

# PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR SIN EL DERECHO

Omri Ben-Shahar\*

*En este importante trabajo, el profesor de la escuela de leyes Omri Ben-Shahar, de la Universidad de Chicago, explora mecanismos alternativos al sistema de protección al consumidor basado en remedios contractuales. Sin embargo, el autor revela también que, en la práctica, existen diversos mecanismos que surgen espontáneamente, sin necesidad de un diseño legal específico, y que suelen proteger mejor a los consumidores que los cuerpos normativos protectivos. En un contexto en el que parece concebirse a la protección al consumidor como una tarea puramente legislativa, el autor asume la tarea de cuestionar esta tendencia.*

Imagine contratos estandarizados entre proveedores y consumidores redactados unilateralmente y que únicamente pueden ser ejecutados contra una de las partes y no la otra. Usted probablemente pensaría que me refiero a que serían oponibles únicamente contra los proveedores y no los consumidores –una versión extrema de la visión de la protección al consumidor es que se anda pregonando–, pero tengo en mente el contrato opuesto,ponible únicamente en perjuicio de los

---

*Revista de Economía y Derecho*, vol. 9, nro. 36 (primavera de 2012). Copyright © Sociedad de Economía y Derecho UPC. Todos los derechos reservados.

\* El autor es el profesor Frank & Bernice J. Greenberg de la Escuela de Leyes de la Universidad de Chicago. Asimismo, es director del Institute for Law and Economics de la Universidad de Chicago y editor del *Journal of Legal Studies*. Este artículo fue publicado originalmente en la revista *Regulation*, del Cato Institute, vol. 33, nro. 2, verano de 2010. El presente trabajo ha sido traducido al español por el profesor Gustavo M. Rodríguez García con la debida autorización del autor y del Cato Institute.

consumidores, no contra los proveedores. Los consumidores estarían atados por efecto del contrato, sin posibilidad de escapar de sus obligaciones o de las letras pequeñas, tendrían que pagar el precio estipulado en el contrato, las tasas ocultas, obedecer cualquier término restrictivo (en tanto sea legal), comprometerse durante todo el tiempo del servicio, y así. Los proveedores, por otro lado, no estarían legalmente obligados a cumplir lo que prometieron y los consumidores afectados estarían imposibilitados de ejercer cualquier derecho que aparece en lo que normalmente concebimos como “el contrato” –ni el tiempo de entrega ni la política sobre devoluciones ni la garantía y ni siquiera la conformidad del servicio en sí mismo–. No existiría remedio impuesto por las Cortes de naturaleza alguna.

¿Cómo podría tener sentido esto por lo menos como experimento mental? La realidad del mercado ya es tal que los proveedores gozan de mayor poder y sofisticación que los consumidores. Ciertamente, son los consumidores –no los proveedores– quienes necesitan protección. Los consumidores están menos informados, cuentan con menos recursos, padecen problemas de acción colectiva y en el agregado se encuentran en menor posibilidad de asegurar el cumplimiento de su parte del acuerdo. El derecho de contratos debería remediar esta asimetría, no reflejarla. Entonces, ¿por qué deberíamos considerar despojar a los consumidores del poder de demandar por una ruptura de las promesas desarmándolos aún más en contraste con sus poderosos oponentes proveedores?

Sostengo que el concepto de contrato de un solo sentido es un vehículo útil para generar dos revelaciones esenciales. La primera revelación es una metáfora descriptiva que captura mucho de la realidad de las relaciones entre negocios y consumidores. La segunda revelación es normativa y sugiere que una gravitación mayor hacia un modelo de contratos de un solo sentido podría, de hecho, beneficiar a los consumidores. En lugar de incrementar el número de remedios legales que los consumidores tienen al amparo del derecho de contratos (la meta de buena parte de la abogacía por la protección al consumidor), deberíamos pensar en otros mecanismos para monitorear las relaciones entre negocios y consumidores que –a diferencia del derecho de contratos– realmente funcionen.

## 1 El problema de los contratos entre consumidores y proveedores

¿Qué puede hacer un consumidor cuando el proveedor con el que ha transado rompe el acuerdo? ¿Qué pasa si el proveedor no ejecuta sus obligaciones –digamos– y se rehúsa a actuar adecuadamente a la luz de una garantía o una política de devoluciones? La solución prominente del derecho de contratos es el *enforcement*. Los consumidores están en posibilidad de plantear demandas, pretender remedios e, incluso, combinar sus pretensiones en acciones de clase asegurando recuperaciones sustanciales, pero los impedimentos propios del escenario contractual son significativos. La mayoría de los reclamos son de poco valor, y no merecen el tiempo ni el costo de los procedimientos legales. La habilidad para plantear grandes acciones de clase únicamente es aplicable a casos de violaciones sistemáticas. Cuando los reclamos de un individuo son pequeños, los miembros de la clase son difíciles de identificar y solo un reducido efecto compensatorio es logrado. Existe un problema no trivial en la labor de separar las demandas que tienen mérito de aquellas que son frívolas. El hecho es que, a pesar del impulso de la litigación por clase en las normas de protección al consumidor, existe una sensación dominante de que las plegarias de los consumidores no han sido escuchadas a través de la litigación.

Reforzar la protección al consumidor a través del derecho de contratos se encuentra con el problema adicional de que los proveedores pueden redactar los contratos para evadir las protecciones legales. Por ejemplo, si el derecho pretende ofrecer protecciones adicionales a los consumidores incrementando los remedios disponibles, los proveedores pueden limitar los remedios. Si el derecho instala procedimientos para asegurar el acceso a la justicia, los proveedores pueden redactar su escape a través de disposiciones sobre elección de la ley aplicable o cláusulas arbitrales obligatorias. Si el derecho considera esas cláusulas arbitrales como abusivas y las considera ineficaces, los proveedores pueden hacer cambios incrementales en las cláusulas a fin de hacerlas legalmente tolerables. El objetivo de la protección al consumidor es elusivo, los proveedores son sofisticados y bien asesorados, y, en tanto el derecho no pueda regular los contratos imponiendo términos mandatarios, no existe solución clara. La tendencia de la protección al consumidor es buscar remedios más poderosos como

el *enforcement* de la Comisión Federal de Comercio (Federal Trade Commission, FTC) o como las acciones privadas de clase. En cambio, sugiero que las soluciones provengan de una dirección diferente reemplazando la protección basada en el *enforcement*.

## 2 La plantilla

La característica básica de los contratos de un solo sentido es simple: los términos de la transacción son únicamente oponibles a favor de una de las partes: los proveedores. Así, si el consumidor rompe los términos del contrato –digamos– no realiza el pago a tiempo, los proveedores pueden pretender remedios legales. El proveedor puede demandar al consumidor, emplear agencias de cobro y adoptar cualquier medida de autoayuda que sea legalmente aceptable, pero si los proveedores rompen los términos del acuerdo –digamos– no realizan una entrega a tiempo o entregan bienes o servicios no idóneos, el consumidor no puede pretender remedios legales por incumplimiento del contrato. Otros reclamos, si están disponibles, podrían aplicar (responsabilidad civil extracontractual, administrativos, penales) pero no remedios contractuales orientados a la defensa del consumidor.

Para ilustrar:

- Una línea aérea tendría el derecho de cobrar el precio completo de sus pasajeros, pero cualquier promesa que haya hecho –de partir o arribar a tiempo o incluso transportar a los pasajeros al destino especificado– no sería legalmente oponible. Ninguno de los daños sufridos por los pasajeros consecuentemente sería recuperable durante una acción por incumplimiento contractual.
- Una compañía telefónica tendría el derecho de cobrar a tiempo el pago por los servicios, así como cualquier penalidad por resolución del contrato que resulte válida con reglas generales del derecho de contratos, pero la obligación de la compañía de proveer un adecuado e ininterrumpido servicio o de abstenerse de incurrir en violaciones a la privacidad serían no oponibles.
- Un vendedor de bienes tendría el derecho a cobrar el precio, pero los compradores no tendrían el derecho de oponer garantías expresas o implícitas, la política de devoluciones, garantías de precio mínimo, y así.

La ausencia de derechos oponibles a favor de los consumidores no significa ausencia de derecho. Incluso en un contrato de un solo sentido, los límites de los derechos del proveedor se encuentran claramente demarcados. El negocio se encuentra facultado a cobrar el precio anunciado por el servicio, no más. Si el negocio actúa fraudulentamente y cobra en exceso, el consumidor tiene el derecho de recuperar los fondos cobrados en exceso de la obligación contractual. Este es el mismo remedio que protege la propiedad de uno cuando es expropiada ilegalmente. Ya sea que se trate de un extraño o de una contraparte contractual que malversa el dinero del consumidor, la recuperación debe estar disponible.

Los contratos de un solo sentido privan a los consumidores de cualquier remedio contractual, pero dejan intacto cualquier otro remedio legal que no se sustente en el contrato. En primer término, algunas prácticas anticonsumidores empleadas por los proveedores podrían violar las leyes estatales o federales de protección al consumidor, las legislaciones contra el fraude y leyes criminales. Estos cuerpos normativos suelen consagrar causas de acción independientes para las víctimas o, de otro modo, empoderan a los fiscales públicos a montar esfuerzos concertados para el *enforcement*. En segundo lugar, los negocios que malversan los activos de sus clientes, hacen cargos no autorizados en las cuentas de estos o destruyen el valor adquirido por los consumidores están generando daños. Aquí, el derecho de los consumidores no se basa en el contrato, sino en la ausencia de una obligación contractual en virtud de la cual el consumidor haya aceptado afectar su propiedad.

No todas las transacciones entre consumidores y proveedores deben estar sujetas a un régimen de este tipo. La excepción más importante es la de los contratos de seguro. Aunque estos suelen ser contratos estandarizados en los que los consumidores suelen tener el típico papel pasivo y desinformado, sí proporcionan a los consumidores una gran ventaja. Cuando el riesgo asegurado se materializa, el consumidor tiene mucho a su favor y una amenaza creíble de demandar (reforzada por la disponibilidad de daños punitivos por negativa oportunista a atender un reclamo). Aquí los remedios contractuales son al mismo tiempo prácticos e intimidantes.

### 3 Sustitutos para la protección al consumidor

Despojar a los consumidores de su derecho a perseguir remedios legales en casos de incumplimiento debilita su titularidad contractual y reduce su valor. ¿Cómo se ajustarían los mercados para ocuparse de la cuestión de la inseguridad de los consumidores? ¿Qué protecciones emergen para sustituir la protección legal?

**Transacción rediseñada.** Los consumidores tienden a preocuparse por poner mucho dinero en juego cuando todo lo que obtienen a cambio es una promesa que no es legalmente oponible. Al reconocer que no tienen recursos legales, los consumidores podrían estar renuentes a pagar por adelantado y esperar una entrega a tiempo y conforme a lo ofrecido. En cambio, los consumidores podrían requerir (y los proveedores podrían satisfacer tal requerimiento) una secuencia diferente de pagos y compromisos para reducir la magnitud de las pérdidas de los consumidores en el escenario en que sean estafados. Una forma simple de lograr ello es difiriendo el pago hasta que se logre alguna medida de satisfacción para el consumidor. A los consumidores se les proporcionaría una gama más sustancial de derechos, como a inspeccionar el valor de los bienes o servicios o a rechazar aquellos que no resulten idóneos; todo ello antes de efectuar algún pago sustancial. En lugar de pagar y luego confiar en promesas y seguridades –la garantía legal que ya no será vinculante–, los consumidores únicamente tendrían que pagar ante un estado de satisfacción verificable.

Para atraer a los consumidores, los proveedores tendrían que reforzar los derechos de los consumidores para inspeccionar y rechazar productos. Los proveedores podrían delinear las transacciones en pequeños pedazos y conferir efectivamente a los consumidores múltiples oportunidades de salida de estas. Por ejemplo, un contrato de telefonía móvil de largo plazo podría originar una estructura “paga a medida que avances” sin compromiso alguno, y dar a los consumidores el derecho a perseguir sus razonables expectativas cambiándose a otro proveedor. Los productos podrían ser vendidos con periodos de prueba gratuitos u ofrecidos en partes –arrendado en lugar de vendido–, lo que reduciría la ansiedad del consumidor ante un posible mal funcionamiento. Estos diseños permiten a los consumidores confiar en el simple mecanismo de la autoayuda –detener el pago–. En efecto, muchas compañías ya ofrecen arreglos de este tipo. Al tratar

de atraer a consumidores conscientes de estos compromisos contractuales repletos de sorpresas desagradables, las compañías de comunicaciones se verían incentivadas a proveer un servicio de telefonía y cable que se pudiera cancelar en cualquier momento sin penalidad. Es bastante revelador que el término de mercado para este tipo de acuerdos sea “Sin contrato requerido”. Los consumidores reciben la protección deseada con menos contrato.

No todas las transacciones pueden evolucionar hacia transacciones parte por parte o transacciones que permite la terminación a voluntad por parte de los consumidores. Los automóviles, por ejemplo, ya son ofrecidos vía *leasing*, pero el compromiso requerido a los consumidores es extenso, al menos, de varios años. Un compromiso de menor duración –el alquiler de un carro– es desproporcionadamente costoso no solo por los costos de transacción involucrados, sino también por problemas de información asimétrica y problemas de incentivos. Sin embargo, los mercados pueden experimentar con pequeños compromisos que no sean desproporcionadamente costosos. Por ejemplo, muchos consumidores arriendan Zipcars<sup>1</sup>, blindados de cualquier acuerdo de largo plazo, sin incurrir en el costo desproporcionado y con sorprendentes bajos costos de transacción. Los mercados experimentan con diseños inteligentes que reducen los costos de transacción involucrados en contratos delineados a medida.

**Bonos privados y seguridades.** Si se percibe que una transacción involucra algo de riesgo de no cumplimiento o de confiscación, los consumidores pueden optar por bonos privados y seguridades para garantizar el pago. De una manera limitada, los minoristas ya ofrecen este servicio. Si compra un producto en Macy’s y lo encuentra inadecuado de algún modo, puede devolverlo a la tienda sin mucho fastidio y recibir un reintegro. Que el fabricante haya hecho un producto defectuoso y se rehúse a repararlo es de consecuencia menor para el consumidor que puede devolverlo a la tienda minorista y recibir atención adecuada. Minoristas exclusivos empaquetan una forma de seguridad y cargan una prima adecuada según la generosidad del plan. Las tiendas de descuento, por el contrario, suelen ofrecer esto de forma separada.

¿Qué ocurre si el propio minorista es el negocio irresponsable? Nuevamente, la innovación de mercado provee de soluciones. En internet, intermediarios especializados en servicios para la protección al consumidor ya están emergiendo. SquareTrade, por ejemplo, garan-

tiza compras de bienes electrónicos en internet de una forma relativamente barata y sin mucho fastidio. Complementan los términos de la garantía ofrecida por el minorista o fabricante (probablemente el más importante derecho que tiene un consumidor) con su propia garantía de reparación y reemplazo. Su servicio es fácil de presupuestar y comprar, y los reclamos son relativamente sencillos de administrar.

De forma similar, las compañías de tarjetas de crédito ofrecen a los compradores una protección por compras normalmente limitada a un periodo de noventa días a partir del día de la compra. Hacen esto para inducir a los compradores a hacer compras que de otra forma no haría y a emplear su tarjeta de crédito como forma de pago. Otros intermediarios de pago hacen lo mismo. Por ejemplo, PayPal ofrece un plan de protección al comprador (Buyer Protection Plan), que reembolsa a los compradores el precio total y los costos de envío en el supuesto que plantee un reclamo fundado contra el vendedor.

Las plataformas de mercado proveen de protecciones a los consumidores que entran en sus dominios. Por ejemplo, eBay Motors ofrece a los compradores decepcionados un fondo del cual pueden recuperar el pago perdido si el comprador los defrauda, hasta en 50.000 dólares. Esta cobertura es ofrecida de forma gratuita para la mayoría de automóviles adquiridos. Como intermediario entre muchos compradores y vendedores, eBay puede monitorear la conducta de los vendedores en nombre de los compradores. Puede (y lo hace) cargar a los vendedores por el costo del programa de protección al consumidor, pero puede diferenciar el precio según el récord de cada vendedor, a causa de la cual podrá expulsar a vendedores que incumplen sus obligaciones, con lo que evitará abusos futuros. Así, eBay no solo cumple una función de aseguramiento, sino también de monitoreo y disuasión. Los vendedores en eBay tienen un incentivo fuerte por proteger la integridad del mercado en el cual operan, dado que así atraen más consumidores. Al configurar su propio procedimiento de resolución de disputas, los intermediarios como eBay y Visa operan efectivamente como agentes de *enforcement* sofisticados en beneficio de consumidores dispersos y poco sofisticados.

**Seguros.** Como cualquier medida del riesgo, el incumplimiento de contrato es un riesgo que genera oportunidades para el seguro. Si la remoción de remedios legales impone riesgos mayores en los consumidores, existirá una demanda creciente por cobertura contra este tipo de situaciones –un seguro contra la mala actuación del proveedor–. Y

si los patrones de este riesgo pueden ser medidos y predichos de forma sistemática, las compañías de seguros brindarían esta cobertura.

A diferencia de los servicios de garantía extendida discutidos previamente, la cobertura por seguros puede ser vendido como “paraguas” –aplica a toda una clase definida de transacciones entre proveedores y consumidores en las que el asegurado entraría durante el término de la póliza–. Podría atar a la póliza de seguro inmobiliario, por ejemplo, otro riesgo cubierto –el riesgo de incumplimiento de contrato–. En este contexto, las aseguradoras tomarían deberes que van más allá de una cobertura pasiva. Un deber obvio sería administrar los reclamos y separar los válidos de los frívolos. En muchas áreas, este papel de verificación es precisamente el arte en el que las aseguradoras operan mejor. Los planes de seguro médico, por ejemplo, no son más que mecanismos de administración de reclamos (los riesgos son asumidos por los empleadores). Los investigadores de los seguros tienen un acceso superior a evidencia respecto de los méritos de un reclamo individual *ex post* respecto de las Cortes y, ciertamente, mejor que el departamento de atención al consumidor del negocio que vendió el producto carente de idoneidad. Y dado que la aseguradora tiene una sanción significativa para los reclamos frívolos –incrementar primas futuras despojando de cobertura adicional–, puede desincentivar mejor tales reclamos que otros potenciales administradores de estos.

Otra función obvia para las aseguradoras de incumplimientos contractuales es la de asegurar eficientemente el riesgo. Las aseguradoras cuentan con mayor información sobre la probabilidad de un reclamo potencial –la tendencia del asegurado a plantear reclamos–, dado que pueden mantener registros del índice de reclamos pasados por asegurado o inferir esto a partir de otras conductas relacionadas. Mientras que la garantía de SquareTrade puede, como máximo, agregar información sobre un vendedor particular o un producto en particular, una aseguradora puede cruzar la misma información con el registro de cada asegurado. Es más, las aseguradoras cuentan con infraestructura para agregar información a través de la industria, algo que otros intermediarios de seguridades no tienen.

Las aseguradoras pueden desincentivar la mala conducta de los proveedores mediante amenazas –digamos– de consignar en una lista negra a todo aquel negocio que exhiba una alta incidencia de reclamos, y se rehúsen a asegurar sus transacciones en el futuro y, así, alertar a los consumidores para que el riesgo de incumplimiento sea más saltante.

Las aseguradoras pueden redactar exclusiones del tipo “esta póliza no cubre compras en la Compañía X”. Dado que las aseguradoras pueden agregar y compartir información actual sobre el riesgo de incumplimiento que cada negocio reporta, estas listas negras pueden ser confiables. O, si las listas negras son desagradables, una práctica diferente puede ser ofrecer un menú de primas: la prima del seguro puede ser de 400 dólares si se aplica a todas las compras, pero solo de 100 dólares si aplican una serie de exclusiones. Las aseguradoras, por ejemplo, pueden proveer una lista de negocios en los que los contratos se encuentran plenamente asegurados y aplicar un deducible significativo o tope ante incumplimientos de contratos con cualquier negocio que no se encuentre en esa lista.

**Ratings.** Los servicios de *rating* proveen a los consumidores de información valiosa y, lo más importante, desconocida: cuán satisfactoria será su experiencia. Al descansar en evaluaciones ya sea de expertos o en el agregado de experiencias previas de consumidores, los sistemas de *rating* proveen una predicción sobre la satisfacción futura. Los *ratings* son ya una práctica de mercado asentada. Por ejemplo, al reservar un hotel *online*, Expedia establece un *rating* de los hoteles a través de varios atributos (ejemplos: limpieza, servicios, confort) sobre la base de los comentarios de los consumidores. Al decidir cómo votar en las elecciones, los votantes pueden revisar cómo un candidato es clasificado por el Fondo de Defensa del Medio Ambiente o por la Asociación Nacional de Rifles. Al escoger un restaurante, Zagat ofrece un puntaje y una división simple de características que reflejan la calidad de un establecimiento respecto de su seguidor. Al comprar un nuevo vehículo, Consumer Reports provee una variedad de *ratings* sobre el desempeño, la seguridad, la durabilidad y las recomendaciones generales. Cuando compra bienes de un vendedor *online*, varios intermediarios ofrecen *ratings* que ayudan a los compradores a predecir la calidad del bien vendido y su confiabilidad. Cnet, por ejemplo, refiere a los comparadores que buscan aplicaciones electrónicas a varios vendedores y modelos, y los clasifican sobre la base de una serie de parámetros que afectan la satisfacción de los consumidores y consideran la experiencia de compradores previos. Así, eBay emplea un sistema de *rating* bien conocido de cada vendedor, que consiste en informar el número de ventas previas, el porcentaje de consumidores satisfechos y su puntaje sobre la base de varias dimensiones de satisfacción. De hecho, es difícil pensar en transacciones de mercado que no estén

sujetas a *ratings* de consumidores o expertos: películas, restaurantes, música, libros nuevos, vendedores de libros usados, pizzas, cafés, dentistas e incluso profesores de derecho.

La ventaja de estos sistemas de *rating* es que enfatizan en aquellos aspectos que el consumidor promedio y los usuarios realmente valoran más, los factores que predicen el grado de satisfacción *ex post*. Es más, las técnicas que proveen de agregados relevantes y confiables es probable que continúen floreciendo. Es posible imaginar que incluso el contrato de los proveedores o la experiencia legal puedan ser clasificados –qué tan buena es la garantía y el servicio de reparación o el reembolso, qué tan efectivamente respondió el vendedor ante problemas en el servicio, si había comisiones, tasas ocultas o cargas sorpresivas en las letras pequeñas del contrato, etcétera–. En la medida en que los consumidores quieren saber de estos aspectos por adelantado, los sistemas de *rating* pueden proveer esta información.

Sistemas de *rating* y puntajes similares basados en la reputación han adquirido una gran importancia en el comercio electrónico, y el funcionamiento interno de estos esquemas de *rating* se ha perfeccionado gracias a servicios exitosos como eBay, Amazon y Expedia. La razón por la que el comercio en internet descansa tanto en *ratings* y la reputación es que, precisamente, los remedios por incumplimiento son más débiles en contextos de transacciones por internet. Los negocios son remotos, poco familiares, pequeños, de bajo capital y a veces se dedican a la venta de bienes usados o reconstruidos u ofrecen descuentos significativos –todos son factores que normalmente incrementan la aprehensión de los consumidores y requieren seguridades adicionales–. No existe mucho más que la ley pueda hacer para ayudar a un consumidor que ha sido defraudado por un negocio informal. Los contratos aquí son percibidos como de un solo sentido, por efecto del diseño legal, sino por limitantes prácticas. Es bastante elocuente, entonces, cómo el descenso pragmático en el empleo de remedios legales tradicionales ha ido de la mano con un asombroso incremento del empleo de *ratings* o sistemas de puntaje basados en la reputación.

## 4 Contratos de un solo sentido en la realidad

Un régimen contractual de un solo sentido no es tan bizarro como podría creerse a primera vista. Existen numerosas transacciones con

consumidores que se configuran mayormente sin contratos, al menos, sin aquellos que protegen a los consumidores.

Consideren, por ejemplo, las compras en los supermercados. Existe, por cierto, un contrato legal entre el consumidor y la tienda. Pero, a diferencia de otras transacciones con consumidores, en los supermercados no existe contrato estandarizado involucrado ni página web en la que uno deba presionar “Sí acepto” y no hay términos adicionales del servicio adheridos al trato. ¿Qué tan a menudo los consumidores demandan a los supermercados? Prácticamente no existen disputas contractuales que requieran de procedimientos ante la Corte, ni daños, ni garantías expresas, ni problemas de riesgo de pérdidas –en resumen, ninguno de los problemas legales que acompañan la venta de bienes–. En cambio, existe un trato: paga el precio y el bien es tuyo. Algunos supermercados ofrecen comodidades como la oportunidad de devolver un producto defectuoso luego de una posibilidad razonable de inspeccionarlo, normalmente, como una cortesía hacia los clientes y no porque la tienda pueda ser demandada.

Existen otras áreas en las que el derecho de contratos no tiene ningún papel. Considere a los taxistas o a los restaurantes. Busqué en internet los casos analizados en Nueva York y no encontré ningún caso sobre incumplimiento de contrato que fuera exitosamente planteado por consumidores contra compañías de taxis o restaurantes. Los supermercados, las compañías de taxi y los restaurantes pueden tener una sustancial responsabilidad legal hacia los consumidores: responsabilidad civil extracontractual por daños, responsabilidad por fraude ante prácticas engañosas, responsabilidad por violación de normas de libre competencia, responsabilidad por vulneración de regulaciones de seguridad y sanidad, y más. En estas áreas, el *enforcement* –incluso si es iniciado de forma privada– es viable porque la magnitud del remedio es sustancial, pero estos reclamos atienden otro tipo de problemas, no el de incumplimiento de una promesa.

## 5 Conclusión

Mi propósito en este artículo es ir más allá de los paradigmas comunes de los proponentes del libre mercado. Por ejemplo, que la competencia entre empresas o que la educación de los consumidores y la revelación de información pueden afianzar la integridad de las tran-

sacciones y mejorar la satisfacción de los consumidores. En lugar de ello, he destacado algunos mecanismos alternativos que, con independencia de la competencia o la divulgación de información, pueden sustituir la protección legal a los consumidores.

Mi tesis es más ambiciosa que meramente identificar sustitutos para el *enforcement* contractual. Después de todo, el hecho que existan los sustitutos no es una razón para eliminar uno de los mecanismos sin importar cuán ineficientes sean. En cambio, considero que los consumidores pueden beneficiarse de la eliminación del mecanismo de *enforcement* contractual. Es en interés de los consumidores que puedan transar en un régimen legal que los despoje del poder de obtener remedios contractuales por incumplimiento mientras que, al mismo tiempo, se preserva el poder de los proveedores de hacer oponibles los contratos. La remoción de un mecanismo de protección reforzaría los otros mecanismos y proporcionaría a los consumidores una protección más robusta en el agregado. En una versión más extensa de este trabajo (“One-Way Contracts: Consumer Protection Without Law”) explico por qué las protecciones sustitutas se desarrollarían de forma más lenta en presencia de una protección legal percibida.

Hay un ángulo importante desde el cual la idea de los contratos de un solo sentido se torna un mero experimento mental. Los argumentos desarrollados aquí son exploratorios por naturaleza. No he medido, analítica o empíricamente, cuánta protección se perdería y cuánta se ganaría como consecuencia de la remoción del *enforcement* contractual. De hecho, he dejado algunas fronteras respecto de la extensión de este régimen de forma vaga precisamente porque el valor del *enforcement* contractual puede variar. La ganancia de este experimento mental, incluso si no proporciona una fórmula definida para la reforma legislativa, es proporcionar luces sobre los factores que importan cuando hablamos de protección al consumidor.

Aunque este artículo toma una posición bastante escéptica del papel del derecho de contratos en la protección al consumidor, de ningún modo es un manifiesto anticonsumidor. Al contrario, la tesis de los contratos de un solo sentido es amigable con los intereses de los consumidores, dado que sugiere que una protección significativa puede y debe lograrse como consecuencia del diseño de sustitutos más potentes. En el interior del derecho de contratos, el apremio de los consumidores suele ser visto como un fundamento para reforzar el *enforcement* contractual y para potenciar el acceso de los consumi-

dores a remedios por incumplimiento de contratos. La idea de los contratos de un solo sentido sugiere que esta es una prioridad desorientada que pretende extraer frutos del árbol equivocado. En lugar de ofrecer a los consumidores una reivindicación de sus derechos, acceso a la justicia o el derecho a estar informado gracias a mandatos de revelación de información, este artículo toma la realidad de la ausencia de *enforcement* como dada y considera formas de superarla. Implica cultivar sustitutos más potentes que puedan ayudar a los consumidores.

## NOTA

- 1 Nota del traductor: Zipcar es una empresa que aplica un sistema de compartición de vehículos. Una persona puede alquilar un vehículo incluso por horas. Mediante el empleo de una Zipcard, los beneficiarios pueden acceder al vehículo (la tarjeta sirve para abrir los seguros de las puertas del automóvil). Una vez finalizado el tiempo solicitado, el beneficiario debe dejar el vehículo en el sitio asignado (donde fue recogido), para que otro beneficiario pueda, con su Zipcard, abrir el vehículo y utilizarlo.