

**LOS “SESGOS CONDUCTUALES” DEL CONSUMIDOR. A PROPÓSITO DE
HANNEKE LUTH, “BEHAVIORAL ECONOMICS IN CONSUMER POLICY”,
INTERSENTIA, 2010**

Ángel Carrasco
Catedrático de Derecho Civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 4 de diciembre de 2014

El modelo

1. Este libro no es el primero, ni el último, relativo al tratamiento conductual de las decisiones de compra del consumidor. Tiene la ventaja que da cuenta de lo que hay, con la parcial originalidad (en mi opinión poco sugestiva) original de un tratamiento *behaviorista* del Derecho relativo a las cláusulas abusivas. La *Behavioral Theory of Economics* ha nacido y se ha desarrollado como un modelo alternativo al de la Ciencia Económica Clásica, para la cual el operador económico (comprador, inversor) actúa racionalmente mediante decisiones que maximizan su utilidad. La gente tomaría decisiones sobre la base de preferencias estables y consistentes, y estaría en condiciones de adquirir y valorar óptimamente la información necesaria. Según la teoría económica clásica (*Rational Choice Theory* o *Expected Utility Theory*), el mercado es capaz de producir y asegurar este tipo de racionalidad si los derechos están bien definidos y la información es plenamente accesible, a poco que el Derecho ayude para la eliminación de dos típicos fallos de mercado, a saber, la existencia de costes de transacción y la asimetría informativa.

2. La regla de la *full disclosure* en los mercados de consumo se ha convertido en la bandera de enganche de todas las tendencias normativas de protección del consumidor, porque en los ámbitos normativos (básicamente el de la UE) creativos de Derecho de consumo se considera que la asimetría informativa institucional es la razón de ser de un Derecho especialmente protector del adquirente no profesional de bienes y servicios. Se aprecia en los arts. 60 y concordantes de la LGDCU, en la Ley de Crédito al Consumo de 2011, en la Directiva 86/2011, en la Directiva MiFID ii de 2014, etc. En la jurisprudencia española reciente relativa a servicios y productos de inversión (swaps, preferentes, obligaciones convertibles, productos estructurados/Lehman Brothers, etc) el mito de la información salvadora de la asimetría llega a su paroxismo, como demuestran recentísimos ejemplos del TS en contratos de swap y de productos estructurados-

Lehman Brothers, que acaban condenando sin razón a la entidad emisora o comercializadora. Cuando no se ha suministrado todo el arsenal informativo prescrito, se condena porque no se ha suministrado; cuando se ha suministrado, porque se ha hecho de una forma maquinal; cuando así no ha sido, porque no se ha explicado personalmente. Este paroxismo pretende justificarse – muchas veces sin decirlo abiertamente- mediante la realización hipotética por el juzgador de un test de causalidad alternativa con toda la información precisa. Se supone entonces que el inversor (minorista, no necesariamente consumidor) no habría contratado el producto en cuestión.

3. Este asunto es de la máxima importancia, aunque sólo fuera a la luz de la continuada producción de jurisprudencia del TS sobre estos extremos, con diversidad de criterios decisivos y con la constancia evidente de una fractura de pensamiento entre los diversos magistrados de la Sala 1ª. Pero no es ahora el objeto de esta pequeña nota, y el Cesco seguirá trabajando en este sector a la luz de las enseñanzas y carencias de la nueva normativa MiFID.

4. Sólo queremos poner ante el lector curioso cuál es el bagaje de “sesgos cognitivos” típicos reconocidos por la literatura de la cual el libro de LUTH es un correcto sumario. Con efectos ilustrativos me limitaré a exponer la lista de *sesgos* que la doctrina expuesta encuentra en la experiencia de decisiones no racionales de compra y de inversión, y que no pueden ser neutralizadas en la persecución normativa de un estado crecientemente intenso de información puesta a disposición del decisor.

Elenco

5. Una cantidad elevada de información puesta a disposición del consumidor hace decrecer la utilidad marginal de aquélla, hasta que pasa a ser decreciente. El consumidor racional en la estrategia de medios y fines tiende a ignorar todo incremento de información no procesable con un coste aceptable. Se trata de la “sobrecarga informativa”. En una obra, que aconsejo, de SCHWARTZ (*The paradox of choice: why more is less*, HarperCollins, 2004), se dan ejemplos interesantes de cómo más información puede producir el resultado de que el sujeto acabe menos informado.

6. Por lo general, las “advertencias sobre riesgo” del producto son infraestimadas por el consumidor, con independencia de la forma en que se suministre la información. Ya porque esta información sobreabunda otra información suministrada ya por el excesivo optimismo del consumidor, siempre predispuesto a creer firmemente que los riesgos probables se realizan en otros, pero no en ellos.

7. Existe un riesgo de decisión subóptima cuando el consumidor es enfrentado con más información que la que puede manejar. Un ejemplo de información con alta probabilidad de ser ignorada es la que concierne a sucesos funestos o desagradables. Esta información es frecuentemente ignorada por el consumidor, aunque debiera haber sido muy relevante para la toma de decisión.

8. En lugar de “descontar” racionalmente las contingencias futuras aplicando un factor conveniente de riesgo, la gente es por lo general superoptimista en lo relativo a las contingencias futuras. Los sucesos no probables son sistemáticamente minusvalorados, salvo cuando ya han ocurrido (*focusing effect*). Un efecto similar pero de sentido inverso es el “factor miedo”: cuando se elige qué aspectos tomar en cuenta, la gente tiene dificultades particulares con la evaluación del riesgo cuando están concernidos extremos penosos, como muerte o sufrimiento. El particular no quiere ser confrontado con estas situaciones y por ello las desecha innatamente de su mente. Entonces, o bien infraestiman el riesgo – aunque se les haya puesto delante de los ojos- o lo sobreestiman cuando, aunque improbable, se ha hecho “saliente” por alguna circunstancia, especialmente por haberse producido ya un evento de esta clase dentro de un colectivo equivalente.

9. El sesgo conocido como *hindsight* ha sido repetidas veces analizado. Según este sesgo, la probabilidad de un suceso se considera mucho más probable retrospectivamente que cuando se tomó la decisión original que comportaba ese riesgo. No sólo su probabilidad queda sobrevalorada, sino su pertenencia *típica* a un producto o servicio, cuando en el fondo la asociación entre el activo y el riesgo sea objetivamente menor o no exista.

10. El sesgo de la autocomplacencia nos hace aparecer el futuro esperanzador, minusvalorando las posibilidades de que las cosas salgan mal.

11. La información procesada tiende a ser *confirmatoria* de nuestras ideas previas, que los acontecimientos nuevos corroboran, desdeñándose la información que es contraria a nuestras creencias.

12. La *miopía* de sucumbir ante gratificaciones inmediatas nos impide esperar pacientemente la obtención de beneficios futuros, una vez más como prueba de que los individuos tienden a no descontar adecuadamente los futuros (en este caso *descuento hiperbólico*). Esto ocurre, por ejemplo, con los “préstamos de día” y otras operaciones rápidas y a corto plazo, que proyectadas en el futuro son costosísimas y abusivas.

13. La forma en que varias opciones son encuadradas (*framing*) pueden tener un impacto en la decisión individual. En igualdad de condiciones en cuanto al riesgo, los individuos prefieren imperiosamente evitar pérdidas que conseguir ganancias. Por esa razón, cuando una opción, que podía presentarse de ambas formas, es presentada como pérdida, el individuo es más propenso a tomar riesgos para evitarlo.

14. Cuando se ha tomado una decisión previa, el sujeto suele *anclarse* en la estimación inicial, determinando de esta forma sus decisiones futuras, sin que la marcha de los acontecimientos se utilice para reajustar estos anclajes, incluso si la información nueva es evidentemente contraria a aquéllos.

15. Sobreoptimismo y una confianza exagerada en sí mismo hace que los consumidores evalúen erróneamente el precio que pagan por productos o servicios cuyo valor sólo puede ser determinado por el uso que se hace de ellos (créditos al consumo, suscripción a gimnasios, planes de precio para servicios de telefonía móvil). Según estudios, las causas más probables de decisiones subóptimas en este sentido proceden de la confianza excesiva sobre la propia capacidad de control o sobre la futura eficiencia

16. En contrato de crédito al consumo, es notorio que el deudor suele ser excesivamente optimista sobre su capacidad para pagar y sobre la marcha de los acontecimientos futuros (salarios, desempleo, crisis matrimoniales) que pueden afectar decisivamente su capacidad de repago. En realidad, el repago de estos préstamos es *siempre más difícil* que lo que se había anticipado. Y no se trata de un veneno propio del producto, sino el resultado de una debilidad cognitiva intrínseca del contratante.

17. El conocido como *sesgo de la pertenencia (endowment effect)* crea en el consumidor un sentido de “propiedad”, de forma que, habiendo adquirido el bien, el adquirente es propenso a dar a éste mayor valor que el que le asignaría antes de la adquisición. Un ejemplo característico es la entrega con período de prueba sin compromiso de compra en determinado plazo. La “inercia” impedirá al consumidor devolver bienes o prescindir de servicios de los que hubiera preferido no disponer. El mismo fenómeno se produce cuando, inmediatamente de haber celebrado el ventajoso contrato, la parte empresarial reduce el montante de la ventaja (intereses del depósito) o aumenta sus costes.

18. Rebajas o cupones incitan al consumidor a adquirir las opciones más caras, al tomar sus decisiones sobre el precio descontado. La mayoría de las veces estas ventajas o primas asociadas al producto y realizables en el futuro no son de hecho realizadas.

19. Los consumidores suelen inducir, como un efecto placebo, mejor calidad a las medicinas que se compran caras que a estas mismas medicinas si vendidas en oferta. Esto genera incentivos adversos a las empresas para la fijación de sus precios.

20. Casi sin excepción, a un consumidor a quien se permite hacer una prueba de conducción de un coche nuevo caen en el error de proyectar incorrectamente preferencias presentes hacia el futuro, hasta que finalmente comprueba que los beneficios reales del nuevo producto son inferiores a los adelantados en la prueba.

Prognosis

21. En la selección de sesgos realizada podrá adivinar el lector que hay algunos de ellos que se pueden combatir mediante una modificación de los componentes o de las maneras de suministrar información al consumidor (cfr., para tres contratos típicos de consumo, la obra de OREN BAR-GILL, *Seduction by contract*, Oxford University Press, 2012). Otros no se pueden combatir manipulando reglas de *full disclosure*. Especialmente importa destacar que el sesgo típico (la limitadísima capacidad para procesar información adicional, importante o no importante) no se puede, por ello



www.uclm.es/centro/cesco
Noticias Consumo

mismo, combatir a su vez con más información, ya sea ésta del tipo que fuere. Sólo se puede manejar si el legislador es lo suficientemente inteligente para seleccionar como imperativos (incluso como permitidos en general, para evitar la producción de “ruido” cognitivo, prohibiendo todo tipo de información promocional que no sea la estrictamente impuesta) sólo un *limitadísimo número de factores realmente importantes* para la toma de la decisión de compra. Baste decir por ahora que desgraciadamente no es éste el camino que se viene siguiendo, ni es el modelo de “información salvadora” a que apela nuestra jurisprudencia en materia de inversiones financieras.