

El diseño de páginas web y el consumidor

Soledad García Fariña ⁽¹⁾ y
Ana Muria ⁽²⁾

Resumen: En un contexto de crecientes compras en línea, este trabajo analiza la formación del consentimiento en contratos electrónicos y examina la protección del consumidor en relaciones digitales. Se centra en cómo las técnicas de diseño web, basadas en conceptos de neurociencia, influyen en el comportamiento del consumidor. Estas estrategias plantean preguntas sobre la buena fe, la transparencia y la manipulación de la libre voluntad en las prácticas comerciales. La falta de regulaciones específicas para la contratación electrónica y el marketing digital presenta desafíos legales, especialmente en la aplicación de sesgos cognitivos. Se sugiere una protección especial para los consumidores digitales mediante regulaciones claras, educación y adaptación de normas para abordar las complejidades del marketing en línea y proteger a quienes pueden ser más susceptibles a tácticas persuasivas y sesgos cognitivos en el diseño web.

Palabras clave: Comercio electrónico - Consumidores - Neurociencia - Buena fe - Diseño web

[Resúmenes en inglés y portugués en las páginas 153-154]

⁽¹⁾ **Soledad García Fariña.** Doctora en Derecho por la Universidad Católica del Uruguay. Magister en Derecho con énfasis en Derecho Civil Contractual por la Universidad Católica del Uruguay. Especializada en Derecho y negocios digitales en la Universidad de Salamanca, España. Docente instructor de Derecho de las Obligaciones en la Universidad Católica del Uruguay. soledad.garcia.farina@gmail.com

⁽²⁾ **Ana Muria.** Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad de la República. Escribana Pública por la Universidad de la República. Magister en Derecho con énfasis en Derecho Civil Contractual por la Universidad Católica del Uruguay. Magister en Dirección de Recursos Humanos por la Universidad ORT Uruguay. analauramuria@gmail.com

I. Introducción. Justificación del tema

La Encuesta de Usos de Tecnologías de la Información y la Comunicación de 2022 de Uruguay (AGESIC-INE, 2022) reveló que el acceso a internet en los hogares de Uruguay ha crecido, pasando del 88% en 2019 al 91% en 2022. También se encontró que el 60% de los hogares cuenta con una computadora, el 90% de las personas de 14 años o más son usuarias de internet, y el 83% utilizan internet a diario. Es interesante observar que, con respecto a 2019, el crecimiento en el uso de internet se dio principalmente entre las personas mayores de 65 años y en las de nivel educativo bajo.

La encuesta también señala que, desde 2009, aumentaron los usos transaccionales de internet. El 56% de los encuestados declara ser capaz de realizar alguna compra, o transacción en general, en internet sin requerir ayuda. En 2019, el 53% había realizado algún tipo de compra en línea, cifra que asciende a 62% en 2022.

El descenso en la preferencia por comprar en persona, de 68% a 38%, es un dato significativo para el presente trabajo. Este descenso indica un claro cambio de las preferencias de los consumidores a favor de las compras en línea.

Este trabajo busca reflexionar con relación a esta nueva forma de compras de los consumidores y el rol que juega el diseño de las páginas web, orientadas por las neurociencias, en la formación del consentimiento, base de todo contrato.

En el contexto del creciente auge del comercio electrónico, se pretende cuestionar la libre formación del consentimiento en los contratos celebrados por medios electrónicos y analizar la suficiencia de las normas tuitivas de los consumidores en este tipo de transacciones en el Derecho Uruguayo, o si, por el contrario, deberían existir regulaciones específicas para abordar las complejidades del marketing en línea y el diseño de páginas web.

Para ello, se comenzará abordando la temática de la voluntad como elemento esencial de todo negocio jurídico. A continuación, se presentarán brevemente los conceptos de comercio electrónico, contrato electrónico y una aproximación al concepto de neurociencias aplicado al marketing digital. Posteriormente, se realizará una mención a normativa tradicional en Uruguay en materia de contratación general y de consumo en particular. Finalmente, el trabajo se centrará en el efecto de la neurociencia en el consentimiento en el comercio electrónico con consumidores, estudiando algunos ejemplos de sesgos cognitivos aprovechados frecuentemente en el diseño de páginas web.

II. Voluntad y negocio jurídico

La voluntad es esencial al negocio jurídico y es sobre ella que se construye la distinción entre hecho y acto jurídicos. Por tal motivo, este trabajo se centra en ella y en la formación del consentimiento en un tipo específico de acto jurídico; el contrato.

Tanto en los hechos como en los actos jurídicos puede existir plena conciencia y, aún voluntad, con relación al cambio que cualquiera de ellos opera en la realidad. Sin embargo, jurídicamente, como señala Betti (1967) la diferencia entre ellos radica en el valor o la consideración que el Derecho hace de la conciencia y la voluntad que normalmente los determina.

En el hecho jurídico, lo que se valora es el resultado independientemente del comportamiento humano. Mientras tanto, si “se toma en consideración el comportamiento del hombre en sí mismo y, al atribuirle efectos jurídicos, valora la conciencia que suele acompañarlo y la voluntad que normalmente lo determina, el hecho se deberá calificar de acto jurídico” (Betti, 1967, pág. 11).

Dentro de la categoría de actos jurídicos, se debe hacer referencia específica al negocio jurídico que supone una declaración de voluntad dirigida a estatuir un deber ser jurídico. El negocio jurídico desarrolla una regla dada por los propios interesados (que auto-componen sus intereses) y que el ordenamiento jurídico valora de manera positiva y tutela, realizando, eventualmente, las modificaciones a tales negocios que estime pertinentes. La declaración de voluntad que supone el negocio jurídico es ordenadora de la conducta de los individuos en sociedad.

Cariota Ferrara (1956) señala que negocio jurídico es voluntad dirigida a regular los intereses de la vida privada y continúa diciendo que la voluntad, en tanto ha sido manifestada, es esencial al negocio jurídico y digna de valoración. Para el autor, el negocio jurídico es “una manifestación de voluntad que se dirige a un fin práctico y que el ordenamiento jurídico tutela, teniendo en cuenta también la responsabilidad del o de los sujetos y la confianza de los demás” (Cariota Ferrara, 1956, pág. 58).

Betti (1967), en similar tenor, señala que la esencia del negocio jurídico reside en la autonomía, pero sostiene:

Se rechaza únicamente la idea de que la voluntad se encuentre, en el negocio, en primer plano, y de que la concordancia de los efectos jurídicos con la formación o razón (causa) del negocio deba también ser querida, como se pretende cuando se postula una voluntad dirigida a efectos jurídicos. (pp. 53 y 54)

El tenor de un negocio cualquiera muestra que en él se halla en primer plano, la regulación de intereses dispuesta para el futuro, mientras que la voluntad está sólo en un segundo plano, como proyectada a la finalidad práctica de aquélla; la voluntad es fuente generatriz pero no contenido del acto. (pp. 53 y 54)

De lo que se viene de ver, independientemente de que se acepte el dogma de la voluntad o la atemperación necesaria para la actuación de los intereses en sociedad, la esencia del negocio jurídico es la voluntad como declaración preceptiva y ordenadora del querer de un sujeto regulada en tanto ella resulta socialmente útil.

A. Contrato y autonomía privada

El contrato, como negocio jurídico, gira entonces en torno al concepto de voluntad o, en el pensamiento de Betti (1967) de la voluntad manifestada en tanto ello es útil para viabilizar la regulación necesaria para vivir en sociedad de los intereses de las partes interrelacionadas por el contrato. Así, el contrato, como negocio jurídico que supone el encuentro de dos voluntades distintas e imputables a partes distintas, es el mecanismo o acto de determinación o de autorregulación de dichas partes necesario para la vida de relación.

Siguiendo a Betti, para responder a la exigencia social de la circulación de los bienes y servicios es que se debe dar trascendencia a la autonomía privada, elevando a la categoría de negocio jurídico a las declaraciones de voluntad preceptivas de los individuos.

Vinculado con este tema, resulta interesante lo que este autor plantea con relación a las condiciones generales de contratación señalando que ellas son una posición intermedia entre la competencia dispositiva privada o autonomía de la voluntad y la competencia normativa legales:

Aquí las condiciones contractuales en su objetividad y la elevación de ellas a ordenamiento de un determinado sector de personas no coinciden en un único momento, sino que tienen lugar por actos separados y distantes entre sí. Los contrayentes que practican las condiciones generales de las que hablamos no constituyen ordinariamente una comunidad, un círculo de personas (la categoría profesional no tiene este carácter); y, sin embargo, puede suceder que con la repetida admisión en el contenido de los específicos contratos, las condiciones generales se transformen en “usos del tráfico”. (pág. 83)

B. Principio de libertad de la forma

Dicho todo lo anterior, es necesario referirse a la forma en que se exterioriza la voluntad. En materia de manifestación de la voluntad, rige en el derecho uruguayo el principio de libertad de la forma, esto significa que es posible manifestar la voluntad mediante cualquier comportamiento del que pueda deducirse la existencia de una determinada e inequívoca voluntad negocial. Se aceptan, incluso, manifestaciones de voluntad expresas o tácitas y, en determinadas circunstancias, el silencio como forma. Sin perjuicio de lo anterior, hay que recordar que, en algunos excepcionales negocios, nuestro ordenamiento prescribe formas especiales o regladas para la manifestación de la voluntad¹, en ausencia de las cuales el negocio deviene nulo.

La voluntad, entonces, puede manifestarse mediante la palabra escrita, el teléfono, el telegrafo, la radio, el mensajero, o de cualquier otra forma que permita exteriorizarla. Sin embargo, en tanto la propia definición de negocio jurídico supone un direccionamiento de ella, es necesario que tal manifestación se dirija a otros, no siendo posible una declaración sin destinatarios quienes deben, inevitablemente, tomar conocimiento en algún momento de la mencionada declaración. Así, la manifestación de la voluntad es un elemento constitutivo del negocio jurídico.

En todo caso, la voluntad debe ser libre.

Por todo lo que viene de decirse, es sumamente necesario entender el valor de la voluntad en los contratos y cómo se construye la voluntad contractual declarada por medios electrónicos, analizando particularmente en este trabajo, el efecto de las neurociencias y el diseño de las páginas web en la conformación de tal voluntad.

III. Comercio electrónico

Para avanzar en esta discusión, es fundamental definir los términos que utilizaremos para que haya una comunidad de entendimiento. Comenzaremos con una breve introducción al concepto de comercio electrónico, que es ciertamente más amplio que el concepto de contratación electrónica.

La Ley 34/2002 del ordenamiento español, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSI y CE) señala en su exposición de motivos que incorpora la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio y la Directiva 98/27/CE, sobre servicios de la sociedad de la información, al ordenamiento jurídico español. Aunque no brinda una definición concreta de comercio electrónico, encuadra su concepto dentro de los servicios de la sociedad de la información. Este marco incluye diversas actividades, como la contratación de bienes y servicios por vía electrónica, la gestión de subastas, compras en red, el envío de comunicaciones comerciales y el suministro de información por vía electrónica siempre que tales actividades representen una actividad económica para el prestador. El Anexo de la LSSI y CE sitúa los “Servicios de la Sociedad de la Información”, como todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario. El concepto de servicio de la sociedad de la información comprende también los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios.

Por su parte, el Real Decreto 1337/1999, de 31 de julio, por el que se regula la remisión de información en materia de normas y reglamentaciones técnicas y reglamentos relativos a los servicios de la sociedad de la información, ofrece definiciones esenciales, como las de producto y servicio. Se destaca su importancia para la regulación de información en materia de normas y reglamentaciones técnicas.

La Directiva Europea 2000/31 de 8 de junio sobre servicios de la sociedad de la información, al igual que la LSSI y CE, no define explícitamente el comercio electrónico, pero lo incluye en los servicios de sociedad de la información. Es notable su exclusión de actividades vinculadas con juegos de azar y apuestas que involucren valor monetario.

La Ley Modelo de Comercio Electrónico de UNCITRAL de 1996² (en adelante la “Ley Modelo”), en su artículo 1, establece la aplicabilidad a cualquier tipo de información en forma de mensaje de datos utilizada en el contexto de actividades comerciales. Define el término comercial de manera amplia, englobando diversas operaciones comerciales.

Así, el comercio electrónico se concibe como un espacio para el intercambio de valores mediante diversas técnicas de comunicación a distancia, como el correo electrónico, el teléfono o mensajes EDI, esto es, mediante cualquier técnica de comunicación a distancia. Es crucial subrayar la distinción clara entre contratación electrónica y comercio electrónico, siendo el primero limitado a la celebración de negocios jurídicos³.

Sobre el concepto de “comercio electrónico”, independientemente de los textos legales referidos, se pueden intentar múltiples definiciones. Autores como Altmark - Molina Quiroga (2012); Bermejo (s.f.); Feldstein de Cardenas (s.f.) ofrecen diversas definiciones que oscilan entre restrictivas y amplias sobre el comercio electrónico.

Mateu de Ros (Nieto Melgarejo, 2016) destaca que el comercio electrónico es un fenómeno jurídico que implica la oferta y contratación electrónica de bienes y servicios mediante dos o más dispositivos conectados a través de Internet.

Por otro lado, Guisado Moreno (Nieto Melgarejo, 2016) define el comercio electrónico como las transacciones comerciales electrónicas, incluyendo la compraventa entre empresarios, o entre empresarios y consumidores, utilizando medios electrónicos proporcionados por las tecnologías de la información, principalmente Internet. También abarca las negociaciones relacionadas con estos contratos, como ofertas, contraofertas y pagos electrónicos.

El comercio electrónico puede categorizarse o bien de acuerdo con los sujetos que en ellos participan o bien conforme la forma en que se ejecutan las prestaciones.

Según los actores que en él participan se destacan las siguientes modalidades de comercio electrónico:

- Comercio Electrónico Business - Business (B2B) (para el intercambio insumos ó provisionamientos);
- Comercio Electrónico: Business - Consumer (B2C)
- Comercio Electrónico: Business - Government (B2G) y
- Comercio Electrónico: Consumer - Consumer (C2C) como, por ejemplo, deRemate.com (ahora absorbido por MercadoLibre)

En base a los actores que participan en el comercio electrónico se puede también discernir entre comercio electrónico tradicional y comercio electrónico no tradicional. Al tradicional se asocia usualmente la participación exclusiva de empresas y particularmente de entidades financieras, basándose usualmente en sistemas cerrados de telecomunicación, como el EDI. Posteriormente, con la expansión de internet, y el aumento del número de interlocutores que participan en el comercio electrónico, surgen las nuevas tipologías ya referidas; comercio entre comerciantes y consumidores, comerciantes y administración, etc.

En atención a la forma de ejecución del contrato, el comercio electrónico puede ser:

- Directo: Cuando la entrega del bien o el cumplimiento del servicio se realiza on-line
- Indirecto: Cuando la entrega del bien o desarrollo del servicio se realiza en el domicilio del acreedor.

En torno a esta clasificación resulta de interés lo comentado por De Cores (2021), que señala que, en una primera etapa, una internet subutilizada sirvió meramente como forma de comunicación, por lo que los contratos celebrados a través de su uso no aparecían sustancialmente diversos de aquellos celebrados en el comercio jurídico tradicional ya que la tecnología era simplemente un medio de comunicación. (comercio electrónico indirecto) Sin embargo, señala que, con las representaciones virtuales o digitales, Internet se fue constituyendo en algo más que un medio de comunicación “para configurar un espacio autónomo en interacción con la realidad física: bits interactuando con átomos” (pág. 85), (comercio directo).

Otra clasificación del comercio electrónico puede hacerse según el entorno tecnológico en el que se lleva a cabo y como cualquier otro contrato, los contratos celebrados en el comercio electrónico pueden ser negociados o no negociados. Dentro de estos últimos,

se encuentran los llamados *Click and Wrap Agreements* que son los de utilización más extendida en el comercio electrónico y a los que también se referirá este trabajo aunque brevemente.

IV. Contrato telemático o electrónico

La esfera de los contratos electrónicos, celebrados a través de medios electrónicos, telemáticos o informáticos, ha ganado relevancia en la era digital. Según Feldstein de Cardenas (1995, pág. 21 y ss) la especificidad de estos contratos radica en la peculiaridad de su celebración y perfeccionamiento, donde la oferta y aceptación se llevan a cabo mediante dichos medios. A pesar de esta particularidad, los elementos esenciales del negocio jurídico, como el consentimiento, objeto y causa, permanecen inalterados, manteniendo la coherencia con los principios generales del derecho contractual.

En la legislación europea, la Directiva 97/7/CE⁴ define los contratos a distancia, que incluyen aquellos celebrados por medios electrónicos, como aquellos entre un consumidor y un proveedor sin presencia física simultánea. Por su parte, la LSSI y CE ofrece una definición precisa: “Contrato celebrado por vía electrónica” o “contrato electrónico” comprende aquel en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos conectados a una red de telecomunicaciones.

En el contexto argentino, el Código Civil y Comercial (artículos 1105 y siguientes) aborda los contratos celebrados a distancia, considerando aquellos concluidos entre un proveedor y un consumidor mediante medios de comunicación a distancia, tales como postales, electrónicos y telecomunicaciones.

Resulta crucial destacar que, a pesar de la innovación en la forma de expresión de la voluntad, los grandes principios y conceptos del derecho contractual no sufren alteraciones sustanciales. En la definición de contrato electrónico, se hace referencia a la falta de presencia física simultánea de las partes, aspecto fundamental en la legislación tanto europea como argentina.

Por último, diversas voces doctrinarias enriquecen la comprensión del contrato electrónico. Caffera (2003), en Uruguay, destaca que se habla de contrato electrónico cuando los medios electrónicos son el instrumento para perfeccionar o cumplir el contrato. Hocsman (2003) amplía la definición, incluyendo transacciones comerciales por diversos medios electrónicos, como fax, télex, teléfono, EDI e Internet.

V. Aproximación al concepto de neurociencia aplicado al marketing digital

Como se refirió en la introducción, los avances tecnológicos propiciaron la aparición de nuevos hábitos sociales y de consumo. Esto, como se señala en un trabajo de Matías Martín (2019, pág. 3), derivó en el surgimiento de un nuevo modelo de gestión empresarial en el que todas las actividades se enfocan en el consumidor, donde lo más importante es la

satisfacción de sus necesidades y la percepción que tienen los clientes de las empresas (Muñoz, 2014). Las empresas, por tanto, deben orientarse a implementar estrategias más individualizadas en vez de que dirigirlas a mercados masivos como se hacía tradicionalmente. Asimismo, estos avances han revolucionado el mundo del marketing y de la publicidad presionando a las empresas a buscar técnicas innovadoras que les permitan diferenciarse de la competencia. Uno de los avances más relevantes en este campo ha sido la aparición del Neuromarketing, una nueva disciplina basada en el empleo de la neurociencia para el estudio del comportamiento del consumidor en las decisiones de compra. (Canales, 2013) Como señala la ya referida autora, los avances, particularmente, del neuromarketing se pusieron en práctica en 2001, particularmente de la mano de Coca Cola y Delta Airlines. Sobre neurociencia particularmente, Salazar, C. (2011) dice que :

Se trata del estudio del funcionamiento del cerebro durante las decisiones de la compra de un producto, de cómo las personas eligen; se investiga la respuesta cerebral a los estímulos publicitarios y/o diversos tipos de mensajes culturales; se miden los resultados de las acciones desarrolladas en términos de ventas, de percepción de marcas, de preferencias, considerando en ello el inicio y el final del proceso de consumo. Tiene como sostén las emociones, las sensaciones subjetivas vinculadas a estímulos sensoriales que se activan en el momento del consumo, por debajo del nivel de conciencia, y en la conciencia misma, que actúa en todo momento. (pág. 146)

La neurociencia, entiende, como menciona el referido autor que el consumo de cualquier producto responde a un proceso complejo que involucra fenómenos socioculturales y la predisposición y el comportamiento desde su constitución biológica, así como la participación de lo cultural. Y se dedica a estudiarlos.

VI. Impacto del diseño web orientado por la neurociencia en el consentimiento del consumidor en el comercio electrónico

A. Sobre los principios del comercio electrónico

El comercio electrónico se rige por diversos principios, entre los cuales se encuentran la equivalencia funcional, el principio de neutralidad tecnológica, el principio de buena fe, la libertad contractual y la inalterabilidad del Derecho preexistente. En Uruguay, el artículo 3 de la ley 18.600 establece que “dichos principios generales servirán también de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las disposiciones pertinentes”.

Con relación al principio de inalterabilidad del derecho preexistente, el artículo 23.1 de la LSSI y CE declara que la contratación electrónica no pretende alterar las normas jurídicas generales sobre las obligaciones y contratos del Código Civil español. Sin embargo, ello no impide que la contratación electrónica presente una serie de problemas en relación con la formación del consentimiento, que deben ser atendidos.

Es precisamente en el vínculo de este principio con el de libertad contractual y el de buena fe que se centrará este trabajo.

El principio de actuar de buena fe no difiere, en su extensión, de la forma en que se utiliza en otras áreas del régimen de los contratos. De acuerdo con Gamarra (2006), la doctrina distingue en la noción de buena fe dos variedades: la buena fe subjetiva y la buena fe objetiva. La buena fe subjetiva implica un estado mental caracterizado por el error y la ignorancia, mientras que la buena fe objetiva implica una norma de comportamiento. Esta norma de comportamiento no es privativa del comercio electrónico, sino que, por el contrario, debe observarse en él, como consecuencia de ser una norma que regula toda la actuación en sociedad, entramada con el principio de responsabilidad y de confianza.

Es indiscutible el valor del concepto de buena fe en nuestro Derecho. Gamarra (2011) menciona varios fragmentos del derecho positivo donde figura contemplada la buena fe. Entre ellos, cita el artículo 1291 del Código Civil uruguayo como punto de partida. Continúa señalando el artículo 1565 del mismo cuerpo normativo, en materia de restituciones, al excepcionar la reprivatización en caso de objeto o causa ilícita, con un claro juicio valorativo del vicio. También menciona el artículo 1288 del Código Civil, que establece la obligación de informar durante la ejecución de los contratos, o como fundamento de la responsabilidad precontractual. Demás está señalar el artículo 32 de la Ley de Relaciones de Consumo (17.250), que, en juicio de Gamarra, no aporta nada nuevo.

Por su parte, Ordoqui (2017) señala que, si bien no se cuenta con alguna disposición que diga explícitamente que los contratos deben interpretarse según las pautas de la buena fe, ello surge de la vigencia plena de este principio general y sustancial de derecho (artículos 16 y 1291 del Código Civil). Continúa diciendo que interpretar de buena fe lleva a que cada parte pueda confiar en el significado del acuerdo, resultado de haber actuado con la debida diligencia. No se puede pretender, a la luz de la buena fe, ni más ni menos que lo debido conforme la neta inteligencia de las cláusulas contractuales.

Es interesante señalar la posición de Caffera (2018), quien entiende que las referencias al concepto de buena fe subjetiva en el derecho positivo uruguayo son pocas. Sin embargo, no desconoce que el principio de buena fe, con función integradora, rige en nuestro derecho. Caffera explica que la buena fe es integrada a nuestro derecho como regla de reconocimiento del derecho uruguayo.

Al principio de libertad ya se hizo referencia en este trabajo por lo que aquí simplemente se dirá que tiene como consecuencia, justamente, la respuesta del ordenamiento jurídico de permitir la creación de negocios jurídicos entre las partes, dotándolos de coercibilidad y pleno reconocimiento, salvo excepciones que deben tener, entonces, origen legal únicamente.

Tal como destaca Hocsmán (2005), en la contratación electrónica se presenta una serie de problemas en relación con la formación del consentimiento, es decir, la manifestación de la voluntad de las partes para celebrar un contrato. En particular, en las relaciones de consumo, para la protección de los consumidores y de modo tal de preservar su libertad de autodeterminación, es destacable la existencia de ciertos deberes de información.

A continuación, a la luz de estos principios, se pasará a la mención de algunos casos o ejemplos del comercio electrónico en donde la neurociencia tiene un claro rol.

B. Neurociencia y diseño web: la experiencia del consumidor

B1. Sesgo de falta de atención

En el diseño de páginas web es común observar la utilización de conceptos neurociencia con el objetivo de influir de manera efectiva en el comportamiento de los consumidores. Estos conceptos se apoyan en el entendimiento de los sesgos cognitivos inherentes al ser humano.

Al comprender y aplicar estos sesgos cognitivos en el diseño de páginas web, se busca influir de manera sutil pero significativa en las decisiones y acciones de los consumidores. Esto va más allá de la estética visual y se adentra en la psicología del usuario, creando interfaces y experiencias que están diseñadas para trabajar con la forma en que el cerebro del consumidor procesa la información y toma decisiones.

Uno de los sesgos más utilizados en el diseño de páginas web es el “falta de atención”, que refiere a la tendencia de las personas a pasar por alto o no prestar atención a ciertos elementos, especialmente aquellos que no son inmediatamente evidentes o que requieren esfuerzo adicional, como la redirección a otros sitios web.

En el caso *Specht vs. Netscape Communications Corp*, algunos demandantes descargaron un programa de software gratuito desde el sitio de Netscape, el cual transmitía información personal a Netscape. Al considerarlo una violación del derecho a la privacidad, algunos usuarios demandaron a Netscape. La defensa de Netscape se basó en que la licencia del software establecía el arbitraje como medio de resolución de conflictos.

Sin embargo, el tribunal determinó que los demandados no estaban vinculados por el contrato de licencia, ya que no lo habían aceptado explícitamente.

Para descargar el software, los usuarios solo necesitaban visitar el sitio de Netscape y hacer clic en el botón de descarga. La licencia solo era visible si el usuario se dirigía al margen inferior de la página, donde se le solicitaba revisarla. Al hacer clic en este botón, el usuario encontraba un vínculo que lo llevaba a otra página para conocer los términos del contrato. El caso plantea la cuestión de si se otorgó efectivamente el consentimiento, considerando las particularidades del diseño de la página web. En términos de neurociencia, este caso destaca cómo el diseño de la interfaz y la presentación de información pueden influir en la percepción y toma de decisiones de los usuarios, subrayando la importancia de una presentación clara y accesible de los términos y condiciones para garantizar un consentimiento informado.

B2. Sesgo de escasez-Prueba social

El sesgo de escasez, también conocido como sesgo de urgencia, es una táctica psicológica que también se utiliza con frecuencia, por ejemplo, en páginas de reservas de alojamiento o venta de entradas, para incentivar a los usuarios a tomar decisiones rápidas. Esta estrategia se basa en crear una percepción de escasez del producto o servicio ofrecido.

Este sesgo se aprovecha de la psicología humana, ya que las personas tienden a valorar más aquello que perciben como escaso o limitado. La sensación de perder la oportunidad de obtener un beneficio o experimentar un evento exclusivo puede generar ansiedad en los consumidores, llevándolos a tomar decisiones impulsivas.

También las reseñas de otros usuarios son otro elemento esencial del diseño de páginas web, ya que influyen de manera decisiva en la decisión de compra de los consumidores. En la era digital, la información y las experiencias de otros usuarios están al alcance de todos, por lo que es importante que las páginas web incluyan reseñas auténticas y relevantes. La prueba social se basa en el principio psicológico bien establecido de que las personas tienden a confiar en las acciones y opiniones de los demás cuando están indecisas. En el contexto del comercio electrónico, las reseñas en línea son una expresión tangible de prueba social y una herramienta valiosa que puede ayudar a los consumidores a tomar decisiones de compra informadas. Sin embargo, es importante que las reseñas sean reales y verificadas, para no inducir a error al consumidor.

B3. Sesgo de anclaje

También es frecuente encontrar que en el diseño de páginas web se utiliza el “sesgo de anclaje”, también conocido como “efecto ancla”. Este fenómeno psicológico se manifiesta cuando las personas toman decisiones basadas en la primera información que reciben, que actúa como un punto de referencia para sus percepciones y evaluaciones subsiguientes.

Un ejemplo de esto se observa cuando se publicitan ofertas aparentemente especiales, en las que el anuncio inicial de un precio más alto, aunque sea ficticio, funciona como el ancla. Aunque el precio rebajado puede ser el real o estándar, la presencia de un precio ficticio inicial puede hacer que la oferta parezca más atractiva y valiosa de lo que realmente es. Este sesgo de anclaje puede influir en las decisiones de compra al dirigir la percepción del consumidor hacia un sentido de ahorro, a pesar de que la oferta puede no ser tan significativa como se presenta en realidad.

B4. Otros ejemplos

Otro ejemplo distinto para mencionar en el diseño web, se observa en el sitio de Apple, en donde menos es más y se busca evitar las distracciones del consumidor. En general, esto sucede en todas las páginas web cuando se va a realizar la compra. Se pretende que el consumidor se distraiga lo menos posible para realizar la compra.

Mayores dudas plantean las denominadas “cookies”, que desempeñan un papel fundamental al recopilar y almacenar información sobre las preferencias y comportamientos de los usuarios. Al rastrear la actividad en línea, las cookies permiten a los sitios personalizar la experiencia del usuario, ofreciendo contenido relevante y anuncios dirigidos, los que de alguna manera conducen la voluntad del consumidor hacia determinados productos.

Al conocer las preferencias de los usuarios, los anunciantes pueden presentar productos o servicios específicos que se alineen con los intereses y necesidades individuales. No obstante, el uso de cookies para la publicidad dirigida también plantea preocupaciones éticas y de privacidad. La información recopilada puede ser utilizada para crear perfiles detallados de los usuarios, lo que podría influir en sus decisiones de compra de manera más efectiva.

C. Implicancias jurídicas del diseño web y el consentimiento del consumidor

Los ejemplos reseñados son sólo algunos de los casos en los que se observa la influencia de conceptos de la neurociencia en el diseño de páginas web y plantean diversas interrogantes desde una perspectiva jurídica, particularmente en relación con el consentimiento y los derechos de los consumidores.

Desde la óptica del principio de buena fe, fundamental en las transacciones precontractuales, surge la pregunta de si la utilización de afirmaciones diseñadas para explotar sesgos cognitivos constituye una violación de este principio. ¿Están estas afirmaciones induciendo a la contratación y determinándola bajo engaños? La aplicación de técnicas de diseño que buscan influenciar las decisiones de los consumidores plantea cuestionamientos sobre la transparencia y honestidad en las prácticas comerciales.

En el caso específico de *Specht vs. Netscape Communications Corp*, la falta de visibilidad de los términos del contrato y la ubicación estratégica de la información plantean cuestiones sobre la existencia del consentimiento otorgado por los usuarios. Este caso destaca cómo el diseño de la interfaz puede influir en la percepción y toma de decisiones de los usuarios, llevando a la necesidad de una presentación clara y accesible de los términos y condiciones para garantizar un consentimiento informado.

La estrategia de utilizar sesgos como el de escasez y anclaje para incentivar decisiones rápidas de compra también plantea consideraciones legales. ¿Están los consumidores realmente tomando decisiones de manera libre y voluntaria, o están siendo influenciados de manera manipulativa? La línea entre influencia persuasiva y manipulación puede ser delgada. Iguales preguntas se pueden realizar con relación a la inclusión de la prueba social en las páginas web.

En este punto, independientemente de cuál sea el instrumento en materia de comercio electrónico y protección de consumidores de que se trate, se destacan como deberes del oferente: el deber de información previa y el deber de información posterior a la celebración del contrato (o también deber de confirmación documental o acuse de recibo como ya se mencionó).

La información que se suministre, conforme principios generales, deberá ser ajustada al principio de buena fe y reunir los caracteres de veracidad, suficiencia y eficacia, así como claridad y sencillez que permita su fácil e inequívoca comprensión. La información deberá facilitarse por cualquier medio adecuado al mecanismo de comunicación a distancia y el empresario o profesional tiene el deber de permitir el almacenamiento y reproducción posteriores de la información a cuyo suministro esté obligado. Las técnicas usadas como las mencionadas y las frases ya también referidas que explotan el sesgo de escasez, sin perjuicio de no referirse al producto o servicio que se contrata, parecen claramente reñidas con el principio de buena fe.

En el orden nacional, en la ley 17.250, el deber de información en las relaciones de consumo se encuentra regulado en los artículos 6, 15, 17 y 20. Sin embargo, no está regulado con el mismo detalle que la regulación europea en la materia, con mención de la información a ser provista en los casos de contratación electrónica por lo que esto, se entiende que es un punto que debería ser mejorado en el ordenamiento nacional.

Particularmente, el artículo 6 prohíbe la publicidad engañosa y señala que se entiende por ella a la contenida en mensajes publicitarios que sea entera o parcialmente falsa, o de cualquier otro modo, incluso por omisión de datos esenciales, sea capaz de inducir a error al consumidor respecto a la naturaleza, cantidad, origen, precio, respecto de los productos y servicios.

Las situaciones descritas no parecen quedar incluidas en el marco del artículo 6, primeramente, por ser dudosa su calificación como publicidad, y en segundo término porque no refiere a la naturaleza, cantidad, origen o precio de los productos.

En cuanto al uso de cookies para la personalización y publicidad dirigida, las preocupaciones éticas y de privacidad entran en juego. Aunque estas herramientas pueden mejorar la experiencia del usuario, la recopilación de datos detallados plantea preguntas sobre el consentimiento informado y el respeto a la privacidad del usuario. ¿Los consumidores son plenamente conscientes de cómo se están utilizando sus datos, y han otorgado su consentimiento de manera libre y consciente?

Por tanto, la aplicación de sesgos cognitivos en el diseño de páginas web plantea desafíos legales significativos en relación con el consentimiento, la transparencia y la ética en el entorno digital. Estos desafíos se ven acentuados por la falta de adaptación de las normas tradicionales a las complejidades del marketing en línea.

VII. Reflexiones finales

A partir del análisis efectuado, surge la pregunta sobre si el consumidor digital debería recibir una protección particular o si las estrategias de marketing digital constituyen simplemente otra variante del marketing tradicional, sin diferencias significativas.

Por un lado, las estrategias de marketing digital pueden considerarse similares a las estrategias de marketing tradicional en el sentido de que ambas tienen como objetivo influir en el comportamiento de los consumidores. Sin embargo, existen algunas diferencias importantes entre ambos tipos de marketing que pueden justificar una protección especial para los consumidores digitales.

En primer lugar, el marketing digital es más intrusivo que el marketing tradicional. Los consumidores están expuestos a anuncios digitales en todo momento, incluso cuando están navegando por internet, utilizando sus redes sociales o jugando juegos en línea. Esto significa que los consumidores tienen menos control sobre la información que se les presenta.

En segundo lugar, el marketing digital puede ser más difícil de identificar que el marketing tradicional. Los anuncios digitales pueden ser muy elaborados y pueden parecer parte del contenido de la página web en la que se encuentran. Esto puede dificultar que los consumidores distingan entre la información objetiva y la información comercial.

Además, el marketing digital puede ser más personalizado que el marketing tradicional. Los proveedores de bienes y servicios pueden utilizar la información que recopilan sobre los consumidores para crear anuncios que sean más relevantes para sus intereses. Esto

puede hacer que los consumidores sean más propensos a responder a los anuncios, incluso si son engañosos o manipuladores.

La poca alfabetización digital de los consumidores puede agravar estos problemas. Los consumidores que no son alfabetizados digitalmente pueden ser menos conscientes de las estrategias de marketing digital y pueden ser más propensos a ser engañados o manipulados. Esto es especialmente cierto en el caso de los adultos mayores y las personas de educación baja, que son las franjas etarias en las que ha venido aumentando el uso de internet, como lo demuestra la encuesta por AGESIC-INE (2022).

En este contexto, entendemos que se justifica una protección especial para los consumidores digitales mediante la implementación de regulaciones claras y educación dirigida. Es necesario abordar la alfabetización digital de manera integral, proporcionando recursos y programas de educación que empoderen a los usuarios y les permitan tomar decisiones informadas en el entorno digital. Además, las regulaciones específicas deben adaptarse para abordar las complejidades del marketing en línea y el diseño web, y proteger a aquellos que puedan ser más susceptibles a las tácticas persuasivas y sesgos cognitivos utilizados con frecuencia.

Notas

1. Las que no se deben confundir con las formas requeridas para la prueba.
2. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico es un instrumento elaborado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en consideración del creciente número de operaciones de mercado celebradas por vía electrónica y como elemento para ayudar a todos los Estados a fortalecer la legislación que rige el uso de métodos de comunicación y almacenamiento de información sustitutivos de los que utilizan papel y a preparar tal legislación en los casos en que carezcan de ella.
3. Esta es la opinión mayoritaria de los doctrinadores, entre ellos, Cuétara, J. M y Echevarría J.M; Davara M.A. citados por Camacho Clavijo, Sandra (2005) *Partes intervinientes, formación y prueba del contrato electrónico*, Madrid, España, Reus Editorial, ISBN 84-290-1425-X
4. Directiva 97/7/CE del parlamento europeo y del consejo de 20 de mayo de 1997 relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (DO L 144 de 4.6.1997, p. 19)

Referencias bibliográficas

- AGESIC-INE. (2022). *Encuesta de usos de tecnología de la información y comunicación 2022*. Montevideo.
- Altmark, D., & Molina Quiroga, E. (2012). *Tratado de Derecho Informático* (Vol. II). Buenos Aires, Argentina: La Ley.

- Bermejo, G. D. (s.f.). *La protección del consumidor en el comercio electrónico*. Obtenido de www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/la-proteccion-del-consumidor-en-el-comercio-electronico
- Betti, E. (1967). *Teoría General del negocio jurídico*. Madrid, España: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Caffera, G. (2018). *Obligaciones*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Cariota Ferrara, L. (1956). *El negocio jurídico*. Madrid, España: Aguilar.
- De Cores, C. (2021). Incumplimiento contractual en el mercado digital. *Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, 83-103.
- Feldstein de Cardenas, S. (1995). *Contratos internacionales*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Feldstein de Cardenas, S. (s.f.). *Contratación Electrónica Internacional. Una mirada desde el Derecho Internacional Privado*. Obtenido de http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/scotti-comercio_electronico.pdf
- Gamarra, J. (2006). *Tratado de Derecho Civil Uruguayo* (Vol. XI). Montevideo, Uruguay: FCU.
- Gamarra, J. (2011). *Buena fe contractual*. Montevideo, Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria.
- Hocsman, H. S. (2005). *Negocios en Internet (E-commerce - Correo electrónico - Firma digital)*. Buenos Aires: Astrea.
- Matías Martín, A. (2019). *Neurociencia aplicada al consumidor*. Recuperado el 29 de Noviembre de 2023, de <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/31218/TFG%20-%20MatAas%2C%20MartAn%2C%20Alejandra.pdf>
- Nieto Melgarejo, P. (2016). El comercio electrónico y la contratación electrónica. Bases del mercado virtual. *Revista Foro Jurídico*, 15, 54-76. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/19835>
- Ordoqui, G. (2017). *Buena fe contractual*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Rippe, S., Creimer, I., & Delpiazzo, C. y. (2003). *Comercio electrónico. Análisis jurídico multidisciplinario*. (J. C. Faira, Ed.) Buenos Aires: BdeF.
- Salazar, C. (2011). La neurociencia del consumidor como horizonte de investigación, conceptos y aplicaciones. Un enfoque paradigmático. *Universidad & Empresa*, 13(21), 143-166. Recuperado el 6 de diciembre de 2023, de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=187222420007>

Abstract: In a context of increasing online purchases, this work analyzes the formation of consent in electronic contracts and examines consumer protection in digital relationships. It focuses on how web design techniques, based on neuroscience concepts, influence consumer behavior. These strategies raise questions about good faith, transparency, and the manipulation of free will in business practices. The lack of specific regulations for e-procurement and digital marketing presents legal challenges, especially in the application of cognitive biases. Special protection for digital consumers is suggested through clear regulations, education and adaptation of standards to address the complexities of online marketing and protect those who may be more susceptible to persuasive tactics and cognitive biases in web design.

Keywords: E-commerce - Consumers - Neuroscience - Good faith - Web design

Resumo: Num contexto de aumento das compras online, este trabalho analisa a formação do consentimento nos contratos eletrónicos e examina a proteção do consumidor nas relações digitais. O foco é como as técnicas de web design, baseadas em conceitos da neurociência, influenciam o comportamento do consumidor. Estas estratégias levantam questões sobre a boa fé, a transparência e a manipulação do livre arbítrio nas práticas empresariais. A falta de regulamentações específicas para a contratação pública eletrónica e o marketing digital apresenta desafios jurídicos, especialmente na aplicação de preconceitos cognitivos. Sugere-se protecção especial para os consumidores digitais através de regulamentações claras, educação e adaptação de normas para abordar as complexidades do marketing online e proteger aqueles que podem ser mais susceptíveis a táticas persuasivas e preconceitos cognitivos no web design.

Palavras-chave: E-commerce - Consumidores - Neurociências - Boa-fé - Web design

[Las traducciones de los abstracts fueron supervisadas por el autor de cada artículo.]
