

2016

## Protección del Consumidor: Regulación de la Publicidad y el Uso de Nudges

Andrea Castellano

María Celeste Chaz Sardi

Follow this and additional works at: <http://laijle.alacde.org/journal>

---

### Recommended Citation

Castellano, Andrea and Chaz Sardi, María Celeste (2016) "Protección del Consumidor: Regulación de la Publicidad y el Uso de Nudges," *The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics*: Vol. 2: Iss. 1, Article 5.  
Available at: <http://laijle.alacde.org/journal/vol2/iss1/5>

This Article is brought to you for free and open access by The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics. It has been accepted for inclusion in The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics by an authorized administrator of The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics.

# Protección del Consumidor: Regulación de la Publicidad y el Uso de *Nudges*

Andrea Castellano\* y María Celeste Chaz Sardi†

**Resumen:** Este trabajo presenta algunas reflexiones sobre la contribución de los aportes de la Economía Conductual y la Psicología Cognitiva en la regulación de la publicidad. Se parte de asumir la presencia de *behavioural market failures* en el proceso de decisión del consumidor y considerar que su estudio puede contribuir a un mejor diseño de los instrumentos regulatorios. Se analizan aspectos referidos al marco jurídico vigente en Argentina.

**Palabras clave:** Fallas de comportamiento, *nudge*, regulación de la publicidad.

---

\* Departamento de Economía, Universidad Nacional del Sur – Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales del Sur (IIESS), UNS-CONICET. Email: [acastell@uns.edu.ar](mailto:acastell@uns.edu.ar)

† Departamento de Economía, Universidad Nacional del Sur – Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales del Sur (IIESS), UNS-CONICET. Email: [mariaceleste.chaz@uns.edu.ar](mailto:mariaceleste.chaz@uns.edu.ar)

## I. INTRODUCCIÓN

El nuevo Código Civil y Comercial argentino, puesto en vigencia en agosto de 2015, introduce algunas cuestiones en lo que respecta a la protección del consumidor. Por un lado, incorpora nuevas categorías de contratos como el contrato por adhesión a cláusulas predispuestas y el contrato de consumo (art. 1092 a 1095). Por otro, establece una serie de principios generales en materia de contratos de consumo como la regulación de las prácticas abusivas, la información y la publicidad, que se complementan con los ya establecidos en la Ley de Defensa del Consumidor (LDC). Las incorporaciones mencionadas representan un avance progresivo en el sistema de protección jurídica del consumidor y benefician también la estabilidad del sistema al complementar el Derecho del Consumidor desde el Código Civil y Comercial (Stiglitz, 2014).

En lo que respecta a la regulación de la publicidad el principal aporte del Código consiste en establecer en qué casos la publicidad será considerada ilícita y prever una acción judicial especial para la cesación y/o rectificación de la misma. Estos aspectos son centrales para el Derecho del Consumidor moderno, se ajustan mejor a los criterios actuales de la regulación de la publicidad dirigida a los consumidores y desde hace tiempo venían siendo impulsados por prestigiosos juristas<sup>3</sup>. Esta nueva regulación es más amplia que la anterior que sólo hacía referencia a la publicidad engañosa, concepto de alcance más restringido que el de publicidad ilícita.

En términos de publicidad, las normas incorporadas al Código Civil y Comercial no se diferencian sustancialmente de los principios que ya existían.

Cabe destacar, que su inclusión otorga estabilidad a la protección del consumidor y, en ese sentido, actúa como un núcleo duro de tutela.<sup>4</sup>

En términos generales se puede afirmar que la regulación vigente establece prohibiciones sobre la conducta de las firmas, indicando las acciones que no se deben realizar. Una perspectiva más amplia podría contemplar no sólo la prohibición de algunas conductas sino la promoción de otras que resulten deseables para modelar el contexto en el que el consumidor adopta la decisión, con el objetivo de aumentar el bienestar social. En esta línea los aportes de Thaler & Sunstein (2008) respecto del diseño e implementación de *nudges*, son sumamente relevantes. Su uso podría complementar la regulación vigente incrementando la eficacia de las normas jurídicas.

---

<sup>3</sup> Fundamentos del anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación (Lorenzetti, Highton de Nolasco, & Kemelmajer de Carlucci, 2015)

<sup>4</sup> Fundamentos del anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación (Lorenzetti, Highton de Nolasco, & Kemelmajer de Carlucci, 2015)

El objetivo de este trabajo es reflexionar sobre la contribución de los aportes de la economía conductual y la psicología cognitiva en la regulación de la publicidad. En este se discuten los fundamentos para la existencia de regulación, basados en los problemas de información ya conocidos y enfatizando en las fallas de comportamiento. Se caracteriza el concepto de *nudge* y se discuten los fenómenos que dan origen a su uso en relación a la regulación de la publicidad. Finalmente se exponen algunas reflexiones vinculadas al marco jurídico vigente en Argentina.

## **II. INFORMACIÓN ASIMÉTRICA Y REGULACIÓN DE LA PUBLICIDAD**

La incidencia de los problemas de información en la relación empresa-consumidor es materia de estudio desde hace algunas décadas. Cuando se asume la existencia de información asimétrica, se admite la posibilidad de alcanzar asignaciones ineficientes desde una perspectiva social. Así queda expuesta la necesidad de algún tipo de intervención en el funcionamiento del mercado que mejore esos escenarios. En este contexto se puede justificar desde una perspectiva económica gran parte de la regulación que tiene como objetivo la protección del consumidor, y en particular la regulación de la publicidad.

La publicidad es un medio para transmitir información que tiene entre sus objetivos dirigir la demanda hacia la empresa con el fin de incrementar sus ventas. En este sentido resulta evidente que la empresa hará una selección de la información contenida en la publicidad que sea consistente con el objetivo antes descripto. En términos generales la regulación de la publicidad apunta a limitar la capacidad de manipulación por parte de la empresa a través de esta alternativa.

Esta capacidad de manipulación se manifiesta principalmente cuando la publicidad es engañosa. Si bien este concepto es difícil de precisar, existe consenso en considerar que puede ser engañosa tanto por exceso como por defecto. Por exceso, si incurre en exageraciones o falsedades sobre determinadas propiedades del producto o servicio; por defecto, si brinda información insuficiente y/o retacea información necesaria relativa a los atributos del bien. No debe perderse de vista que en cualquiera de los dos casos la publicidad puede inducir a las personas a las que se dirige a cometer errores en la decisión, causarles algún perjuicio y conducir a asignaciones socialmente ineficientes.

Esta situación provee los fundamentos para realizar algún tipo de intervención. Si bien es difícil establecer criterios mínimos y objetivos sobre cuya

base sea posible determinar si una publicidad es engañosa<sup>5</sup>, la mayoría de los países establecen normas que intentan corregir esta situación.

### III. EL MARCO JURÍDICO VIGENTE EN ARGENTINA

En Argentina no existe una norma específica que regule la publicidad de manera exclusiva<sup>6</sup>. Las normas que se refieren a esta cuestión se encuentran en cuerpos más generales como la Ley de Defensa del Consumidor (LDC), la Ley de Lealtad Comercial y, recientemente, en el nuevo Código Civil y Comercial. Existen además normas específicas referidas a productos como el tabaco, los medicamentos y las bebidas alcohólicas que regulan la publicidad para esos casos particulares.

La novedad es su incorporación en el nuevo Código Civil y Comercial puesto recientemente en vigencia. Los arts. 1100 a 1103 se refieren concretamente al derecho de información del consumidor y a ciertos aspectos referidos a la publicidad dirigida a los consumidores. El art. 1100 reitera los conceptos normativos del art. 4° de la LDC, en cuanto al derecho de información<sup>7</sup>. El art. 1103 se manifiesta en términos similares al art. 8° de la LDC, en cuanto a la integración del contrato de consumo con las circunstancias indicadas en los medios publicitarios del bien o servicio ofrecido<sup>8</sup>. El art. 1101 dispone la prohibición de realizar "...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"<sup>9</sup>. Finalmente, el art. 1102 califica de ilícita a la publicidad que viole la prohibición anterior y confiere una acción judicial especial al consumidor o quienes se

---

<sup>5</sup> La Unión Europea regula sobre la publicidad engañosa y la publicidad comparativa a través de una directiva especial, aunque en este caso orientada a la protección de los comerciantes (Directiva UE 2006/114/CE).

<sup>6</sup> A diferencia de otros países como España que tiene una Ley General de Publicidad (Ley 34/1988).

<sup>7</sup> Código Civil y Comercial de la Nación ARTICULO 1100.- Información. El proveedor está obligado a suministrar información al consumidor en forma cierta y detallada, respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante para el contrato. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión.

<sup>8</sup> Código Civil y Comercial de la Nación ARTICULO 1103.- Efectos de la publicidad. Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente.

<sup>9</sup> Código Civil y Comercial de la Nación ARTICULO 1101.- Publicidad.

encuentren legalmente legitimados<sup>10</sup> para solicitar el cese de los anuncios publicitarios espurios y la publicación de anuncios rectificatorios o, en su caso, la sentencia<sup>11</sup>.

Tanto el nuevo Código Civil y Comercial (art. 1103) como la LDC (Ley 24.240, art. 8 y 19) establecen que las precisiones formuladas en la publicidad integran el contrato y obligan consecuentemente al oferente y/o prestador de un servicio. Por su parte, la Ley de Lealtad Comercial (Ley 22.802, art. 5 y 9) prohíbe consignar en la presentación, folletos, envases, etiquetas y envoltorios, palabras, frases, descripciones, marcas o cualquier otro signo que pueda inducir a error, engaño o confusión al consumidor y la realización de cualquier clase de presentación, de publicidad o propaganda que mediante inexactitudes u ocultamientos pueda inducir a error, engaño o confusión respecto de las características o propiedades, naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla, cantidad, uso, precio, condiciones de comercialización o técnicas de producción de bienes muebles, inmuebles o servicios.

Como se mencionó anteriormente el marco jurídico se integra también con normas que contemplan situaciones especiales para algunos productos como el tabaco, los medicamentos y las bebidas alcohólicas. La publicidad de los productos elaborados con tabaco, está regulada a través de una ley específica (Ley 26.687). En ella se establece en general la prohibición de la publicidad (art. 5°) aunque exceptúa los casos en los que la publicidad se realice en lugares de venta o expendio de dichos productos, en publicaciones comerciales destinadas a personas que se encuentren involucradas en el negocio del tabaco, y a través de comunicaciones directas a mayores de dieciocho años, siempre que se haya obtenido su consentimiento previo y se haya verificado su edad (art. 6°). Asimismo establece que la publicidad deberá incluir un mensaje sanitario que advierta sobre los riesgos a la salud por su consumo (art. 7°). También se prohíbe a los fabricantes y comerciantes de productos elaborados con tabaco, realizar el auspicio y patrocinio de la marca en todo tipo de actividad o evento público, y a través de cualquier medio de difusión (art. 8°).

Otro caso especial, como se mencionó, es la regulación de la publicidad para los medicamentos (Ley 16.463). A través de ella se prohíbe toda forma de anuncio al público de productos cuyo expendio haya sido autorizado bajo receta,

---

<sup>10</sup> En el derecho argentino, resultan legalmente legitimadas las asociaciones de defensa del consumidor, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Público Fiscal, según la LDC.

<sup>11</sup> Código Civil y Comercial de la Nación ARTICULO 1102.- 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.

así como la inducción a la automedicación en los anuncios de los productos de expendio libre.

El otro caso es la Ley Nacional de Lucha contra el Alcoholismo (Ley 24.788) que prohíbe toda publicidad o incentivo al consumo de bebidas alcohólicas dirigida a menores, o cualquier mensaje publicitario que: utilice a menores bebiendo, sugiera que el consumo de bebidas alcohólicas mejora el rendimiento físico o intelectual de las personas, asocie el consumo de alcohol como estimulante de la sexualidad y/o de la violencia y no incluya en letra y lugar visible las leyendas “Beber con moderación” y “Prohibida su venta a menores de 18 años”.

Si analizamos en términos generales el tipo de regulación que establecen las normas referidas a la publicidad podemos observar que en la mayoría de los casos no generan incentivos a modificar conductas, sino que operan como mecanismos de *command-and-control*. Sólo en algunos casos las normas establecen algún tipo de incentivo para que las empresas no realicen publicidad engañosa. Concretamente al exigir que las firmas deben asumir la obligación contractual que se desprenda de las precisiones formuladas en la publicidad que realicen (art. 1.103) y deben afrontar los costos de los anuncios rectificatorios en el caso de realizar publicidad ilícita (art. 1102).

#### IV. FALLAS DEL COMPORTAMIENTO

Las consecuencias que le atribuye la teoría económica tradicional a los problemas que genera la existencia de información asimétrica en las relaciones de consumo, pueden verse exacerbadas si ampliamos el enfoque tomando en consideración los aportes provenientes de la Economía Conductual y la Psicología Cognitiva. Los problemas de información y sus consecuencias se agravan cuando se admite que el marco en el que se toman las decisiones de consumo es permeable a la manipulación por parte de las empresas, y se reconoce -a su vez- que los consumidores presentan una racionalidad acotada que les impide distinguir y procesar adecuadamente la información disponible (Castellano & Chaz Sardi, 2012; Simon, 1972; 1986).

En los últimos años la investigación conductual ha logrado identificar una gran cantidad de situaciones en las que se producen fallas en el comportamiento humano que afectan el proceso de toma de decisiones (conocidas en la literatura como *behavioural market failures*). Estas fallas se manifiestan al reconocer que los individuos no siempre actúan de la forma que predicen los modelos ideales de comportamiento, y en consecuencia sus elecciones pueden resultar sesgadas (Tversky & Kahneman, 1974; 1981; Kahneman, Knetsch, & Thaler, 1991). Aunque en algunos casos estos fenómenos se presentan conjuntamente con la existencia de fallas de mercado en el sentido tradicional del término, las

investigaciones señalan que los mercados aún pueden fallar en promover el bienestar social incluso en presencia de competencia perfecta e información completa (Sunstein, 2013). Así como las asimetrías informativas dan fundamento a la intervención en el mercado, las fallas de comportamiento también contribuyen a justificar algún tipo de regulación.

Son diversos los fenómenos identificados como causantes de fallas de comportamiento. Desde la perspectiva conductual se han realizado numerosos estudios experimentales con el objetivo de caracterizar y arrojar luz sobre las condiciones propicias en las que éstos se verifican (Samson, 2014). Los fenómenos que tienen especial relevancia a los efectos de este trabajo pueden organizarse, siguiendo a Sunstein (2013), en cuatro grandes grupos o categorías según se vinculen con los efectos de la inercia y la dilación (“*inertia and procrastination*”); el encuadre y la presentación (“*framing and presentation*”); las influencias sociales; o las dificultades que se presentan en la evaluación de la probabilidad.

Dentro de la primera categoría encontramos aquellos fenómenos que se vinculan con el mantenimiento de la situación inicial en la que se encuentra el agente o el *statu quo*. Las opciones por *default* (las que determinan un resultado por defecto si las personas no seleccionan una alternativa en particular) y los mecanismos de suscripción automática tienen grandes efectos sobre la determinación de los resultados, al pre-establecer la situación inicial. Por la inercia e inacción los agentes tienen que tomar una acción activa para modificar la opción por *default* y en general mantienen el *statu quo*; adicionalmente las personas suelen creer que la alternativa por defecto se tomó por alguna razón y entienden que no deben apartarse de ella a menos que tengan información particular que justifique ese cambio, esto refuerza la inacción. Otra manifestación de la persistencia del *statu quo* se relaciona con la postergación –o el rechazo– a incurrir en pequeños costos a corto plazo que podrían otorgar grandes ganancias a largo plazo. También se ha observado que la vaguedad en las consignas y/o complejidad de los procedimientos puede tener grandes efectos adversos reforzando la inercia, aún en aquellos casos donde la gente es informada acerca de los riesgos y las posibles mejoras que podría obtener del cambio. En muchos casos, la presentación de un plan de acción claro, preciso, y sin ambigüedades puede tener efecto generando incentivos para moverse de la situación inicial.

En segundo término, se ha recabado mucha evidencia que confirma que la forma de presentar la información tiene efectos sobre los resultados de las elecciones. Estos fenómenos se relacionan con el *framing* o marco en el que se adoptan las decisiones, ya que éstas no sólo se basan en la valoración de las consecuencias sino que se ven influenciadas por la forma en la que son presentadas las distintas alternativas. La información que es vívida, destacada, o



prominente, tiene un impacto mayor sobre la conducta de los agentes en comparación con aquella que es estadística, abstracta, o –incluso– familiar. Asimismo se ha observado que las personas presentan aversión a las pérdidas; es decir, que no reaccionan de igual forma ante ganancias y pérdidas de igual magnitud. Esto puede modificar la elección ya que un mismo cambio puede ser evaluado como ganancia o como pérdida dependiendo del punto de referencia que se establezca. Por otra parte se ha encontrado que el valor de un objeto para quién lo posee es superior a la disposición a pagar que tiene dicha persona por un objeto idéntico. Este fenómeno, que se ha denominado *efecto dotación*, también puede reforzar la inacción y contribuir a la persistencia de la asignación inicial.

En tercer lugar, en muchas ocasiones se ha encontrado que el comportamiento observado en los otros influye en el comportamiento individual. La percepción de una norma en un grupo puede afectar las decisiones de sus miembros al transmitir información sobre lo que *debe ser* hecho. Aquellos miembros del grupo que carecen de información privada pueden seguir el comportamiento y las creencias aparentes de los demás. Por otra parte, la preocupación por la reputación puede jugar un papel importante desincentivando conductas desaprobadas por los pares. A su vez, las influencias sociales contribuyen –en parte– a que los agentes sean mucho más propensos a cooperar entre ellos y a aportar a la solución de problemas colectivos, en comparación a lo que predice la teoría económica tradicional.

Por último, se ha descubierto que las personas poseen dificultades para evaluar probabilidades. En algunas situaciones son ilusoriamente optimistas, y piensan que se encuentran por encima de la media, creen que son menos propensos que el resto de las personas a enfrentar una situación adversa y, como resultado, no toman las precauciones adecuadas. También se ha visto que las personas a menudo suelen recurrir a heurísticas (atajos mentales) al momento de evaluar alternativas riesgosas. Es habitual, por ejemplo, que se sobreestime o se subestime un riesgo en función de la disponibilidad –o no– del evento. Asimismo es común que las personas no basen sus decisiones en el valor esperado cuando entran en juego las emociones; e incluso, cuando éstas son muy intensas, se ha observado que los sujetos prestan más atención al resultado que a su probabilidad de ocurrencia.

La existencia de fallas en el comportamiento es el punto de partida para el diseño e introducción de *nudges*. En las secciones siguientes se precisará el alcance de este concepto y su vinculación con la regulación de la publicidad.

## 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<sup>12</sup>. El uso de este término se vincula a la idea de *empujar* al agente a realizar una determinada acción o seleccionar una cierta alternativa<sup>13</sup>. 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. Detrás de esta concepción se observa un intento consciente y deliberado para dar forma al contexto en el que las personas toman sus decisiones, con el fin de influir en sus conductas cotidianas mejorando el proceso de toma de decisiones a nivel individual y evitando, a su vez, el uso de mandatos.

La justificación del uso de *nudges* por parte de Thaler & Sunstein se vincula con la introducción del nuevo movimiento que dichos autores han denominado paternalismo libertario (*libertarian paternalism*) (Thaler & Sunstein, 2008). En esencia, esta concepción aboga por la libertad de elección, entendiendo que los individuos deben ser libres de hacer lo que deseen. Aunque, asimismo, insta a ciertos actores a tratar de influenciar el comportamiento de las personas con el objetivo de extender y mejorar sus vidas. En última instancia, como se ha indicado previamente, la vasta evidencia que ha provisto la Economía Conductual y la Psicología Cognitiva –a través de la realización de estudios experimentales– ha mostrado que en muchos casos los individuos pueden tomar malas decisiones: seleccionar alternativas que no elegirían en caso de ser plenamente conscientes de sus elecciones, contar con información completa, poseer racionalidad ilimitada y tener completo autocontrol sobre sus emociones y/o su comportamiento. Todo esto permite evidenciar la necesidad y posibilidad de introducir *nudges* en el ámbito de la regulación de forma de encauzar o guiar las elecciones de los agentes para aumentar su bienestar.

Las fallas del comportamiento son consecuencia de la existencia de errores en el proceso de toma de decisiones a nivel individual. Para entender mejor el origen de estas fallas se requiere comprender cómo funciona el cerebro humano al momento de tomar una decisión.

---

<sup>12</sup> “A nudge, as we will use the term, is any aspect of the choice architecture that alters people’s behavior in a predictable way without forbidding any options or significantly changing their economic incentives. To count as a mere nudge, the intervention must be easy and cheap to avoid. Nudges are not mandates.” Thaler & Sunstein (2008, pág. 6).

<sup>13</sup> Posteriormente, se ha sugerido ampliar el término para abarcar otros tipos de incentivos además de los económicos. En particular, Hausman & Welch sostienen que los agentes racionales también son sensibles a otros factores no económicos como el dolor (físico y emocional) o las sanciones y, por lo tanto, éstos también deberían ser tenidos en cuenta. “Nudges are ways of influencing choice without limiting the choice set or making alternatives appreciably more costly in terms of time, trouble, social sanctions, and so forth”. Hausman & Welch (2010, pág. 126)

En psicología, la *teoría del proceso dual* sostiene que pueden distinguirse dos sistemas en el cerebro humano, dos modos de pensamiento: uno que es intuitivo y automático, y otro que es reflexivo y racional (Thaler & Sunstein, 2008; Kahneman, 2012). El Sistema 1, es instintivo, opera de manera rápida y automática, con poco o ningún esfuerzo y sin sensación de control voluntario. El Sistema 2, es lento, requiere esfuerzo y necesita concentración; es reflexivo, está asociado con el procesamiento deliberado y consciente de la información, con la auto-conciencia, la autonomía y la voluntad. Las operaciones del Sistema 2 están a menudo asociadas a la experiencia subjetiva de actuar, elegir y concentrarse.

Un punto central en la teoría del proceso dual es que una determinada conducta puede ser resultado del funcionamiento de cualquiera de los dos sistemas. Mientras que el pensamiento automático funciona por sí solo, el pensamiento reflexivo opera en el mismo recinto y en el contexto proporcionado por los procesos automáticos. El pensamiento automático interactúa con el pensamiento reflexivo y éste siempre depende de una forma u otra del primero.

Los *nudges* actúan sobre el Sistema 1. Siempre modifican el pensamiento automático, aunque no siempre modifican el pensamiento reflexivo. Esto ha permitido diferenciar dos clases de *nudges*: los *nudges* tipo 1 y los *nudges* tipo 2 (Hansen & Jespersen, 2013). Ambos tipos de *nudges* tienen por objeto influir en el modo de pensamiento automático. Los tipo 1 están dirigidos a influir directamente en la conducta realizada a través del pensamiento automático o en las consecuencias de dicha conducta sin la intervención del pensamiento reflexivo. Los tipo 2 están dirigidos a influir en el pensamiento reflexivo siempre a través del sistema automático.

No cualquier acción dirigida a modificar el contexto decisorio a través del Sistema 1 puede ser considerado *nudge*. En general, se considera que un instrumento de política califica como *nudge* si cumple determinadas características: su intervención no debe restringir la elección; la acción a promover debe proteger el interés de la persona cuyo comportamiento se intenta modificar; su introducción debe implicar un cambio en la arquitectura o el contexto de la elección; y su presencia implica el aprovechamiento de la existencia de una falla de comportamiento.

Sunstein (2013) señala que la investigación realizada hasta el momento en materia de fallas de comportamiento permite identificar cuatro estrategias para mejorar la regulación haciendo uso de *nudges*. Ellas son: (1) utilizar la divulgación como instrumento regulador, en particular si las políticas de divulgación son diseñadas teniendo en cuenta cómo las personas procesan la información; (2) simplificar y facilitar las decisiones a través del uso de opciones por default, la reducción en la complejidad y en los requerimientos formales y otras cuestiones similares; (3) destacar o aumentar la prominencia de ciertos

factores y variables; y (4) promover las normas sociales. Estos criterios ya se están teniendo en cuenta en el diseño regulatorio de algunos países; Estados Unidos y el Reino Unido han sido los precursores con la formación de las denominadas *Nudge Units*<sup>14</sup>.

## VI. NUDGES Y REGULACIÓN DE LA PUBLICIDAD

Como se expuso, la regulación vigente, en términos generales, establece prohibiciones sobre algunas conductas referidas a la manipulación del consumidor a través del uso de publicidad engañosa. El análisis de las fallas de comportamiento permite ampliar el alcance de la regulación, contemplando no sólo la prohibición de algunas conductas sino además la promoción de otras que resulten deseables para modelar el contexto en el que el consumidor adopta la decisión. En síntesis el objetivo pretendido es incrementar el bienestar social a través de la corrección de las conductas individuales que no sean compatibles con éste. La consideración de los fenómenos que justifican el uso de *nudges* y su introducción de alguna manera, podría complementar la regulación vigente incrementando la eficacia de las normas jurídicas.

Como se analizó anteriormente las fallas de comportamiento, además de las fallas de mercado, pueden justificar y promover el establecimiento de algún tipo de regulación. En tal sentido el conocimiento y estudio de estas nuevas fallas puede contribuir a la regulación aportando información valiosa para un mejor diseño de los instrumentos regulatorios. A partir de las estrategias mencionadas anteriormente y focalizando el uso de *nudges* en el caso concreto de la regulación de la publicidad surgen algunas reflexiones interesantes.

Con relación al uso de la revelación de información como herramienta, se sigue que un criterio básico que debe guiar la regulación es exigir a la empresa brindar información concreta, sencilla, simple, significativa, oportuna y relevante. En tal sentido cuando el art. 4 de la LDC<sup>15</sup> enumera las características de la información que el proveedor está obligado a suministrar al consumidor, contempla que la información sea cierta, clara, detallada y proporcionada con la claridad necesaria para que sea posible su comprensión. Sin embargo la exigencia de detallar todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, se contrapone con el principio de sencillez, pudiendo generar dificultades en el procesamiento de la información. En relación a la publicidad, la regulación (tanto la incorporada al nuevo CC y C como la existente en la LDC y Ley de Lealtad Comercial) no establece las características de la

---

<sup>14</sup> Algunos ejemplos se pueden encontrar en Chumley (2013), Jones, Pykett, & Whitehead (2014) y Halpem (2015).

<sup>15</sup> Este artículo ha sido recientemente reformado por la Ley 27250 (B.O. 14/06/2016), aunque su esencia no se ha visto alterada.

información que se debe transmitir a través de la publicidad, y sólo se limita a prohibir las conductas que puedan inducir a engaño al consumidor. En tal sentido la regulación no debería soslayar dicho aspecto, y sería deseable que estableciera algunas características de la información que se transmite en el mensaje publicitario, poniendo énfasis en que ésta sea simple y relevante. Este tipo de regulación generaría incentivos a través de la publicidad para mejorar el contexto en el que el consumidor toma la decisión.

Por otra parte, como se señaló la heurística de la disponibilidad conduce a que los elementos más destacados del contexto decisorio condicionen fuertemente la elección. En consecuencia, la regulación podría contribuir estableciendo la exigencia de destacar ciertos aspectos de la información que se crean convenientes para guiar la elección del consumidor en pro de aumentar su bienestar. A modo de ejemplo la inclusión en la publicidad de mensajes sanitarios que promuevan buenos hábitos contribuiría a éste objetivo (como ocurre en el caso particular del tabaco). El art. 1101 está en consonancia con esta recomendación al prohibir toda publicidad que efectúe comparaciones de bienes y servicios que induzcan a error al consumidor. Al efectuar explícitamente una comparación se están destacando unas diferencias o similitudes por sobre otras, pudiendo afectar así la disponibilidad de información. A su vez sería importante verificar que la publicidad no destaque aspectos que pudieran resultar en elecciones que afectaran negativamente el bienestar del consumidor.

Por otra parte el art. 1101 en el inciso (a) hace referencia a elementos esenciales del producto o servicio soslayando que la publicidad podría focalizarse en otras características que *sin ser esenciales* pueden ser relevantes para modelar el contexto en el que se adopta la decisión. La restricción a los *elementos esenciales* es consistente con un consumidor racional que puede discriminar entre los distintos elementos de la publicidad, obviar los irrelevantes y tomar su decisión en función de los que sí son esenciales. Asumiendo la existencia de fallas de comportamiento, la publicidad podría incluir algún elemento falso que sin estar referido a una característica central altere la percepción del consumidor acerca del bien.

Por su parte, el inciso (b) del mismo artículo prohíbe la comparación que induzca a engaño. Esta acción se podría complementar estableciendo la obligatoriedad de hacer explícita una comparación que implícitamente puede hacer el consumidor al asociar un producto con otro. De esta manera se debería brindar información precisa en aquellos casos en los que la publicidad incite a la comparación entre productos similares.

Por su parte, el inciso (c) prohíbe incluir elementos que induzcan a una conducta peligrosa para la salud o seguridad del consumidor. Esta norma podría complementarse estableciendo la obligatoriedad de incluir mecanismos

específicos para generar elecciones que beneficien la salud y la seguridad en algunos aspectos particulares en los cuales dichos incentivos no están presentes por sí solos. En tal sentido una alternativa que está vigente para el caso del tabaco es la obligatoriedad de incorporar mensajes que induzcan a modificar conductas que se consideren perjudiciales<sup>16</sup>.

## VII. REFLEXIONES FINALES

Los aportes a la comprensión del comportamiento humano alcanzados con el desarrollo de las neurociencias están teniendo un impacto creciente en la regulación y el diseño de políticas públicas. Particularmente en cuanto a la consideración de nuevos instrumentos que implican una reducción en los costos del sistema.

Como vimos, la regulación en materia de protección al consumidor encuentra su fundamento no sólo en las fallas de mercado, sino también en las fallas de comportamiento. Como se sostuvo a lo largo de este trabajo, la investigación experimental realizada para comprender los mecanismos que operan en la mente del consumidor al momento de tomar una decisión, aporta conocimiento valioso para un mejor diseño de los instrumentos regulatorios.

En general, la regulación vigente en materia de publicidad emplea instrumentos clásicos de tipo *command-and-control* estableciendo prohibiciones sobre determinadas conductas que se consideran perjudiciales para el consumidor. Este trabajo pretendió reflexionar sobre las nuevas alternativas que se presentan a partir de los aportes realizados desde la Economía Conductual y la Psicología Cognitiva. En esta línea la regulación podría incorporar nuevos instrumentos tendientes a alcanzar un mejor diseño de la arquitectura de la elección que resulte consistente con los objetivos de política perseguidos.

La publicidad se destaca como un elemento esencial para modelar el contexto en el cuál se toma la decisión de consumo. Dada la importancia que tiene el contexto propiamente dicho en el resultado de la elección sería interesante profundizar el análisis, a través del estudio de algunos aspectos y casos específicos. En tal sentido este trabajo pretendió brindar una primera aproximación a las posibilidades que ofrece esta nueva perspectiva.

---

<sup>16</sup> La ley de tabaco establece que la publicidad deberá incluir un mensaje sanitario que advierta sobre los riesgos a la salud por su consumo (art. 7°).

**REFERENCIAS**

- Castellano, A., & Chaz Sardi, M. (01 de 06 de 2012). *Análisis Económico del Derecho del Consumidor: elección, heurísticas y sesgos de percepción*. (eScholarship, Ed.) Recuperado el 22 de Agosto de 2016, de Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers: <http://escholarship.org/uc/item/91b9p4dh>
- Chumley, C. K. (30 de Julio de 2013). White House Presses for Team of ‘Nudge’ Experts to Sway American Behavior. *The Washington Times*, págs. <http://www.washingtontimes.com/news/2013/jul/30/white-house-presses-team-nudge-experts-sway-america/>.
- Código Civil y Comercial (Ley N° 26.994)*. (s.f.). Recuperado el 6 de Mayo de 2016, de Sistema Argentino de Información Jurídica: <http://www.saij.gob.ar/nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion>
- DIRECTIVA 2006/114/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 12 de diciembre de 2006 sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa*. (s.f.). Recuperado el 2016 de Mayo de 6, de eur-lex: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:376:0021:0027:ES:PDF>
- Halpem, D. (2015). *Inside the Nudge Unit: How Small Changes Can Make a Big Difference Hardcover*. Ebury Press.
- Hansen, P. G., & Jespersen, A. M. (2013). Nudge and the Manipulation of Choice: A framework for the responsible use of the nudge approach to behaviour change in public policy. *The European Journal of Risk Regulation*, 4(1), 3-28.
- Haug, A., & Busch, J. (2014). A framework of ethical nudges in the design of consumer goods. In Proceedings of Design Research Society’s 2014 Conference, Umeå.
- Hausmann, D., & Welch, B. (2010). Debate: To Nudge or Not to Nudge. *Journal of Political Philosophy*(18), 123–136.
- Jones, R., Pykett, J., & Whitehead, M. (2014). *Changing Behaviours: On the Rise of the Psychological State*. UK: Edward Elgar Publishing Ink.
- Kahneman, D. (2012). *Pensar Rápido, Pensar Despacio*. Buenos Aires: Debate.
- Kahneman, D., Knetsch, J. L., & Thaler, R. H. (1991). Anomalies: The endowment Effect, Loss Aversion and Satus Quo Bias. *Journal of Economics Perspectives*, 5(1), 193-206.

- Ley 16.463. Medicamentos.* (s.f.). Recuperado el 2016 de Mayo de 6, de <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/20414/norma.htm>
- Ley 24.788. Ley Nacional de Lucha contra el Alcoholismo.* (31 de Marzo de 1997). Recuperado el 2016 de Mayo de 6, de Infoleg: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/42480/norma.htm>
- Ley 26.687. Regulación de la publicidad, promoción y consumo de los productos elaborados con tabaco.* (s.f.). Recuperado el 2016 de Mayo de 6, de infoleg: <http://infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/180000-184999/183207/norma.htm>
- Ley 27.250.* (s.f.). Recuperado el 22 de Agosto de 2016, de Infoleg: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=262686>
- Ley de Defensa del Consumidor (Ley N° 24.240).* (s.f.). Recuperado el 6 de Mayo de 2016, de Infoleg: <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/638/textact.htm>
- Ley de Lealtad Comercial (Ley N° 22.802).* (s.f.). Recuperado el 6 de Mayo de 2016, de Infoleg: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/19946/textact.htm>
- Ley General de Publicidad (Ley 34/1988).* (s.f.). Recuperado el 6 de Mayo de 2016, de CNICE: <http://recursos.cnice.mec.es/media/publicidad/extras/docente/PDF/Ley%20General%20de%20Publicidad.pdf>
- Lorenzetti, R. L., Highton de Nolasco, E., & Kemelmajer de Carlucci, A. (1 de Agosto de 2015). *Fundamentos del anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación.* Recuperado el 6 de Mayo de 2016, de Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>
- Samson, A. (Ed.). (2014). *The Behavioral Economics Guide 2014 (with a foreword by George Loewenstein and Rory Sutherland) (1 st ed.).* Retrieved from <http://www.behavioraleconomics.com>.
- Simon, H. A. (1972). Theories of Bounded Rationality. En C. B. McGuire, & R. Radner (Edits.), *Decision and Organization* (págs. 161-176). Amsterdam: North-Holland.
- Simon, H. A. (October de 1986). Rationality in Psychology and Economics. *The Journal of Business*, 59(4), S209-S224.



- Stiglitz, G. A. (2014). La defensa del consumidor en el Código Civil y Comercial de la Nación. *Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (Noviembre)*. 17/11/2014, 137, Cita Online: AR/DOC/3858/2014.
- Sunstein, C. R. (Febrero de 2013). Nudges.gov: Behavioral Economics and Regulation. *SSRN Electronic Journal*. Available at: <http://ssrn.com/abstract=2220022> [Accessed 3 June 2016]. Very preliminary draft 2/16/13. Subject to revision. Forthcoming, Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law (Eyal Zamir and Doron Teichman eds.).
- Thaler, R. H., & Sunstein, C. R. (2008). *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness*. United States of America: Yale University Press. New Haven & London.
- Tversky, A., & Kahneman, D. (27 de Sep de 1974). Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. *Science*, 185(4157), 1124-1131.
- Tversky, A., & Kahneman, D. (30 de jan de 1981). The Framing of Decisions and the Psychology of Choice. *Science, New Series*, 211(4481), 453-458.