

EL ANALISIS ECONOMICO DEL DERECHO Y SUS APORTES AL DERECHO DEL CONSUMO¹

Law and economics applied to consumer rights

Direito e economia aplicados aos direitos de consumidor

Silvia María Triana Benavides
Universidad Militar Nueva Granada, Colombia
est.silvia.triana@unimilitar.edu.co
<https://orcid.org/0000-0002-1286-9200>

Estudiante de Decimo semestre de Derecho en la Universidad Militar Nueva Granada; integrante del Semillero de Investigación de Derecho del Consumidor liderado por el Docente Juan Carlos Villalba Cuéllar

Recepción: 15 de marzo de 2022

Aceptación: 15 de abril de 2022

¹ El presente artículo de revisión es el producto de la actividad investigativa llevada a cabo en el semillero Aspectos Contemporáneos del Derecho Contractual ACDC, vinculado al área de Derecho Privado, línea del Derecho del Consumo, del Centro de Investigaciones Jurídicas, Políticas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada (Bogotá – Colombia)

Resumen: El presente artículo, “el Análisis Económico del Derecho y sus aportes al derecho del consumo” expone cómo puede ser este aplicado a la ley colombiana, especialmente la economía del comportamiento; y sus contribuciones a la forma de entender al consumidor y a la generación de nuevas formas jurídicas de protección en el derecho del consumo.

Palabras clave: Consumidor; protección del consumidor; vivienda nueva; relación de consumo; garantía

Abstract: This article, “Law and Economics applied to consumer rights” explains how it can apply to Colombian law, especially behavioral and economics; and its contributions to the way of understanding the consumer and the generation of new legal forms of protection in consumer law.

Keywords: economic analysis, consumer relationship, behavioral economics, contracts, information.

Abstrato: Este artigo, “Direito e Economia aplicados aos direitos do consumidor” expõe como pode ser aplicada os conceitos ao direito colombiano, especialmente comportamental e econômico; e suas contribuições para a forma de compreender o consumidor e a geração de novas formas jurídicas de proteção no direito do consumidor.

Palavras-chave: Análise econômica, proteção do consumidor, economia comportamental, contratos, informação.

INTRODUCCIÓN

El análisis económico del derecho (AED) es una disciplina de origen anglosajón que, aunque no es de reciente aparición, puede resultar útil para la aplicación y mejor entendimiento de fenómenos jurídicos y facetas del derecho, desde el punto de vista de la mejora de su eficiencia. En el caso del derecho del consumo, aún son pocos los estudios que se focalizan en la aplicación del AED a esta disciplina, aunque se escuchan frecuentemente argumentos aislados, traídos del análisis económico, para valorar aspectos involucrados en la comprensión de las normas que buscan proteger a los consumidores. Tal es el caso de la

racionalidad del consumidor, las asimetrías informativas, los costos de intervención en la regulación y la eficiencia de los contratos de consumo, los cuales han sido utilizados para adoptar posturas más o menos proteccionistas de la parte débil, a veces defensoras del mercado, como mecanismo para proteger indirectamente al consumidor.

El objetivo general de este escrito, es exponer los alcances del AED y sus aportes al derecho del consumo, desde la perspectiva del “*behavioral economics*” o economía conductual; ya que esta puede dar herramientas de valoración de la conducta de consumidores, según su comportamiento racional y poco racional (o irracional). Conceptos que serán abordados a través de los métodos de investigación histórico y analítico para al final de cada uno, concluir sobre el comportamiento de consumidores en distintos escenarios.

Para lograr el objetivo propuesto, se comenzará por abordar el tema de Análisis Económico del Derecho (AED), sus fines y objetivos, para luego revisar su aplicación y aportes al derecho del consumo con relación a la información y la eficiencia en los contratos de consumo. Se continúa con una aproximación al Análisis Económico del Derecho para poder aplicarlo al concepto de consumidor y, soportar, mediante ejemplos, la teoría acerca de la existencia del consumidor irracional, o con racionalidad limitada, quien se encuentra comúnmente, y con mayor facilidad, en situaciones de riesgo en las relaciones de consumo; por esta razón debe el Estado brindarle mayor protección.

MÉTODO

Se utilizó el método de investigación jurídica de corte dogmática, con análisis doctrinal predominante se busca aproximar los autores y teorías que desde el AED contribuyen a un mejor entendimiento del derecho del consumo. La metodología empleada en este manuscrito es la cualitativa en razón a que se describe la temática objeto del problema de investigación, atendiendo el método narrativo y dogmático, en aras de lograr hacer más entendible el marco normativo de la temática escogida en el problema de investigación

I. Los fines y objetivos del AED, su enlace con el derecho del consumo.

El AED o Análisis Económico del Derecho, es una disciplina originada por los estudios de Jeremy Bentham (1789) y John Stuart Mill (1846), los cuales plantearon el concepto de utilidad, teoría que tiempo después sería compartida por Ronald Coase (1960) y Gary Becker (1968) mediante sus primeros textos de estudio, los cuales profundizaron en la competencia y en la ley antitrust, que desencadenan también en aspectos como la regulación de los mercados y la intervención del gobierno, que en este escrito enfocaremos hacia el derecho del consumidor.

El objetivo inicial de estos primeros estudios era el de analizar la influencia de las decisiones políticas y judiciales en el campo económico, mediante el uso de las herramientas brindadas por la microeconomía y la econometría, aplicándola a la teoría de la economía del bienestar, la cual está centrada en el concepto del deseo social dado por situaciones económicas alternas.

Dicha teoría puede ser enfocada por dos vertientes: la primera, de carácter positivo, en la que se buscaba examinar las posibles consecuencias sobre los individuos ante una determinación jurídica de sus reacciones en el mercado, y cómo estas circunstancias pueden influir en el contenido y forma de algunas decisiones jurídicas (Domenech, 2014), para poder responder a una visión ontológica en la cual las personas reaccionan a condiciones de escasez, por lo que será importante la noción de eficiencia; a segunda, el tipo normativo y deontológico, expone el orden en que los individuos deberían utilizar sus escasos recursos al tomar decisiones, de manera que el AED, junto con las normas, puedan orientar el comportamiento de los llamados “agentes económicos”, con miras a tomar las mejores decisiones, siempre con la intención de maximizar los intereses.

La aplicación del segundo enfoque o vertiente requiere la intervención del Estado, acción que favorece su desarrollo, corrige las fallas del mercado y permite alcanzar la eficiencia económica y, a su vez, una mayor equidad en la asignación de los recursos (Torres, 2012). Para estos escenarios en los que se presentan condiciones de competencia imperfecta, asimetrías en la información o mercados incompletos, escenarios

también conocidos como “fallas del mercado”, ya se han pronunciado diversos autores como Perloff (2004), Samuelson y Nordhaus (2002), Stiglitz (2000) y Pindick y Rubinfeld (2001) que brindan teorías de desarrollo, de la mano de un Estado intervencionista.

Otras vertientes de pensamiento, como la psicología del comportamiento, aportan al análisis económico, ya que han demostrado que el consumidor puede ser orientado, e incluso manipulado, a ciertas conductas, por ejemplo, haciendo creer al consumidor que necesita adquirir un producto o bien para así mejorar su calidad de vida. Esta es una de las razones para el surgimiento o creación de las “ofertas de temporada”, los “descuentos”, las “promociones 2x1” y demás figuras económicas, las cuales brindan un imaginario de bienestar y seguridad económica que es difícil de resistir y, en muchas ocasiones difícil de comprobar por parte del consumidor, por lo que termina cediendo al impulso del consumo.

En la historia del AED resaltan los trabajos realizados por Guido Calabresi y Ronald Coase, tomados como un buen punto de partida para este análisis, al haber introducido el estudio de esta disciplina en nuevos campos como el de los contratos, la propiedad, la responsabilidad civil, el derecho penal, el procesal, de familia y constitucional.

Ronald Coase (1960) en su libro “*The problem of social cost*” o “El problema del costo social” en español, expresa que la asignación inicial de los derechos de propiedad en este caso no será considerada como un factor determinante para su uso final. Para demostrarlo, el autor cita el caso *Sturges vs Bridmarn* (1879), el cual hace referencia al conflicto entre un pastelero y un médico, a razón del ruido que producían las máquinas de trabajo del pastelero, molestando al médico e impidiendo que auscultara a sus pacientes con tranquilidad; el médico decide reclamar dicha situación ante un juez, con la finalidad de que el pastelero dejara de utilizar sus máquinas, caso en el que el juez falló a favor del médico, argumentando que “este tenía el derecho de evitar que el pastelero usara las máquinas” (Monroy, C. 2020).

Este caso lo llevó a cuestionar los motivos fundados que llevaron al juez a tomar dicha decisión, empezando por la asignación inicial de los derechos de propiedad, y si la manera en la que el juez la designó afectó o

no el nivel agregado de producción final de las actividades económicas en conflicto, con base en esto, Coase concluyó que “el uso óptimo de los recursos se mantendrá constante, independientemente de la manera en que se asignen inicialmente los derechos de propiedad” (Coase, 1960).

De esta manera, supóngase el uso de las matemáticas para efectuar el beneficio neto final generado por el pastelero (\$150) en contraposición al producido por el médico (\$300) mensuales; hipótesis en la cual el uso óptimo de los recursos se mantendrá constante, independientemente de la manera en que se asignen inicialmente los derechos de propiedad; pero sí se tiene en cuenta la parte que más valore el derecho de propiedad, ya que será el que se quede finalmente con este.

Y aunque Nuria Querol Aragón (2014) menciona en su libro *Análisis Económico del Derecho*, que “esta disciplina fue tema de discusión por parte de muchos juristas en la segunda mitad del siglo XX” teniendo detractores que lo consideraban una moda pasajera, también tenía teóricos que lo apoyaban arduamente, como es el caso de Richard Posner. Este último resaltó el concepto de eficiencia y cálculo económico en el desarrollo del AED, expuesto en su libro “El análisis económico del Derecho” como una preocupación central de la escuela de Chicago, la cual tiene como criterio de evaluación el marco para analizar las instituciones jurídicas y los fallos judiciales. Posner, fundamentó sus decisiones en casos explicativos y procesos en los que los consumidores, al quejarse y no recibir respuesta, tomaban acciones contra la empresa que los afectó en principio, reduciendo de esta forma la figura formal de mercado (Acosta y Gual, 2021; Vargas, 2018)

Y es que el estudio del AED consiste en la comparación de costes y beneficios por parte de los agentes económicos antes de tomar una decisión, sea ésta de naturaleza económica, social o cultural, los cuales son valorados según las preferencias de éstos cuando hayan tenido acceso a un conjunto de información; en el entendido de que el sistema en el que se mueven es dinámico y debe estar en constante retroalimentación por ambas partes: los empresarios y los consumidores (Aragón, 2014 Mosquera y González, 2020).

Pero como ya lo mencionamos, el enfoque principal será la situación del consumidor en las diferentes etapas,

desde el conocimiento del producto, que es cuando se le brinda información, analizando la manera en la que esta le llega y si es fácil o difícil de comprender, si contiene lenguaje claro y sencillo o técnico y avanzado; hasta el final que es cuando, después de decidirse a adquirir un bien o servicio, este resulta como lo esperaba y se lo habían prometido, o es necesario recurrir a mecanismos como atención al cliente o servicios de posventa y reparación de daños (Galvis, 2018)

a. El comportamiento del consumidor como agente más débil del mercado.

Los análisis del AED se han focalizado en la racionalidad de los individuos al tomar decisiones económicas, y, desde esta perspectiva, han brindado herramientas al derecho del consumo. La teoría del liberalismo clásico se fundamentó en que los seres humanos son racionales y libres y, desde este punto de vista, toman las mejores decisiones (Pájaro, 2006). No obstante, estas premisas fueron cuestionadas y revaluadas con el paso del tiempo, para llegar a ser matizadas con nuevos enfoques.

Para entender mejor los conceptos de consumidor racional e irracional, es necesario verlos en un contexto determinado, al encontrarse ligados a factores sociales, culturales y educativos que direccionan el comportamiento de los individuos, de manera consciente o inconsciente, hacia el sector con mayor aceptación o demanda por parte de los otros consumidores.

Según la teoría del comportamiento, todos los seres humanos somos consumidores porque podemos entablar relaciones entre nosotros en el aspecto económico, iniciando incluso desde niños, al recibir mesada por parte de nuestros padres para comprar onces en el colegio; y esta situación se torna más compleja cuando, en el desarrollo las relaciones de consumo, se evidencian las diferencias de poder de los contratantes, pues una es más fuerte o tiene ventajas sobre la otra.

Otro espectro que también es estudiado por la teoría es la evolución del ser humano y su comportamiento en el consumo: desde el consumidor primario, pasando por las etapas adultas de las cuales se espera una mayor racionalidad; para llegar a la etapa de adultez (adulto mayor) en la que se suele volver a ser

influenciable, incluso como un menor. Debido a lo anterior, es necesario velar por su seguridad, desde las políticas de protección al consumidor por parte del Estado, hasta las empresas con respecto al desarrollo del mercado.

Los consumidores han sido clasificados en dos tipos: el primer grupo, considerados de competencia perfecta, los cuales son netamente teóricos; y el segundo grupo conocidos como los de competencia imperfecta. En el primer grupo, toda la información posible es conocida por los agentes, mientras que, en el segundo grupo, los agentes cuentan con información incompleta sobre las condiciones del mercado.

En un contexto ideal el primer grupo es entendido como el más desarrollado en la sociedad, pero desafortunadamente, en algunos casos no es así, ya sea por negligencia de los productores o por la manera en la que proyectan la información; aunque en cantidad sea buena, en calidad es deficiente y al consumidor se le dificulta procesarla, por lo que tiende al error y la desinformación; factores que en la práctica, y a gran escala, son perjudiciales y aumentan la vulnerabilidad en la que se encuentra el sector de los consumidores, sin importar si son racionales o irracionales o si su consumo es en mayor o menor porcentaje.

Por esta razón, debe tenerse presente, una vez expuestos estos dos tipos de consumidores, que dicha ausencia de información en el mercado representará un incremento en los costes de transacción, situación que, a futuro, dificulta la obtención de acuerdos por parte de los agentes sobre las condiciones del mercado.

Un gran exponente de esta teoría es Akerlof en “*The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*” y al ejemplificar por qué los consumidores tienden a escoger el producto de menor calidad sobre el de mayor calidad, aunque parezca poco racional, encuentra su fundamento en que, como desconocen o no tienen acceso a la información completa, acuden al producto de menor calidad, ya que el de mayor calidad es más costoso; y es solo hasta el final, después probado el producto, que el consumidor accede a la información y, a través de la experiencia, entiende que el costo del producto de mejor calidad también involucra en su costo, el valor de la información.

Otro factor a tener en cuenta desde el punto de vista del consumidor, es la forma en que se desarrolla el mercado; en un caso inicial en que existan pocos vendedores, y uno de ellos influya considerablemente en el beneficio de los demás, siendo entendido como independiente, este tipo es llamado “mercado oligopolístico”; en el segundo caso, donde es un agente quien presta de forma exclusiva o mayoritaria un servicio o fabrica un producto, sin mayor competencia y asumiendo el liderazgo, recibe el nombre de “mercado monopolístico.”

Ambos modelos de mercado, en conjunto con la forma en que se distribuye y permite el acceso a la información, son los principales focos de atención en este ensayo para ver, desde la perspectiva de la protección al consumidor, en qué forma puede intervenir el derecho para lograr sus objetivos de protección y ayudar a un correcto desarrollo económico.

Para aplicar los conceptos anteriores en el territorio colombiano, nos podemos referir a la Ley 1480 del 2011 o el Estatuto del Consumidor, que es la legislación que trata este tema. Sin embargo, se deben hacer algunas claridades sobre los roles de productor y consumidor que ejemplificaremos, mediante el siguiente escenario: una empresa que necesite caucho para llantas, las produzca y después las venda a concesionarios no sería consumidor, ya que este es un comerciante intermediario el cual no es considerado como consumidor sino como productor. Estos conceptos deben ser clarificados para poder abordar los campos de protección al consumidor, desde la raíz del derecho.

Dada la distinción del espectro del consumidor, al ser tan amplia, su ejercicio debe abarcar el ideal de protección y seguridad completo del sistema, brindando un espacio para que el consumidor pueda consultar en cualquier momento alguna duda que le surja y el productor la responderá de la mejor manera, y en el menor tiempo posible, para que el factor de la confianza se afiance y el consumidor se sienta y comience a actuar como parte importante del proceso.

Y, aunque el AED no se ha desarrollado de forma equitativa en un concepto internacional, es necesario recalcar que al haberse originado en la segunda mitad del siglo XX , hoy en día existen más estudios frente

a sus teorías económicas de desarrollo. Adicionalmente, las escuelas que las profesan son centros importantes para su aplicación y desarrollo, generando espacios en los que se pueden plantear posibles modificaciones en la legislación frente a la protección del consumidor, teniendo en cuenta los niveles del consumidor ya expuestos anteriormente.

Para dar sustento a esta posición, nos referimos a la creación de la Ley de Habeas data en Colombia (Ley 1581 de 2012), que, a su vez, dio lugar a la inclusión de la protección de información, dentro de la Ley 1328 de 2009. Esta última, regula los conflictos que pueden presentarse entre los usuarios de las entidades financieras.

La Ley 1328 de 2009) guarda en su artículo 7, las obligaciones a las que deben someterse las entidades vigiladas, velando de esta manera, por el control informativo entregado a la parte considerada más débil; de igual forma, como protector de las entidades o la parte más fuerte, ya que, si se maneja un canal informativo claro, los conflictos pueden ser solucionados por la vía conciliatoria de primer mano, en la mayoría de casos.

II. El AED aplicado al Derecho del Consumo.

a. La información y las asimetrías informativas.

En el AED existe un fenómeno conocido como “asimetría de la información” el cual Andrea Castellano y María C Sardi (2012), en su escrito “Análisis Económico del Derecho del Consumidor: elección, heurísticas y sesgos de percepción” explican muy bien la existencia de heurísticas y sesgos de percepción de los consumidores, haciendo referencia también a las distintas asimetrías que puede presentar la información.

Tomando como ejemplo la situación donde una de las partes posee más información acerca de una operación que la otra, se constituye en una diferencia relevante en el acceso a la información, por lo que las agencias y tribunales de competencia deben establecer los límites de la transmisión de información entre los agentes para que los que poseen más información no decidan beneficiarse mutuamente, afectando así las condiciones y desarrollo del mercado (Sarmiento et al., 2017; Rodríguez, 2014).

Y aunque el hecho de transmitir información puede llegar a ser beneficioso, solo ocurriría como una vía para intentar solucionar algunos factores que presentan las asimetrías de información; mediante estrategias como el diseño y mejora de los enfoques comerciales, para reducir los costes de búsqueda para los consumidores, mejorando sus posibilidades de elección. Pero, también puede desencadenar en la generación de efectos restrictivos en el mercado el permitir a los agentes conocer las estrategias de sus competidores, como una posible solución. Para Villalba, se puede corregir esa asimetría, a través de medidas de los propios agentes del mercado que le den confianza al consumidor, o, a través de medidas tomadas por el Estado, como la obligación de información o la sanción a la falta de información que las normas del derecho del consumo imponen (2011).

Coase (1960), en su teoría de la firma, plantea dos preguntas que se deben resolver: la primera, es si esta información debe brindarse a través del mercado con decisiones no coordinadas o si, por el contrario, deben ser las empresas quienes, a través de decisiones centralizadas y tomadas por sus administradores, compartan la información. Diversos estudios llevaron a concluir que es necesario brindar información a los consumidores, quienes, además, tienen dificultad en comprenderla, por lo que cabe discutir acerca de la capacidad de los consumidores para aprovechar dicha información. Esto nos lleva nuevamente al campo de la racionalidad (Palomares y Calonje, 2015)

Estudios realizados por Simon (1955, 1978 y 1982) en el campo de la psicología cognitiva aplicada a la toma de decisiones, se evidenció que la racionalidad humana está limitada por la memoria y la capacidad de cálculo; y como profundización de ese estudio, Kahneman y Tversky (1979, 1984 y 2009) detectaron diversos sesgos cognitivos: distorsiones inevitables en el cálculo de probabilidades, en la dependencia del contexto y la manera de elegir entre alternativas (efecto marco), en la inclinación o aversión al riesgo, y otras limitaciones de los recursos cognitivos para buscar información relevante y evaluarla consistentemente.

Es por esto, que la dicotomía racionalidad-irracionalidad, expuesta desde la orientación utilitarista y el individualismo metodológico, ha categorizado a las personas en consumidores racionales o irracionales,

caracterizando a las primeras como defensoras del interés propio, y las segundas como quienes anteponen las consideraciones del otro antes que su propio interés.

Y, aunque, en un principio puede optarse porque solo existan estas dos categorías, Jon Elster aterriza la idea al campo de los contratos de consumo en los que percibe que la racionalidad desciende desde la “racionalidad perfecta” hasta la irracionalidad, encontrando en medio del camino la “racionalidad imperfecta”, en la que el sujeto conoce sus debilidades y elige, de manera libre y voluntaria, hacer compromisos que lo fuercen a mantenerse en un estado de racionalidad, considerándolo el más beneficioso.

Esta racionalidad imperfecta (o limitada) fue estudiada por el teórico social y economista Hebert Simon (1982) quien la describió en sus estudios como limitada por los inevitables sesgos psicológicos a los que se ve enfrentado el individuo, los cuales podemos encontrar al leer a los psicólogos Kahneman y Tversky en su teoría prospectiva (citados por Bejarano, J. 1999).

Dadas estas características, es necesario ver el fenómeno del riesgo desde dos perspectivas: la primera, como resultado efectivo de la decisión racional, intuitiva o rutinaria del individuo; la segunda, como un planteamiento estrictamente sociológico en el que el fenómeno del riesgo es el resultado de la sumatoria de diversas comunicaciones de los consumidores, tanto sus decisiones individuales, como las que comparte con otros, y las respuestas que estos reciben de distintos medios sociales que reproducen el sistema capitalista, aumentando en ellos la sensación continua de comprar o adquirir más bienes y servicios de los que posiblemente en inicio fueran necesarios.

b. La eficiencia en los contratos de consumo.

Aunque los autores anteriormente mencionados analizan en general los contratos, los desarrollos de la economía del comportamiento han demostrado que los contratos de consumo se pueden ver afectados en su eficiencia por las dificultades, sesgos y factores que impiden al sujeto tomar una decisión adecuada.

El AED adquiere una mayor importancia en la ejecución de los contratos y la ha hecho más evidente los

estudios de Richard Thaler (2018) a quien se le atribuyen la creación y desarrollo de varios experimentos encaminados a demostrar fenómenos como los mecanismos de autocontrol, sesgos cognitivos, la asimetría de la apreciación entre ganancias y pérdidas (aversión al riesgo), la maldición del ganador, y el efecto dotación, entre otros; ejercicios con los que plantea dejar a un lado el supuesto de racionalidad u “*homo Economicus*”, centrando el análisis en un marco legal más unido al social del ser humano y su irracionalidad.

La discusión se inicia con la afirmación de que se debe pensar de forma realista sobre el consumidor -como “Homo Sapiens”- quien se encuentra atado a limitaciones cognitivas, problemas de autocontrol y preferencias sociales determinadas por el entorno, las cuales, la mayoría del tiempo, generan un gran impacto e influencia en su toma de decisiones que replica entre sus círculos sociales más cercanos.

En este sentido, la teoría económica del comportamiento encuentra gran parte de su valor en los distintos aportes que desembocan en el diseño y la implementación de políticas públicas. Un ejemplo de estos es el del Reino Unido, en la administración del Primer Ministro David Cameron, cuando se creó el equipo especial llamado “Behavioral Insights” o “The Nudge Unit” el cual fue utilizado para influenciar a las personas a tomar las decisiones consideradas como “correctas” por parte del gobierno, con respecto a distintos temas de salud pública, como la donación de órganos; otro tema de este equipo estaba dirigido a que los jóvenes se presentaran a alguna universidad por medio de becas (Castañeda, 2017) para, de esta manera, fortalecer políticas económicas de manera indirecta y sin que el consumidor conociera a profundidad su poder de decisión y cambio en la sociedad.

Un ejemplo de lo que la falta de autocontrol de las personas puede generar en la economía es lo expuesto por la teoría de fallas enunciada por (Akerlof y Shiller, 2009; Cohen, 2010; Stiglitz, 2010, citados en Arocena, F, 2012). Estos autores consideraron que la crisis económica del año 2008 fue una falla general de la racionalidad de gobiernos, sometidos a un imperativo desregulador neoliberal, por lo que no ejercieron la necesaria vigilancia de los mercados financieros cuyo derrumbe los forzó a volcar miles de millones de dólares y de euros de las arcas públicas, con la idea de poder rescatar instituciones que especularon mucho, más allá de los límites razonables. Esta situación también recayó en la ciudadanía que se entregó al

consumismo, de manera que la situación terminaría en un endeudamiento irracional, fenómeno que es conocido en psicología como “compromiso creciente” (Stiglitz, J. 2010) el cual consiste en que la persona que está comprometida con sus decisiones pasadas, persiste en ellas, a pesar de que tenga evidencia de que son equivocadas.

Para entender con mayor profundidad lo que conduce al ser humano a tomar decisiones impulsivas o irracionales, Dan Ariely (2008), en su libro *Las trampas del deseo*, expone cómo controlar los impulsos irracionales que llevan al error, evidenciando las fallas sistemáticas en el razonamiento lógico humano y, por consiguiente, su susceptibilidad a los engaños del mercado. Esto involucra un conjunto de modelos y teorías desarrolladas en el campo de la economía y de la psicología en el cual Daniel Kahneman planteó el desafío de explicar por qué el ser humano tiende a comportarse de manera sesgada, empleando heurísticas que lo conducen a errores frecuentes a la hora de tomar decisiones.

RESULTADOS

El razonamiento heurístico plantea ideas contrarias a lo ya conocido por la economía neoclásica en relación con el comportamiento de los individuos en la realidad (Cely, D. 2010). Para analizar el AED conductual o Behavioral Law & Economics, Daniel Cely ha expuesto un análisis acerca del tema de la donación de órganos humanos, debido a las diversas normas que se han adoptado en diferentes sistemas jurídicos, incluyendo elementos propios del enfoque conductual, como el ya mencionado “razonamiento heurístico”, los “sesgos” en la toma de decisiones y el “efecto dotación”.

Este último, -el efecto dotación- es explicado por el economista Daniel Kahneman quien hablaba del WTA (o *willingness to accept*), que corresponde a lo que una persona está dispuesta a aceptar por la venta de un producto y el WTP o (*willingness to pay*), entendido como lo que está dispuesta a pagar para comprar un producto similar, teoría que resulta incompatible con la teoría económica convencional.

Para dar contexto a estos conceptos se da un ejemplo, a través de la anécdota del profesor Richard Roset (citado en Kanherman (2009)); se afirma que Roset valúa una botella de vino en particular en \$50, entonces, se supone que debería estar dispuesto a venderla en cualquier precio mayor a \$50, y, simultáneamente debería estar dispuesto a pagar cualquier precio menor a \$50 para comprarla. En términos más generales, la teoría económica asume que el mínimo precio de venta aceptable (WTA) de algo y el máximo precio de compra aceptable (WTP) del mismo algo, tienden a igualarse cuando se trata de una misma persona”. (Willig (1976, citado por Cely (2010 o 2017?)), califica al “efecto dotación” como una anomalía en la toma de decisiones ya que la prevalencia de estas se basa en múltiples pruebas de valor experimental.

Este apego a los bienes ya adquiridos por parte del consumidor es muy difícil de abandonar, aunque lo nuevo que nos ofrezca el mercado sea mucho mejor en calidad y precio, porque se ha creado un lazo en el que el consumidor se cree dueño más allá de lo material, siente que el objeto lleva consigo un significado que ninguna otra persona valorará como lo hace él y, por eso, hay personas que tienden a la acumulación compulsiva.

Este aspecto debilita la protección que le damos al consumidor ya que consentimos que se aleje de la realidad y no experimente más en el campo comercial, permitiéndole ignorar los posibles beneficios futuros; es por esto por lo que, en estos casos, el consumidor debe recibir una educación previa de la vida útil de los objetos y se debe hacer consciencia del ciclo de producción de cada elemento tanto en la producción como en el consumo.

Otro economista que hace referencia a los distintos impulsos del ser humano y se adentra en estos buscando una explicación es John Maynard Keynes (citado en Forero, 2010) y quien llamó "espíritus animales" a los componentes emocionales del ser humano; este concepto es uno de los que provoca mayores efectos en la forma en que actualmente se lee y entiende la economía.

Y aunque este aspecto conductual ya había sido mencionado antes por Marshall y Schumpeter, lo novedoso es que el término “espíritus animales” o “animal spirits” comenzó a ser usado en economía para evocar los

matices sociales del comportamiento vinculados a la confianza y a las expectativas autocumplidas con relación al mercado. Pero son George Akerlof y Robert Shiller (2009), en su libro “Animal Spirits”, quienes retoman el término, considerando que la expresión es equivalente al genérico del “papel de la psicología humana en la economía” aprovechando, de esta manera, en su bosquejo de una macroeconomía conductual, las distintas connotaciones que puede tener la expresión.

Sería necesario extender este estudio de los espíritus animales a un contexto más limitado como el del campo latinoamericano, ámbito en el cual existen exponentes que últimamente se han preocupado por entender al consumidor y expandir este concepto, teniendo en cuenta que el histórico latinoamericano es especial y diferente al anglosajón o europeo, debido a como fuimos colonizados.

Existen diversas posturas que indican que, para una eficiente protección al consumidor latinoamericano, se debe pensar cómo piensa éste, que es usualmente desde la emoción. Ejemplo de ello es que solo un pequeño porcentaje de la población es la que se detiene a leer un instructivo o un contrato completo, hasta entenderlo en su totalidad, o al menos el mayor porcentaje posible (Triana, 2020). Se trata de un contexto en que el productor se ve enfrentado a un consumidor acostumbrado a no leer o leer parcialmente, y que ante el primer problema, intentar solucionarlo sin ayuda, para evitar costes en los trámites de reclamo, lo cual, de paso, amplía las problemáticas del consumidor.

Pero es el consumidor quien se encuentra ante el optimismo irracional e impulsivo -lo que anteriormente mencionábamos como tentaciones o deseos- al momento de celebrar un contrato, impidiéndole que pueda aceptar cualquier consejo razonable proveniente del productor. Como lo había descrito Thaler (2018), en el estudio sobre estos impulsos irracionales que “los problemas de autocontrol, combinados con la decisión irreflexiva, tienen malas consecuencias para la gente real”; y para ejemplificar podemos tener en cuenta dos casos: el de los fumadores, quienes saben que el fumar es dañino para su salud, pero siguen haciéndolo, por costumbre o ignorancia en la dimensión real del daño, aunque en la cajetilla incluya una fotografía de los daños en el organismo; el segundo caso es de la tasa de obesidad de los estadounidenses como respuesta a su ritmo de vida acelerado y consumo descontrolado o ignorante.

De este optimismo también ha hablado Daniel Kahneman en su libro *Pensar rápido, pensar despacio* (2011) en el cual lo describe como el motor del capitalismo, siendo así un elemento base del cual no se puede prescindir, ya que, no solo está ligado a la psiquis del ser humano, sino, en conjunto, a todas las personas que integran el mercado -es decir todos nosotros-, por lo que al ser algo intangible también es, en gran porcentaje, incontrolable.

Por otra parte, Fernando Shina (2019), en su texto *“La información de los proveedores y las expectativas de los consumidores”*, nos contextualiza, por medio de estudios académicos y estadísticas, sobre la problemática que presenta el hecho de que “menos de una persona, de cada mil, lee los contratos de adhesión que suscribe” (Ian Ayres citado por Shina 2019). Este es un dato internacional que deja ver que esta situación seguirá así por tiempo indefinido, pues se trata de un comportamiento humano. Shina (2019) se vale de un ejemplo matemático en el cual multiplicar algo por cero siempre será cero, haciendo alusión a que, sin importar la cantidad de información que se entregue a los consumidores, la no lectura de los contratos, la anula.

Teniendo en mente ese presupuesto, existen varios caminos que pueden seguir algunos productores: el primero, el de sobre-informar, pensando que de esta manera el consumidor por fin leerá el contrato y lo entenderá; el segundo camino, aquel en el que el productor decide informar, aun con el conocimiento de que la información podrá ser ignorada completamente y de plano -por el consumidor-, actuación que, ante el sistema judicial, hace ver que sí cumplió con su función de forma adecuada. Se trata de una decisión estratégica porque la obligación que impone el derecho del consumo es informar.

El último camino es, expresamente, el de la omisión de información, el cual es totalmente antijurídico a lo que Shina cita el art. 1724 del Código Civil y Comercial argentino (2014), haciendo mención del dolo, el cual se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos. Ante estas situaciones, Matilde Zavala de González (2014) se ha referido como “antijuricidad difusa” en la cual se describen conductas que parecen jurídicas, pero provocan daños, conceptos que podrían ser aplicables al derecho colombiano del consumo.

De otro lado, el enfoque de la información en los contratos de seguro ha sido estudiado por Waldo Sobrino (2017), quien en varios escritos sobre la cláusula “*claims made*” expone la palmaria desprotección para los consumidores de seguros, y aunque existen oposiciones a la implementación o siquiera mención de esta cláusula en relación con su origen anglosajón, numerosos doctrinantes la acogen en el ejercicio de un derecho comparado, aplicado al desarrollo de los contratos. Para sustentar dicha desprotección, Sobrino referencia en uno de sus escritos que, la existencia de un evidente abuso de derecho genera una abierta violación del deber de 'buena fe, dado que a través de una cláusula que forma parte de un contrato de adhesión, realizado unilateralmente por la aseguradora, se está desnaturalizando el propio fin que tiene la póliza de seguros; esto obliga a revisar el fondo de los contratos de seguros y si, efectivamente están encaminados o no a una efectiva protección del consumidor.

Sobrino (2017), en derecho argentino, denota que el Art. 37 del Código Civil y Comercial argentino (2014) es aplicable a esta cuestión, entendiendo que el fundamento de la Póliza de Seguros es “un típico contrato de cláusulas predispuestas, donde, en virtud de la Ley 24.240 de 1993, estas deben ser interpretadas a favor del consumidor; de tal manera, se puede entender a la cláusula “*claims made*” como agente desnaturalizante de las obligaciones propias del contrato de seguro, “debido a que deviene una irrazonable limitación a la protección del consumidor” (Sobrino, 2015), recordando que el asegurado en el Seguro de Responsabilidad Civil de “Directors & Officers” es el propio director, es decir un típico consumidor de seguro.

La eficiencia de esta cláusula *claims made* en cuanto a los contratos y la protección al consumidor radica en que este se ve desprotegido en ocasiones en las que el asegurado es el principal consumidor del seguro. Sobrino (2017) soporta sus argumentos en que, para Stiglitz, la cláusula “*claims made*” es considerada como inesperada e imprevisible, debido a su alta dosis de “inmoralidad intelectual en su concepción, siendo sorpresiva y por ende nula” (Stiglitz citado por Sobrino, 2015).

Si se analiza el reclamo efectuado por la víctima, en las pólizas que emplean la cláusula “*claims made*”, se establece que, para que exista cobertura, es la víctima del perjuicio producido por el director quien debe hacer el pertinente reclamo durante la vigencia de dicha póliza, o durante el periodo informativo; Este hecho

desprotege, virtualmente, al asegurado ya que, para que se produzca la cobertura, es necesaria la actuación de un tercero -en este caso la víctima-, siempre que esta realice el correspondiente reclamo.

En la teoría y aplicación de esta cláusula, ha sido cuestionada en numerosas ocasiones; en el espectro de la legislación colombiana se ve evidencia en la “Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil para Directores y Administradores” donde se establece que “...se puede contar con el período informativo, si el tomador revoca o rehúsa renovar la presente póliza” Este argumento suficiente para que Sobrino , finalizando su comparación entre las legislaturas latinoamericanas, concluya que en Colombia y países hermanos, el consumidor tiene libertad de cambiar de Compañía de Seguros a su criterio, mientras que, en Argentina, este se encuentra atado a la compañía y solo puede comprar el endoso o desligarse de ésta en caso de que ella misma no renueve la póliza.

Una posible solución a los problemas de las pólizas de seguro, es adaptar mejor la información dada al consumidor segmentado. Se sabe que las empresas que han desarrollado estudios de mercado especializados dependiendo del tipo de consumidor al que quieran llegar: se estudia al consumidor en su totalidad, analizando aspectos sociales, culturales, educativos y demás, para, encaminar el producto y la información del mismo con el fin de que sea más atractivo y genere interés en el consumidor. De esta manera, también los fabricantes deberían saber qué tipos de consumidores requieren mayor información y qué tipo de información brindarles.

Esta es una posible solución a algunos problemas de relación con los consumidores. Obviamente, esto acarrea un mayor costo para los productores y no es totalmente efectiva ya que el consumidor se encuentra en constante cambio. Otra forma es simplificar totalmente la información, como sucedió con la reciente normativa sobre etiquetados frontales en Colombia, pues se adecúa a la forma en que los consumidores asumen la información, simple y fácil de leer.

DISCUSIÓN Y CONCLUSIÓN

El AED permite abordar perspectivas de análisis del comportamiento del consumidor que pueden ayudar a generar nuevas opciones de intervención, a favor de una protección más efectiva. La economía del comportamiento ha hecho importantes aportes al respecto.

Es vital entender que, mayor información brindada por los productores no significa que los consumidores la lean o la entiendan; para que esto segundo suceda es necesario cambiar la manera en la que se entiende al consumidor y comenzar a verlo desde la perspectiva realista teniendo en cuenta que es un sujeto expuesto a tentaciones o deseos irracionales, infundidos por una sociedad consumista que, a medida que evoluciona la tecnología, se va acercando más y más al factor de riesgo en el que el contenido de los contratos es ignorado.

Es necesario, considerado el papel del consumidor, buscar herramientas legales que permitan que se pueda balancear los intereses de productores y proveedores con los de los consumidores, para lograr mayor racionalidad de estos últimos. Es una realidad que las cláusulas de los contratos muchas veces no son leídas ni entendidas y esto afecta al consumidor, dejándolo en una posición vulnerable, desde el principio de la relación de consumo (la misma fase precontractual).

Si el consumidor es tomado en cuenta de manera amplia, los estudios de mercado pueden ser más efectivos y conducir a que el mínimo porcentaje de personas que sí leen, o intentan leer los contratos, lo hagan con más entusiasmo y así puedan auto educarse en la importancia de leerlos. No se trata de leer muchas páginas sobre un producto y no entender nada, sino de que lo poco que se lea sea comprendido, para así poder realizar preguntas antes, durante o después de una compra, e ir conociendo el producto y sus riesgos.

En derecho colombiano, es necesario fomentar más el acceso a la información para los consumidores, mediante estrategias que se adecúen a la forma en que actúan, y a la racionalidad limitada que los impulsa a tomar malas decisiones de consumo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aragón, N. Q., & Pérez, N. L. (2014). *Análisis económico del derecho* (1st ed.). Dykinson, S.L.
<https://doi.org/10.2307/j.ctv6gqx9r>

Acosta Rodríguez, J. E. y Gual Acosta, J. M. (2021). La delimitación de la libertad contractual en virtud de exigencias sociales. *Revista IUSTA*, (55).

Ariely, D. *Las trampas del deseo* (2008), Editorial Ariel, S.A, Barcelona.

Arocena, F.A. 2012. Racionalidad limitada en la sociedad del riesgo mundial. *Revista de Economía Institucional. Universidad Externado de Colombia* 14(26).

Bejarano, J. (1999), “*El análisis económico del derecho: comentarios sobre textos básicos*”

Castañeda, D. (2017), Richard Thaler y la muy necesaria irracionalidad en la economía, *Revista digital nexos, Economía y sociedad, México*.

Castellano, A., Chaz Sardi, M.C. (2012) *Análisis Económico del Derecho del Consumidor: elección, heurísticas y sesgos de percepción. Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers*

Cely, D. *Heuristic Reasoning and some Implications for Law and Economics: The Case of Rules of Organ Donation*, (2010), SSRN Social Science Research Network.

Coase, R.H. (1960) The problema of social cost. *The Journal of Law & Economics*, (3) The University of Chicago Press. <https://www.jstor.org/stable/724810>

Código Civil y Comercial de la Nación (8 de octubre 2014). Congreso de la República de Argentina. chrome-

extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/http://www.saij.gob.ar/docs-
f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf

Código Civil y Comercial argentino (2014), artículo 1724.

Galvis Macías, I. H. (2018). Principales prácticas restrictivas a la libre competencia ejecutadas por los oferentes en el marco de procesos de selección de contratistas del Estado. *Via Inveniendi Et Iudicandi*, 13(2), 11-52. <https://doi.org/10.15332/s1909-0528.2018.0002.06>

George, A. Robert, S.(2009), en su libro “Animal Spirits”,

Kahneman, D. (2011) Pensar rápido, pensar despacio. *Editorial Debate, Barcelona*

Ley 24.240 de 1993. (15 de octubre). *Ley de Defensa del Consumidor*. Número 27744 Congreso de la Nación Argentina. http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic1_arg_res70.pdf

Ley 1328 de 2009 (15 de julio), por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones. Congreso de la República de Colombia. Diario Oficial 47.411 <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=36841>

Ley 1480 de 2011 (12 de octubre), por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones. Congreso de la República de Colombia. Diario Oficial 48220. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=44306>

Ley 1581 de 2012 (17 de octubre), por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales. Congreso de la República de Colombia. Diario Oficial 48587. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=49981>

Mosquera, L. y González Zapata, A., (2020). Las brechas socioeconómicas y su relación con la corrupción: elementos clave a la hora de formular políticas públicas. *REVISTA IUSTA*, 52, 103-122. doi:

<https://doi.org/10.15332/25005286.5485>

Palomares J y Calonje, N. (2015). Tratados de libre comercio Colombia-Asia: *Cuestión preliminar y perfiles de negociación en Revista IUSTA*. 43(1), 17-41.

Pájaro Moreno, N. (2006). Autonomía privada y constitucionalización del Derecho, *Universidad Externado de Colombia, Bogotá*.

Rodríguez, A (2014) Indicadores de constitucionalidad de las políticas públicas: *enfoque de gestión de derechos. Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, 9(2).

Sarmiento Cristancho, D., Medina Velandía, S., y Plazas Estepa, R. (2017). Sobre la responsabilidad y su relación con el daño y los perjuicios. *Via Inveniendi Et Iudicandi*, 12(2), 101-115.
<https://doi.org/10.15332/s1909-0528.2017.0002.05>

Shina, F. (2019), La información de los proveedores vs. las expectativas de los consumidores. *SAIJ Sistema Argentino de Información Jurídica, Argentina*.

Sobrino, W, (2015) Seguros de Responsabilidad Civil para "Directors & Officers" (*algunas consideraciones técnicas y legales, sobre una Póliza que cada día tiene mayor importancia*). Instituto Brasileiro de Direito do Seguro, Brasil.

Sobrino, W. (2007). Legalidad de la cláusula Claims made en los seguros de responsabilidad civil, *Jurisprudencia Argentina*, 26(47). *Revista Iberoamericana de Seguros. Pontificia Javeriana, Bogotá*.

Thaler, R., Sunstein, C. (2018). Un pequeño empujón, *Belén Urrutia (trad.)*, Taurus, Buenos Aires, Argentina.

Triana, M.I., - Mariño, J.G., Ayala Gutiérrez, J. (2020). Teoría empírica de los espíritus animales e incidencia en la inversión: caso Colombia.

Villalba Cuellar, J. C. (2011). Los contratos de consumo en el derecho colombiano y el derecho comparado. *Revista Facultad De Ciencias Económicas, Universidad Militar Nueva Granada*, 19(2), 171–195. <https://doi.org/10.18359/rfce.2255>

Vargas, A. M. (2018). Los límites y las consecuencias reales del discurso jurídico de la autonomía privada de la voluntad en el individuo. *Revista IUSTA*, 2(49), 91-114. <https://doi.org/10.15332/1900-0448.2018.0049.04>

Willig, R. D. (1976). Consumer's Surplus Without Apology. *The American Economic Review*. 66(4), American Economic Association.

Zavala de Gonzales, M. (2015). La responsabilidad civil en el nuevo Código. *Praxis Jurídica*.