard THALER. “A Behavioral Approach to Law and Economics”. En: Stanford Law Review 50. 1998.

III. LA RACIONALIDAD Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO

Para comenzar, es importante diferenciar lo que se entiende por racionalidad en el lenguaje cotidiano y en el lenguaje económico clásico. En el lenguaje cotidiano, cuando hablamos de lo racional nos referimos a una persona razonable cuyas acciones se guían de forma apropiada por consideraciones de sus valores e intereses; es un tema de sentido común. El término racional en economía es distinto; sólo se refiere a que las preferencias del individuo deben ser coherente, consistentes y constantes. Uno puede creer en lo que quiera, pero mientras seas coherente, consistente y constante, no serás irracional. Lo mismo se aplica a las preferencias. Puedes preferir ser odiado a ser amado, pero mientras tus preferencias sean consistentes, eres racional en términos económicos¹⁷. Es una presunción simplificada; sin embargo, no es pacífica.

Dentro del propio mundo del Análisis Económico del Derecho¹⁸, no existe una definición clara de lo que es una decisión racional. Existen varias versiones de racionalidad que van desde puntos de vista “finos”, porque no contienen una base sólida detrás, hasta posturas más “gruesas”, con una fundamentación un poco más estructurada. Así, las posturas que se acercan a la versión “fina” tienen como problema principal que cualquier individuo, independientemente de la decisión que tome, puede calzar en la definición de dichas posturas, lo cual las torna no-falsables y, por lo tanto, inútiles. De otro lado, las posturas cercanas a la concepción “gruesa” resultan falsables, pues pueden ser rebatibles por otras teorías¹⁹. El problema de esta segunda versión radica entonces en esa rebatibilidad. Mientras más se acercan al lado derecho de la recta, más fáciles son de contradecir con evidencia empírica (ver gráfico propuesto por Green y Shapiro), conforme se observa en el cuadro desarrollado por Korobkin y Ullen:

El espectro de la teoría de la decisión racional



Fuente: KOROBKIN y ULEN. “Law and behavioral science: removing the rationality assumption from Law and Economics”. En: California Law Review. Volumen 88. Número 4. Julio de 2000. p. 1061.

A. Análisis Económico del Derecho v. Derecho y Economía Conductual

El Análisis Económico del Derecho ha sido visto como una herramienta útil aplicable a las instituciones legales utilizando principios de la microeconomía –específicamente lo referido a la teoría de precios–, esta ha encontrado en la práctica diversos factores de la “vida real” que han puesto en duda sus formulaciones. El problema del Análisis Económico del Derecho surge cuando el extremo afán simplificador de sus modelos yerra al momento de predecir el comportamiento humano. Construye fórmulas matemáticas que cataloga de evidentes y a las que les brinda fuerza sobre la base de su poder explicativo, sin tener en cuenta que éste no sirve de mucho, o de nada, si no está acompañado de una capacidad predictiva. Su principal problema es asumir el comportamiento racional de los individuos en sus decisiones de vida.

En respuesta a lo anterior, el Derecho y Economía Conductual pretenden recuperar el carácter predictivo de los modelos económicos aplicado a las políticas públicas, incorporando aspectos de la Psicología que permitan diseñar modelos capaces de entender el comportamiento humano y, por tanto, predecirlo. Así, estudia las distintas heurísticas y sesgos que pueden

¹⁷ KAHNEMAN, Daniel. Discurso en la Universidad de Georgetown. 2009. En: http://fora.tv/2009/05/15/Nobelista_Daniel_Kahneman_on_Behavioral_Economics.

¹⁸ El Análisis Económico del Derecho es una metodología que propone un modelo Sobre la base del cual se pueden analizar económicamente las instituciones jurídicas, utilizando como premisas para simplificar el análisis que: (i) todo puede traducirse en un denominador común, el dinero, con el fin de poder realizar un análisis costo-beneficio; (ii) existe soberanía del consumidor; (iii) los individuos actúan para maximizar sus beneficios (iv); las preferencias son estables (v) no existen costos de redistribución.

¹⁹ Para mayores detalles al respecto revisar: DRAGO, Mario y Carlos ROJAS. “Derecho y Economía Conductual en Políticas Públicas de Prevención de Desastres: El Caso del Terremoto de Pisco”. Tesis para la obtención del título de abogado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 2011.

afectar la toma de decisiones por parte de los consumidores para poder verificar la necesidad, o no, de regular o intervenir en determinada actividad²⁰.

La Economía Conductual postula el estudio del comportamiento humano como factor a tomar en consideración al momento de predecir conductas mediante modelos económicos, con el fin de evitar distorsiones cognitivas y motivacionales que tornen defectuosas las decisiones de consumo, así como los análisis legales²¹.

De este modo, el Derecho y la Economía Conductual presta atención al punto de referencia sobre el cual el individuo toma sus decisiones y sugiere la necesidad de considerarlo en los modelos económicos que respaldan la creación de normas, como las que regulan los conflictos de consumo. El punto de referencia es establecido por cada consumidor conforme a un contexto específico y a partir del cual se construyen sus preferencias (decisión de compra). El punto de referencia no es más que el contexto dentro del cual queremos que el marco regulatorio o nuestra política pública se enmarque para tener éxito, y lograr la eficiencia social.

Decir que la gente hace un análisis simple racional y que sigue consumiendo productos perjudiciales para su salud (como los cigarrillos) porque valora más el hoy que el mañana es una conclusión muy simplista y poco útil para la elaboración de políticas públicas. El Derecho, tomando en consideración las limitaciones cognitivas del ser humano, actúa de diferentes maneras. Por ejemplo, lo hace a través de la obligatoriedad del empleador de pagar un sistema de pensiones del empleado y la prohibición relativa sobre este último de retirar el dinero (por lo menos sin un engorroso trámite que lo haga meditar sobre su decisión). Los avances más importantes de la Economía Conductual están en este rubro y se relacionan con los juicios de error (producidos por sesgos y heurísticas), toda vez que el consumidor no decide a través de un proceso racional perfecto.

B. Racionalidad acotada

De esta forma, la Economía Conductual señala que la racionalidad es “acotada”, término que describe el proceso de decisión de un consumidor, tomando en cuenta sus limitaciones cognitivas de conocimiento y de capacidad computacional. Ya que es imposible que el individuo analice toda la información disponible, éste sólo toma un cúmulo de opciones y realiza procesos mentales simples, influenciado por sus experiencias y creencias. En muchas oportunidades, éstas le brindan respuestas rápidas y positivas, pero muchas otras veces resultan en decisiones sub-óptimas desde el punto de vista de la eficiencia y el bienestar social. Así, la racionalidad del ser humano es acotada porque (i) le es imposible tener acceso a la información completa y a la certidumbre, influyendo en él factores externos como la cultura y la sociedad; y, (ii) la persona no tiene la capacidad para procesar perfectamente la información que sí tiene disponible, lo que afecta su capacidad de cálculo. Variables como la experiencia, memoria, percepción, creencias y sensibilidad influyen en esto. La persona no decide fríamente. La utilidad es inseparable de la emoción²². Dejar de lado el sufrimiento que ocasionan las pérdidas o el arrepentimiento derivado de los errores no es realista desde el punto de vista descriptivo o positivo, y las formulaciones en ese sentido se alejan del componente predictivo necesario para regular o no conductas. Las emociones, el contexto y ciertos sesgos y heurísticas limitan nuestra racionalidad.

Sin embargo, no confundamos racionalidad acotada con irracionalidad o con ignorancia racional. El ser que actúa irracionalmente es impredecible y aleatorio, y no toma decisiones consistentes en el tiempo dentro de un mismo contexto, es decir, carece de preferencias constantes. El ser racionalmente acotado es distinto; sus decisiones son constantes dentro de mismo contexto, pero tiene limitaciones de carácter exógeno y endógeno que no le permiten siempre tomar decisiones óptimas desde el punto de vista de la maximización

²⁰ “La evidencia recabada por la Economía Conductual y la Psicología Cognitiva muestra que sistemáticamente los seres humanos tomamos decisiones sesgadas, las cuales en muchos casos resultan ineficientes (y que no hubiésemos elegido si fuésemos totalmente racionales.” DRAGO, Mario y Carlos ROJAS. Op cit. p. 17

²¹ SUNSTEIN, Cass. “Análisis Conductual del Derecho”. En: Revista *Advocatus* 9. 2003. pp. 57-79.

²² KAHNEMAN, Daniel. “Mapas de Racionalidad Limitada: Psicología para una Economía Conductual”. En: Revista *Asturiana de Economía* 28. 2003. p. 195.

de beneficios. Como dice Sunstein, “[la racionalidad acotada] no quiere decir que la conducta de las personas sea impredecible, sistemáticamente irracional, aleatoria, libre de reglas, o elusiva a los científicos sociales. Por el contrario, las calificaciones de los modelos racionales pueden ser descritas, usadas e incluso modeladas algunas veces”²³. No es que el ser sea irracional, sino que trata de ser racional con lo que tiene y de acuerdo a su capacidad de procesamiento de información.

Por su parte, el ser ignorante racional es consciente de la existencia de demasiada información, y prefiere asumir el costo de ignorarla (tener información incompleta) antes que tener que procesarla toda. En otras palabras, sabe que puede procesarla, pero prefiere no hacerlo. El ser racionalmente acotado, en cambio, puede o no procesar toda la información que tiene a la mano, al igual que el ignorante racional, pero decida o no procesarla, lo cierto es que existen factores exógenos y endógenos que impiden un correcto procesamiento de dicha información.

IV. ESTÁNDAR DE INTERPRETACIÓN: EL CONSUMIDOR RAZONABLE

El proceso de toma de decisión termina y la autoridad de competencia establece un estándar de interpretación (aspiración normativa) de cómo actúan los consumidores, ello en función a la dinámica de intercambio (transacciones). Mientras que la racionalidad es un concepto económico, la razonabilidad se construye a partir de un valor de relevancia jurídica, a efectos de que la autoridad obtenga un estimado (abstracción jurídica) de cómo actúan los consumidores.

Un “Consumidor Razonable” es definido como aquella persona que actúa con la debida

responsabilidad y la diligencia ordinaria en el mercado, esto es, que procura encontrarse informado para adoptar una decisión de consumo. Además, compara productos y servicios sobre la base de la información obtenida, lo cual es socialmente adecuado en la medida que promueve conductas eficientes en el mercado. Es importante resaltar que no debe protegerse al consumidor descuidado o negligente, pues ello sólo generaría la promoción de conductas ineficientes en el mercado que elevarían significativamente los costos de transacción, ya que se consagraría una garantía de protección al consumidor contra su propia falta de responsabilidad o diligencia.

Al respecto, Patrón y Bullard²⁴, indican que el “marco legal persigue establecer incentivos para que las empresas coloquen en el mercado información suficiente y adecuada sobre los bienes y servicios disponibles. En otras palabras, el modelo favorece la reducción de los costos de transacción en el mercado estimulando la dinámica del mismo. El hecho que los distintos órganos funcionales encargados de aplicar las leyes antes mencionadas se encuentren incorporados en una sola agencia gubernamental ha permitido coordinar y unificar los estándares de interpretación de los mismos, lo cual reduce la incertidumbre de los agentes económicos. Por ejemplo, para determinar qué tipo de información es susceptible de inducir a error al público se utiliza siempre, en cualquiera de las áreas, el concepto de consumidor razonable en contraposición del comúnmente citado consumidor medio”.

El concepto de Consumidor Razonable, si bien es una abstracción jurídica que permite a la autoridad de competencia establecer un estándar de interpretación, tiene como finalidad reducir los costos de transacción en la medida que reduce la incertidumbre

²³ SUNSTEIN, Cass. Op. cit. pp. 57-58.

²⁴ En ese sentido, los referido autores indican que, “[e]l consumidor medio no es sino el actor común en una determinada colectividad; mientras que el consumidor razonable es un estándar abstracto de los que sería el comportamiento socialmente deseable de un individuo. Si en un país el comportamiento de un consumidor medio, digamos su diligencia, está por debajo de lo “razonable” –esto es, de lo socialmente deseable–, las decisiones que adopten como estándar de tutela al individuo promedio promoverán su falta de diligencia (o al menos no generaran incentivos para que adopte mayores precauciones). El resultado sería la reducción del bienestar social. En la aplicación de las normas que reprimen el engaño en el mercado se ha asumido que el criterio de los “razonable” incentiva conductas adecuadas por parte de los consumidores, lo que a su vez promueve eficiencia y complejidad”. BULLARD, Alfredo y Carlos PATRÓN. “El otro Poder Electoral: Apuntes sobre la experiencia Peruana en materia de Protección contra la Competencia Desleal” Lima: THEMIS-Revista de Derecho 39. 1999. p. 444.

de lo indeterminado, generando que los proveedores tengan un piso mínimo respecto de la información que deben brindarle al consumidor, lo que se condice con lo exigido en caso exista algún conflicto de consumo.

Ahora bien, como indicáramos desde un principio, en el presente trabajo proponemos observar qué está detrás de la decisión de los consumidores, lo cual permite que: (i) los proveedores tomen las nuevas técnicas de investigación de mercado para mejorar sus estrategias comunicacionales; y, (ii) la agencia de competencia tenga mayores elementos de cómo deciden las personas antes de juzgar los conflictos de consumo con los proveedores. Hasta el momento hemos evaluado el alcance del Deber de Información y los diversos factores económicos, psicológicos y jurídicos que giran en torno a la decisión de consumo, por lo que, a continuación evaluaremos si el Neuromarketing puede contribuir a demostrar nuestra hipótesis a efectos de replantear el alcance del Deber de Información en materia de Protección al Consumidor.

V. NEUROMARKETING

El comportamiento de los consumidores está cambiando; de ser receptores ahora son creadores y participativos. El marketing dejó de referirse a los consumidores que compran para referirse a las personas que viven y sienten. La tendencia actual es contar una historia y captar la atención e interés del consumidor; es transmitirle emociones, para generar buenos recuerdos y mantener la imagen de la marca en su memoria de largo plazo. Para poder conocer y utilizar dicha información, existe la investigación de mercado y sus diversas técnicas y categorías, desde la cuantitativa (saber el cuanto), cualitativa (conocer qué valoran), etnográfica (ver como se desenvuelven) hasta el *cool hunting* (identificar tendencias).

Sin embargo, aún con dichas técnicas no hemos podido identificar qué sucede en la mente del consumidor debido a que existe una diferencia entre lo que piensa y lo que hace. Lo que para la investigación tradicional podía ser el fracaso o éxito de algunos productos, finalmente, cambia una vez aplicado a la realidad. Conocer qué espera y qué quiere el consumidor requiere de una investigación de mayor rigor científico, a efectos de explorar los procesos de la mente. Al respecto, Alvarado señala que “[u]no de los principales descubrimientos de la neurociencia²⁵ es que 95% de los procesos mentales del ser humano se producen en su mente no consciente, y es precisamente allí donde residen los mecanismos que condicionan sus decisiones. Por ello, hay que tener en claro cómo funciona el cerebro”²⁶.

De este modo, conforme a la Teoría del Cerebro Triuno²⁷ desarrollada por Paul MacLean existen tres tipos de cerebros: (i) el córtex, asociado a la lógico-racional; (ii) el límbico, relacionado a lo emocional; y, (iii) el réptil, referente a lo instintivo. El resultado de su investigación concluyó que la mayoría de las decisiones son tomadas por los cerebros réptil y límbico, siendo el córtex el que justifica en la mayoría de oportunidades la ejecución de la compra ya realizada por el consumidor. Dicha explicación se puede observar conforme al siguiente gráfico²⁸:



²⁵ “La neurociencia es la disciplina que estudia el desarrollo, estructura, función, farmacología y patología del sistema nervioso y de cómo los diferentes elementos del sistema nervioso interactúan y dan origen a la conducta”. ALVARADO, Liliana. “Neuromarketing, entendiendo al consumidor (1)” En: Marcas, Mercado y Consumidor. Blog del Diario Gestión. Disponible en: <http://blogs.gestion.pe/marcasmercadoyconsumidor/2010/07/neuromarketing-entendiendo-al.html> Consultado el día 22 de noviembre de 2012.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ MACLEAN, Paul. “A triune concept of the brain and behavior”. Toronto: The Ontario Mental Health Foundation by University of Toronto Press. 1973.

²⁸ En: <http://laurasil.com/neuromarketing-como-llegar-a-tu-publico-con-exito/>.

El cerebro racional procesa los datos e información objetiva; es funcional, lógico y analítico. El límbico o emocional es el que procesa los sentimientos, los miedos, las sensaciones. El tercer cerebro es el primitivo o reptil, toma en cuenta los resultados de los otros dos cerebros, pero de manera que sólo éste controla las decisiones, en este se observa el sentido de supervivencia, reproducción, poder, defensa y protección²⁹.

El Neuromarketing –a partir de la teoría de MacLean– estudia el funcionamiento del cerebro en las decisiones de compra de un producto o servicio. Es una técnica de investigación de mercado que permite indagar sobre la respuesta de los consumidores ante estímulos publicitarios, marcas, comunicaciones, productos, precios, etcétera, con la finalidad de comprender y brindar bienes y servicios que estén más cercanos a lo que realmente quieren las personas.

De esta forma, el Neuromarketing busca indagar qué zonas del cerebro están involucradas en cada comportamiento del cliente, ya sea cuando elige una marca, cuando compra un producto o, simplemente, cuando recibe e interpreta los mensajes que le hacen llegar las empresas; es decir, un momento previo a la racionalidad, Sobre la base de la cual se formulara luego el criterio de razonabilidad.

La metodología consiste en decodificar qué está detrás de cada estímulo, a efectos de verificar a qué cerebro (reptil, límbico o córtex) es al que corresponde, ya que “conocer el funcionamiento de estos tres cerebros y la forma como se interrelacionan nos puede evitar mucho errores de aprendizaje”³⁰.

Para conocer cuál es la parte del cerebro que reacciona frente a un determinado estímulo, el Neuromarketing utiliza técnicas de neuroimagen que le permiten ver *online* qué es lo que está pasando en las neuronas del cerebro de una persona ante el referido estímulo externo, lo que ayuda a las marcas a construir y comunicar mensajes que

influyan directamente en el verdadero decisor que tiene cada consumidor, a partir de un lenguaje que logra conectarse con la mente y el Cerebro Triuno. A efectos de medir la actividad cerebral y su relación con sistema nervioso, el Neuromarketing utiliza principalmente los siguientes instrumentos:

- a) La electroencefalografía (EEG), que permite registrar las ondas cerebrales relacionadas con cambios emocionales, de atención y recordación.



Fuente: <http://www.timesofmalta.com/>

- b) La Prueba Respuesta Galvánica, que registra los cambios en la conductancia de la piel, relacionados con respuestas emocionales



Fuente: [http://blog.toptenbusinessexperts.com /](http://blog.toptenbusinessexperts.com/)

²⁹ ALVARADO, Liliana. “Neuromarketing, ciencia al servicio del conocimiento”. Nota Técnica como parte de los materiales del Curso de Neuromarketing de la Escuela de Post-Grado de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. pp. 4 y 5.

³⁰ ALVARADO, Liliana. “El Misterio de los 3 Cerebros”. Nota Técnica como parte de los materiales del Curso de Neuromarketing de la Escuela de Post-Grado de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. p. 3.

- c) *Eye Tracking*, que registra visitas y fijación visual frente a los estímulos evaluados



Fuente: <http://mscfabiancuesta.blogspot.com/>

- d) El Método Mindcode. Desarrollado por Mindcode –empresa de investigación de mercado dirigida por Jürgen Klaric, Ricardo Caccia y Ricardo Perret– es un sistema integrado que combina los instrumentos de medición cerebral y lo

complementa con una entrevista psico-antropológica a efectos de profundizar en la cultura y los estímulos que recibió el participante.

El Neuromarketing aún está siendo explorado; sin embargo, ya existen productos³¹ y campañas publicitarias que han sido examinados o filtrados con ésta técnica antes de ser comercializados o difundidos, los resultados –en términos de persuasión y ventas– son muy positivos. A pesar de esto, la complejidad y sofisticación aún no le permite ser accesible a todo tipo de empresa. Lo cierto es que nuestro pensamiento es simbólico, por lo que, con el Neuromarketing, se puede conocer qué estímulos son los correctos para conectar lo emocional e instintivo a partir de la utilización de metáforas. Como indica Klaric “lo más importante no es encontrar el código sino tenerlo y saber cómo regresarlo de forma científica, para que puedas mandar los mensajes metafóricos y así conectarte con los tres cerebros de forma simultánea”³².



Fuente: <http://neuromarca.com/blog/mindcode/>

³¹ Volkswagen ha realizado un estudio de neuromarketing sobre su nuevo Golf GTI y lo está utilizando ahora para publicitarlo con el Golf GTI Experiment. Disponible en: <http://neuromarca.com/blog/golf-experiment/>. Consultado el día 23 de noviembre de 2012.

³² KLARIC, Jürgen. “Estamos ciegos” Lima: Editorial Planeta. 2012 p. 242.

Con el Neuromarketing se puede obtener lo siguiente: "(i) qué estímulos debe contener un comercial para conseguir un grado de impacto; (ii) cuál debe ser el nivel de repetición en cada medio para que una campaña sea efectiva; (iii) cuáles son los estímulos sensoriales que debe contener un producto para lograr la satisfacción del cliente; (iv) cuál es la mejor estrategia con respecto al precio; (v) cómo se puede seducir a los clientes para que permanezcan más tiempo en un punto de venta, aumentar su volumen de compra y que regresen; (vi) qué tipo de entrenamiento debe tener una fuerza de ventas para que sea competitiva; (vii) cuando entendemos los tres cerebros cobra mucho sentido la siguiente frase de Braidot: ¿por qué tus clientes se acuestan con otro si dicen que les gustas tú?"³³.

En conclusión, el Neuromarketing permite mejorar los niveles de satisfacción del cliente conforme a la estrategia de comunicación, generando mejores niveles de atención por parte de los consumidores. Esto facilita al Deber de Información, haciendo que tenga un mejor alcance conforme al impacto que busca generar la marca.

VI. REPLANTEAMIENTO AL ALCANCE DEL DEBER DE INFORMACIÓN EN MATERIA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

El nivel de exigencia del Deber de Información por parte del INDECOPI sería el adecuado si sus decisiones incentivan a que las marcas inviertan en mejorar sus niveles de comunicación con los consumidores, sin embargo, tal y como se ha construido el concepto, se ha generado una burbuja regulatoria que crece, genera sobrecostos y de la que no se tiene certeza si resulta eficiente.

En nuestra opinión, aún resulta superficial la noción actual del Deber de Información, toda vez que ha sido desarrollada a partir de una abstracción jurídica que se encontraba limitada

al conocimiento sobre el consumidor de hace ya mucho tiempo atrás. Resulta necesario observar los nuevos descubrimientos en el campo de las neurociencias, la economía, la psicología, el marketing para obtener un concepto de Deber de Información que permita generar incentivos correctos.

Para sustentar ésta hipótesis nos preguntamos, ¿puede el INDECOPI establecer un criterio de evaluación respecto al nivel de exigencia de la información que recibe el consumidor, indicando que esta debe permitir una decisión "adecuada" sin tomar en cuenta las herramientas de investigación de mercado que permiten conocer con mayor certeza cómo decide "realmente" el consumidor? Creemos que no. La decisión adecuada no la conocemos, para juzgar dicha premisa debemos indagar como se forma el mensaje y cómo lo percibe el consumidor.

¿El consumidor toma en cuenta la información al momento de realizar una decisión de compra, cambia en algo la exigencia o la aspiración normativa de consumidores razonables o ello sólo es un elemento posterior a la transacción? La exigencia sólo acredita que los consumidores tengan disponible la información para la búsqueda externa, pero se agota cuando se observa el proceso interno. El consumidor no toma en cuenta sólo la información, ésta lo satura³⁴ y es un factor superficial que tampoco ha sido explorado por el Derecho. Existen variables, como los sesgos cognitivos estudiados por la Economía Conductual, que forman parte de ese complicado proceso de decisión de compra que aún no son tomados en cuenta por la autoridad administrativa. Descubrir qué información y de qué forma debe ser presentada –y por lo tanto exigida por la autoridad– es útil en la medida que los consumidores podrán tomar decisiones satisfactorias y sostenibles frente a un mercado saturado de oferta.

Ahora bien, ¿puedo predecir las decisiones o las conductas del consumidor sobre la base de

³³ MARKETING NEWS. "Se abre la caja negra". p. 11. Visitado en: <http://www.marketingnews.com.co>. Consultado el día 22 de noviembre de 2012.

³⁴ Al respecto, Klaric indica que "el consumidor de hoy se encuentra hiperinformado; debe correr a tanta velocidad como la información lo persigue; sabe hasta diez veces más de lo que sabía diez años atrás; tiene la posibilidad de consultar instantáneamente la opinión de sus amigos y vecinos; tiene acceso a toneladas de información sobre la que él tiene el poder de elegir, dentro de sus procesos de compra más importantes". KLARIC, Jürgen. Op cit. p. 79.

las premisas clásicas del deber de información y consumidor razonable?

El Análisis Económico del Derecho se ha enfocado en la soberanía del consumidor y, por tanto, ha hecho énfasis en la capacidad racional del ser humano. Sin embargo, una visión psicológica de la realidad –Economía Conductual y Neuromarketing– revela, contrariamente lo que se piensa sobre el consumidor. El ser humano carece de un sistema de racionalidad perfecta (lo cual no significa que sea irracional) y, por lo tanto, a partir del sistema clásico no hemos logrado predecir conductas o decisiones. A partir de esta visión más cercana de la realidad, podemos conocer cómo piensa el consumidor, y con ello, predecir sus conductas.

El Neuromarketing, así como el Derecho y Economía Conductual y al igual que el Análisis Económico del Derecho, defiende la idea de que el Estado o las empresas no deben intervenir o manipular las decisiones del individuo, salvo cuando sea estrictamente necesario debido a la generación de externalidades e ineficiencias sociales. La diferencia radica en que cuando exista esa intervención, ésta debe ser estructurada correctamente para no generar distorsiones cognitivas que se alejen de la idea de la maximización del bienestar social. Sin embargo, las herramientas cautivan, lo que se busca es persuadir, no obligar o limitar la voluntad.

El Deber de Información forma parte de dicha intervención y, por lo tanto, su cumplimiento o exigencia debe estructurarse de modo que no genere ineficiencia o incentive distorsiones en el mercado. La regulación antitabaco, por ejemplo, como actualmente la conocemos, no ha logrado reducir el consumo esperado. La exigencia informativa debe ser reorientada, ya que si creemos que su consumo genera externalidades (problemas de salud), la autoridad debe reconducir la exigencia informativa y observar a partir de qué

estímulos se genera la aceptación o rechazo del tabaco³⁵.

Del mismo modo, INDECOPI debe apreciar qué información resultaría útil para que los consumidores decidan por la oferta más eficiente, premiando a las marcas que se preocupan por mejorar sus niveles de comunicación y dejando que el mercado de lecciones a quienes no observan más allá de la burbuja regulatoria.

VII. REFLEXIÓN FINAL

El Neuromarketing permite encontrar incentivos correctos. Si el individuo decide vivir en lugares inseguros, tener problemas de obesidad, fumar o no contratar un seguro médico, consideramos que, en principio, debería ser libre de elegir dichas opciones. Sin embargo, teniendo en cuenta que el bienestar general se condice con una sociedad saludable, libre de riesgos, segura y ordenada, entre otras cosas, creemos que las políticas públicas y la regulación de conductas deben apuntar a la búsqueda de una vida mejor para los individuos.

El Neuromarketing nos da información certera de cómo decide el consumidor. Con esa información, las marcas mejoran sus procesos productivos, estrategias de comunicaciones y reducen costos, generando eficiencia. Además, permite a la autoridad evaluar –más allá de la información clásica– si al vulnerar los derechos del consumidor se afecta la sostenibilidad del mercado.

En efecto, la evidencia recabada por la Economía Conductual, la Psicología Cognitiva y el Neuromarketing muestra que sistemáticamente los seres humanos tomamos decisiones sesgadas, las cuales en muchos casos resultan ineficientes (y que no hubiésemos elegido si fuésemos totalmente racionales). El Derecho debe tomar esos descubrimientos e incorporarlos a los procesos regulatorios.

³⁵ Sobre el particular, Klaric alega que “así como la mente del ser humano busca la supervivencia, también busca el peligro, el daño reversible. Como prueba de esto, las cajetillas de cigarros, con sus grotescos letreros preventivos, no han bajado las ventas, a pesar que ya no pueden pautar en TV. Hemos podido descubrir en nuestro neurolab que estos mensajes provocan intensión de compra y hace que la gente fume. Es curioso, pero la industria tabacalera cada día está más restringida y publicita menos en medios masivos, sin embargo, la categoría no decrece como se esperaba”. KLARIC, Jürgen. Op cit. p. 126.