
LOS SISTEMAS DE CONTRATACIÓN ENTRE LOS INFORMALES

Enrique Gherzi

Profesor de Análisis Económico del Derecho en la Universidad de Lima. Miembro de la Sociedad Mont Pelerin. Académico adjunto del Cato Institute en Washington, Estados Unidos.

El presente artículo forma parte de un estudio más amplio, llevado a cabo por el autor en la ciudad de Lima. Se basa en el método Delphi-informante calificado, para el cual se realizaron 350 entrevistas con dirigentes significativos del sector informal, pertenecientes a pueblos jóvenes, el comercio ambulatorio, el servicio de transporte urbano y la microindustria.

El propósito de la investigación fue establecer las características generales de los sistemas de contratación utilizados por los informales y, en la medida de lo posible, determinar si se habían desarrollado contratos informales típicos. Se utilizó como premisa metodológica estudiar el comportamiento jurígeno de los individuos, con prescindencia de la legalidad formal, con el propósito de poder comparar los contratos utilizados por los informales con los contratos establecidos por la ley.

Este estudio trata de hacer una descripción positiva y no normativa de cómo contratan los informales, con el fin de generalizar las características de la contratación y hacer un paralelo con los contratos establecidos por la legislación o la doctrina. Sugiere la existencia de algunos contratos informales típicos, como el de trabajo, transporte y depósito. Analiza sólo aquellos contratos regidos por la normatividad extralegal y no los que resultan de una aplicación normal de la ley. No quiere decir cómo deberían ser los contratos, sino cómo son los contratos.

1. LA NORMATIVIDAD EXTRALEGAL

Un punto del estudio de la informalidad en el que por lo general no se repara es que ésta no se ha limitado a producir un conjunto de actividades económicas, sino que ha generado, también, las reglas encargadas de regularlas.

Si el derecho es un mecanismo de información, la falta de derecho implica, desde luego, un aumento de la incertidumbre. Teóricamente, en esta situación, los costos de transacción deberían ser tan altos que las actividades económicas no podrían llevarse a efecto. Empero, la ley no es el único mecanismo generado de normas en una sociedad, sino que se generan de muchas formas. Por otro lado, los contratos a pequeña escala y la costumbre, a una mayor, son otros sistemas de reducción de costos de transacción que, aunque no tienen la eficiencia de la ley, pueden generar un orden suficiente para hacer posibles cierto tipo de transacciones.

En los sistemas jurídicos anglosajones está muy claro que no hay una sola fuente del derecho, sino que son varias y a la vez competitivas: la costumbre, la jurisprudencia de los tribunales y las leyes. Sin embargo, en los sistemas jurídicos romano-civiles esta percepción no es tan clara. Se confunde constantemente derecho con ley, en circunstancias en que ésta es solamente una de las formas de producirlo. Obviamente, esta confusión se orienta en el sentido de reforzar y el afán de justificar los poderes del Estado, pero no altera la realidad.

Sin embargo, en nuestros sistemas jurídicos, la producción de derecho también es competitiva. Lo que ocurre es que se ha reforzado el monopolio del Estado como productor de leyes y minusvalorado la importancia de la jurisprudencia. Pero la fuer-

za de la costumbre como fuente alterna y competitiva del derecho frente a la ley es real y efectiva, sólo que no necesariamente se produce en cualquier contexto. De hecho, el contexto predilecto parece estar ahí donde existe una cantidad significativa de actividad informal.

En términos generales, la costumbre se convierte en una fuente efectiva de derecho cuando el costo de la legalidad excede su beneficio. Dicho de otra manera, cuando los individuos, puestos en la posición de realizar determinada actividad económica, encuentran que el costo de la legalidad es mayor que el costo de la transacción, recurrirán a prácticas jurídicas diferentes para reducirlos y éstas, una vez ampliadas a determinados grupos, se convertirán en una costumbre generadora de derecho.

Son conocidos por los estudiosos del derecho los casos en que la costumbre es una importante fuente normativa, especialmente en el ámbito comercial o mercantil. No obstante, se trata de casos reducidos a pequeños segmentos de la población, en los cuales la costumbre *secundum legem* o *praeter legem* alcanza un nivel de aceptación considerable por el desarrollo de ciertas actividades económicas. No es el caso de la informalidad, en el que, precisamente, es el desarrollo de una costumbre *contra legem*, la que ha venido a convertirse en el sistema jurídico con vigencia social.

A este fenómeno se le ha llamado "normatividad extralegal". Regula desde la adquisición de la propiedad y organización de la invasión, en el caso de los asentamientos informales, hasta el régimen contractual, organización de los turnos, sistema laboral y repartición de utilidades, en los casos de la industria, el comercio y el transporte informales, respectivamente.

Ocuparía muchas páginas describir en forma exhaustiva las características de la

normatividad extralegal. Empero, es importante precisar, al menos, sus rasgos fundamentales. Se trata de una normatividad basada en acuerdos contractuales más o menos explícitos entre las diferentes personas que comparten la actividad formal: un mismo pueblo joven, una "paradita" de ambulantes o un comité de microbuses.

Sin embargo, hay una característica esencial en la normatividad extralegal. A saber, que no proviene de fuentes monopólicas sino competitivas; a diferencia de lo que sucede con la ley que, por definición, es producida monopólicamente por el Estado. En la posición inicial donde los individuos celebran los contratos originarios de la normatividad crean, a su vez, una organización encargada de aplicarlos. Esta organización, a su turno, administra y prepara acuerdos complementarios o modificatorios de los contratos originarios para adaptar constantemente la normatividad extralegal a la realidad. En estas tareas las organizaciones informales compiten entre sí, tratando de ofertar bienes públicos de mayor valor e interés para las personas. Éstas, por su parte, se afilian o desafilian a tales organizaciones, teniendo en consideración la calidad de los beneficios que les ofrecen; lo que, a la postre, provoca una competencia muy fuerte entre las propias organizaciones, puesto que, a su turno, ellas dependen de su propia capacidad de convocatoria para tener importancia en el mercado político.

A diferencia de lo que sucede con la normatividad legal, la extralegal no se origina en el monopolio de un único generador de normas sino en una pluralidad de productores que se ven forzados a mantener y a elevar sus estándares para conservar o acrecentar su vigencia política. La normatividad extralegal resultante es, así, fruto de una competencia regulatoria descentralizada entre una pluralidad de orga-

nizaciones informales generadoras de normatividad.

Asimismo, la normatividad extralegal está compuesta por normas de carácter general, no discriminatorias, aprobadas, por lo general, en asambleas regidas por el principio democrático de la mayoría simple. Dada una posición original en la que los informales no tienen manera de saber en qué los beneficiará individualmente cada una de esas normas, es muy natural que la normatividad resultante esté conformada por reglas generales y abstractas.

Igualmente, la normatividad extralegal carece de propósito redistributivo expreso y trata, preferentemente, de definir y asegurar derechos de propiedad y contratos entre los particulares. En tal sentido, busca prever problemas futuros y contiene reglas abstractas a ser aplicadas por la dirigencia de las organizaciones informales, en caso de conflictos.

En efecto, dentro de esta normativa extralegal, la dirigencia desempeña muchas veces funciones de tribunal de justicia, no descartándose la participación de la comunidad —especialmente en problemas penales— bajo la modalidad de jurados informales.

La normatividad extralegal se caracteriza, también, por constituir una organización como órgano encargado de aplicarla y ejecutar los acuerdos futuros a los que vayan llegando los individuos. En este sentido, las organizaciones informales desempeñan un importante papel promotor de las necesidades e intereses individuales que no excluyen su eventual "politización", negociando con las autoridades la concesión de todo tipo de privilegios.

Todos los pueblos jóvenes, ambulantes, transportistas y aun pequeños industriales pertenecen a algún tipo de organización que suele denominarse "sindicato", "asociación", "federación" o "confederación",

con cierta similitud con la llamada organización clasista de los sectores obreros. Para desenredar la madeja se han ensayado todo tipo de explicaciones. Pero en general, la literatura marxista tiende bien a repudiar estas organizaciones por pertenecer al "lumpenproletariado" o bien asimilarlas tácticamente a un supuesto sector popular aliado a la clase obrera y a los campesinos; cuando en realidad estas organizaciones son de una naturaleza totalmente diferente a la sindical. En puridad, no son más que órganos emanados de contratos generadores de normatividad extralegal que, en determinados contextos de masa crítica y capacidad de convocatoria respetables, participan en el mercado político como un grupo de interés más, en búsqueda de obtener del poder redistributivo del Estado los bienes públicos más satisfactorios para sus afiliados.

En ese sentido, son parientes muchos más próximos de las organizaciones empresariales o de las cámaras de comercio, que de los sindicatos, aunque se amparan en esta nomenclatura como estratagema para competir con mayor facilidad en el mercado político. Así, pues, un sindicato o una federación de informales no es más que una estrategia de marketing.

La normatividad extralegal así generada para regular la economía de mercado incipiente de los informales, contrasta paradójicamente con la que ha ido generando el Estado a través de los años para regir la economía formal, caracterizada por su intervencionismo, fuerte dosis de redistribución en beneficio de los grupos de interés con acceso al poder del Estado y la ausencia de participación democrática en su producción. En efecto, en el Perú durante los últimos 40 años, nueve de cada diez normas que han tenido que obedecer los ciudadanos, han sido producidas por el Poder Ejecutivo, sin participación democrática de

ninguna especie, trátese de gobierno democrático o dictadura.

No obstante, la normatividad extralegal es un sistema regulatorio imperfecto. Refleja una vocación social por el orden y una preferencia mayoritaria por la economía de mercado, pero carece de completa efectividad, porque le falta coacción *erga omnes*. No es seguro, como es la ley, para garantizar, por ejemplo, el derecho de propiedad. Tiene una vigencia restringida al ámbito de las personas que son miembros de la organización que provee estas reglas.

Esto, por supuesto, no quiere decir que la normatividad extralegal carezca de mecanismos de coacción o coerción para tener vigencia. De hecho, ellos existen, pero son bastante limitados en comparación con los que cuenta el Estado. Por ejemplo, frecuentemente se utiliza la presión del grupo para obligar al infractor a cumplir sus deberes o se le margina de la protección de la organización. En algunos casos muy extremos, sobre todo en asentamientos informales, la organización llega a la expulsión incluso física de la persona, autorizando la instalación de otro individuo en su lugar. Pero, en general, se trata de mecanismos improvisados que hacen que en no pocos casos se llegue a la violencia, ahí donde la normatividad extralegal es incapaz de imponerse de manera cabal.

Por consiguiente, los individuos tienen que asumir muchos costos derivados de su condición de informalidad: la falta de protección legal, no poder recurrir a los tribunales, no tener acceso al crédito ni a los seguros, soportar una incidencia mayor de corrupción de los funcionarios públicos, la falta de seguridad legal para sus derechos de propiedad y contratos, la carencia de personas jurídicas para organizar sus negocios y repartir riesgos, etc.

Adicionalmente, toda la sociedad tiene que soportar las externalidades negativas

resultantes: la carencia de una responsabilidad civil extracontractual efectiva hace que los agentes económicos no necesariamente sean responsables por todas las consecuencias de sus actos. Esto hace que no toda actividad económica privada sea, a la postre, socialmente deseable e incrementa la demanda de intervención estatal entre aquellos sectores de la opinión pública que identifican a los informales con lo anárquico.

Esto, de alguna manera, explica la paradoja de que a pesar de constituir un sector mayoritario de nuestras sociedades, los informales no sean necesariamente populares entre la opinión pública, y plantea el enorme desafío de hacer ver que los muchos defectos que aparentemente pueda tener el mercado, son más bien defectos de un Estado que ha sido incapaz de generar un orden con plena vigencia social.

La informalidad no es, pues, una situación de beneficio neto. Tiene costos enormes. Como los informales carecen en su mayor parte de derechos de propiedad, tampoco tienen los estímulos adecuados para intervenir.

De la misma manera, al estar dedicados a actividades ilegales, no utilizan contratos exigibles ante los tribunales, ni pueden constituir personas jurídicas con responsabilidad limitada y carecen de acceso al mercado de capitales.

Los múltiples defectos de la normatividad extralegal tienen consecuencias negativas en el rendimiento de las actividades informales, especialmente en lo que se refiere a su productividad. En efecto, se ha calculado que en la actualidad las deficiencias institucionales hacen que la productividad de las actividades informales equivalgan a solamente un tercio de la productividad de las formales, colocando al país muy por debajo de su frontera de posibilidades de producción.

Asimismo, por encontrarse inmersos en un mercado político que beneficia a los que logran un contacto preferente del Estado, los informales pueden desarrollar —y en efecto lo hacen— conductas tan rentistas o tan anticompetitivas como cualquier otro miembro de la sociedad.

2. RASGOS GENERALES

En la conformación de la normatividad extralegal, los contratos tienen una importancia fundamental. Si los derechos de propiedad atribuyen recursos escasos y caros, los contratos son, a su vez, medios para organizar colectiva y espontáneamente la explotación de esos recursos. El desarrollo de grandes mercados, los intercambios masivos, las prestaciones de servicios tan importantes como el transporte y la simple producción de bienes, al margen del sistema de normas de producción estatal, serían imposibles si la normatividad extralegal no fuera capaz de engendrar un orden espontáneo suficiente para regular el derecho de los contratos.

Las modalidades de contratación utilizadas por los informales son, por lo general, semejantes a las tradicionales. Ello responde obviamente a la igualdad de determinadas condiciones objetivas. Por ejemplo, el propósito de la compraventa es siempre cambiar la cosa por el precio. Vista desde sus finalidades, resulta indiferente si se hace legal o ilegalmente. Existen, sin embargo, notas características vinculadas con la formación y la ejecución de los contratos, que es menester destacar, así como acerca de las prácticas usuales que los caracterizan.

En la normatividad extralegal, los contratos son modalidades relativamente eficaces de organización espontánea. Debido a

la naturaleza del sector, se conocen básicamente los contratos llamados consensuales, porque se perfeccionan sobre la base del simple acuerdo entre las partes. Basta el consenso para generar derechos y obligaciones recíprocos de cumplimiento ineludible.

No se tienen evidencias sobre contratos que se perfeccionen con la entrega –también llamados reales– formados de acuerdo a reglas consuetudinarias. Al parecer, la entrega no es considerada relevante para perfeccionar el contrato, como ocurre en el mundo legal.

Asimismo, no existen contratos cubiertos por formalidades especiales. La contratación formal es ajena a la normatividad extralegal no siempre de manera beneficiosa, ya que las solemnidades precaven muchas veces ulteriores dificultades. Puede llamar a error el hecho de que la compraventa de terrenos en asentamientos populares deba inscribirse generalmente en registros mantenidos por diferentes organizaciones vecinales. Hay que recalcar que tal inscripción únicamente es probatoria de mejor derecho y no constitutiva ya que, en su defecto, suele subsanarse mediante empadronamientos posteriores cercanos a la fecha de titulación definitiva. A la postre, la determinación del mejor derecho no ignora la posesión inmediata de los predios.

En la ejecución de los contratos destaca la eficiencia del derecho extralegal, desde que no se cuenta con un sistema de coacción institucional para esos efectos y el acceso a los mecanismos formales de composición resulta notablemente engorroso como consecuencia de la común inexistencia de documentos probatorios.

Un sistema que no se basa en la coacción sino en la cooperación voluntaria y se sustenta, por ende, en la confianza mutua y en la reputación personal, tiene un grado significativo de eficacia. Abarata las

transacciones porque compensa las limitaciones de no estar registrado legalmente. Maximiza los beneficios del comercio. Favorece la movilidad de factores de producción, como es el caso de la transferencia de consenso, y hace posible el masivo aprovechamiento de los escasos recursos disponibles. En suma, cumple con la mayor parte de los objetivos económicos que en teoría se asignan al derecho contractual.

En general, toda la organización del sector, tanto económica como institucional, funciona sobre la base de contratos esencialmente consensuales de utilización y cumplimiento bastante generalizado.

3. ELEMENTOS COMUNES

- *Consensualidad.*- Los contratos se forman por acuerdo de voluntades e implican generalmente negociaciones preliminares. Se entiende el contrato tanto como identificación de intereses comunes o como conciliación de intereses opuestos. Esa común intención exige, asimismo, buena fe de los contratantes y el alto concepto del prestigio personal, que se cuida por encima de todas las cosas. El consentimiento prestado por una persona con reputación tiene valor incomparable frente al de otro que no la goza. Es común ver cómo se investiga la reputación de las personas antes de contratar, sobre todo en materia crediticia, dada la imperfección de los documentos y las garantías. Todo ello multiplica el mérito de la palabra empeñada y hace del solo consenso un mecanismo informal de notable eficacia.
- *Negociabilidad.*- Como en los contratos clásicos, a la oferta sigue generalmente la contraoferta, conocida como rega-

teo. Esas negociaciones rara vez involucran la presencia de asesores o, en general, de terceros diferentes de las partes. Se realizan personalmente. Son, por ello, medidas supletorias de seguridad. El relativamente bajo costo del tiempo en una economía de mercado incipiente, explica la no existencia de modalidades "estándar" de contratación que faciliten o supriman la negociabilidad.

De hecho, se desconocen mayormente las estipulaciones generales de contratación y los contratos celebrados por adhesión, aunque en algunos documentos de remisión de mercaderías parecen estarse insinuando.

- *Privacidad.*- El contrato tiene plena validez entre las partes desde que se presta consentimiento. Se descarta, de antemano, la necesidad de que dicho contrato goce de publicidad para ser válido. Basta la buena reputación. Nadie discute a las partes la existencia del contrato si ellas lo sostienen expresamente, aunque no tengan forma de acreditarlo de manera indubitable. De la misma forma, un contrato difícilmente se pretende utilizar contra terceros fuera de la relación.
- *Predominio de la oralidad.*- Como hemos dicho, no se observan formas determinadas para contratar. A lo sumo, se recurre a formalidades *ad probationem*: el contrato queda perfecto con el pacto personal, las formas son únicamente para acreditar la existencia del contrato entre las partes y oponerlo a otros individuos como, por ejemplo, recibos y documentos de remisión. En ningún caso se recurre a formalidades *ad solemnitatem*, en las que las formas serían constitutivas del acto y no solamente probatorias.

Asimismo, los contratos se perfeccionan, de manera regular, sólo oralmente. Rara vez constan por escrito. Mas, se debe advertir que aun en esas eventualidades los documentos contractuales guardan características peculiares que se examinan en párrafo aparte.

Para la contratación tradicional, tales elementos conllevarían una marcada inseguridad, debido a que la reputación personal y la confianza mutua son elementos subjetivos que carecen de valor legal frente a documentos y otros medios objetivos.

4. LA REPUTACIÓN

Las seguridades del sistema contractual, se basan en criterios ciertamente subjetivos, pero no por ello inconvenientes, dadas las limitaciones que impone actuar al margen de la ley. Hay que reconocer que la organización social que caracteriza a las actividades populares se sustenta en la cooperación voluntaria y que ella no podría funcionar si los agentes comprometidos incumplen las reglas del juego.

En el ámbito contractual, ese mecanismo institucional es la reputación, entendida como una combinación del prestigio personal y la confianza mutua. El prestigio está compuesto por numerosos factores. Se valora sobremanera el cumplimiento de las obligaciones. También la destreza en el trabajo, el comportamiento social, llamado coloquialmente participación, y el patrimonio.

En los casos en que éste es exigido, bien porque está en formación o porque resulta insuficiente, se le suele compensar con una valoración del capital humano, aunque no es extraño reputar suficiente la recomendación de otras personas confiables.

Conforme se acrecienta el prestigio, se multiplica la seguridad que se obtiene en los contratos. Todos quieren negociar con el hombre de prestigio, nadie con el que no lo es.

La mutua confianza resulta lógica consecuencia del prestigio. Se encuentra en la base de toda negociación. Es el factor que facilita el aprovechamiento productivo y confiere eficacia a las transacciones. Una persona con prestigio tiene confiabilidad. Se convierte en sujeto contractual entre los informales.

Se sustituye por un elemento subjetivo de valorización, la inexistencia de mayores seguridades objetivas porque, entre otros, un sistema legal de producción privada carece de capacidad para producir mecanismos coactivos, debido a que los costos de transferencia son relativamente bajos. A diferencia de lo que ocurre con el Estado, ninguna organización popular podría evitar que los socios coaccionados se desafilien y frustren, entonces, toda posibilidad de compulsión efectiva. Las críticas comunes que se esgrimen contra el empresario popular soslayan por completo la notable eficacia que un sistema contractual de compulsión relativa puede alcanzar.

Se puede afirmar que el único modo para abaratar transacciones, cuando el costo de la legalidad excede a su beneficio, consiste en aprovechar la cooperación voluntaria mediante prestigio y mutua confianza como reglas consuetudinarias de comportamiento, las que determinan una situación de crédito indispensable para la celebración de contratos y los intercambios subsiguientes. Asimismo, gozan de suficiente reconocimiento para compensar la imperfección de los documentos y la inexistencia de coacción. Luego, maximizan prosperidad, no limitan el acceso y confieren movilidad a los factores comprometidos. Son, en suma, la fuente secreta de la

gran habilidad para contratar, que caracteriza al empresario popular en el Perú.

Prestigio y confianza resumen, pues, las condiciones morales y económicas que las personas deben reunir para gozar de crédito en la normatividad extralegal. De no tenerlos, difícilmente se conseguirá aceptación de los empresarios populares. Será por ello menester hacer todo lo posible por recuperarlos cabalmente.

Cabe advertir la importancia que adquieren estos factores en operaciones con prestaciones inmediatas y prestaciones futuras o sólo promesa de prestaciones —como en el caso bastante difundido entre los ambulantes de las llamadas consignaciones, compraventas con pago del precio diferido y similares—. En todas esas eventualidades, si es que los interesados se desconocen, es común estudiar previa y exhaustivamente a la contraparte, a fin de establecer sus condiciones morales y económicas.

Para el efecto, los medios varían desde la petición de referencias a vecinos, conocidos u otros proveedores, hasta el espionaje del movimiento comercial por uno o dos días. De reunirse el crédito suficiente, se realiza la transacción sin mayor problema.

Resulta evidente que ese complejo proceso encarece las negociaciones, pero ello no es óbice para admitir que se trata de un recurso altamente eficaz cuando no se cuenta con la protección de las instituciones legales. Por consiguiente, se puede esperar, con fundamento, una multiplicación de estas operaciones con gran beneficio social, si se logra incorporar a la economía informal en el ámbito de la protección estatal.

Sin embargo, resta analizar qué hace que el sistema de contratos entre ambulantes funcione y sirva para millones de transacciones. La pregunta fundamental consiste en averiguar qué es lo que permite

que un consumidor contrate con un ambulante, éste con un proveedor o con otro ambulante. Qué es lo que hace posible una transacción carente de seguridades objetivas y relativamente al margen de la ley sea suficiente para permitir cierto tipo de cooperación voluntaria entre la gente. Y la respuesta a tales preguntas es que tal elemento, ciertamente subjetivo, es la reputación.

Apreciados subjetivamente cada vez que ocurre una transacción, por la formación de una costumbre, por simple información o por cualquier otro medio, estos elementos constituyen la reputación personal del comerciante. Reputación que le interesa conservar por encima de todas las cosas, en un mundo en el que si no se respetan las reglas de juego, no existe mayor posibilidad de prosperar. Prestigio y confianza son, pues, condiciones morales que las personas deben reunir para gozar de reputación en el comercio ambulatorio. Reputación sin la cual no hay posibilidad de transacciones venturosas y reputación por la cual se puede contratar eficazmente.

Cabe advertir la importancia que adquieren estos factores en el comercio informal, dado que hacen posibles los contratos de ejecución diferida; es decir, los créditos.

Habíamos visto que para atenuar las deficiencias de la inexistencia de mecanismos de coacción institucional o lo engorroso que significa el acceso a los mecanismos formales de composición, el contrato entre los informales era, preferentemente, de ejecución inmediata. Lo que significaba una severa limitación al comercio informal.

La importancia de la reputación reside, pues, en que suple, de una manera relativamente eficaz, las deficiencias que presenta el sistema.

5. VALOR DE LOS DOCUMENTOS

Pudiera parecer de la anterior descripción que la normatividad extralegal concede un mínimo valor a los documentos escritos, que podríamos llamar incipientes o imperfectos desde una perspectiva tradicional.

Ello no es más que un espejismo. El valor que se otorga a la documentación es importante. Es utilizada como medio de prueba, naturalmente limitado, pero suficiente. Se aprovecha para exigir respaldo, si es el caso, de las instituciones populares.

Los documentos, cuando existen, son generalmente claros y sencillos. Recogen el acuerdo de voluntades e identifican las prestaciones en dinero sin mayor complicación. La seguridad de contar con documentos escritos es incomparable, aunque en sentido estricto tienen diversas dificultades para ser reconocidos oficialmente.

Como se trata de documentos privados, sin el mérito decisorio de las escrituras públicas, por ejemplo, para que las autoridades judiciales les asignen valor, necesitan el reconocimiento de la contraparte. El reconocimiento requiere diligencia judicial preparatoria y se puede hacer en continente o en contenido. Entonces, se puede reconocer sólo el contenido, es decir, sólo la materia de la obligación, pero no el continente, es decir, el documento propiamente dicho o sólo el continente y no el contenido. Si la parte se niega a reconocer el documento, no queda más remedio que pedir el cotejo de las firmas por peritos caligráficos, generalmente designados por la Policía de Investigaciones. Prueba, por lo demás, bastante difícil y susceptible de resultados adversos o imprevistos.

Formas documentales de mucha difusión se limitan, por ejemplo, a cuadernos o a una especie de memoria o acta contrac-

tual en el que se detallan contratantes, bienes o servicios pactados, contraprestaciones asumidas y se designan finalidades. Así se desarrollan modalidades registrales rudimentarias que se usan con mayor insistencia en transacciones que exigen publicidad ante terceros o seguridades adicionales y en las compraventas a distancia, donde se entrega el bien por cuenta y riesgo del vendedor.

Se observa, también, un gran interés por los documentos como medio de enfrentar con buen éxito probables conflictos con autoridades, inspecciones o empadronamientos. Ello queda de relieve sobre todo en los casos de transporte de mercaderías. Cuando el mueble está fuera del ámbito de protección de normatividad extralegal generalmente observada en los pueblos jóvenes, "paraditas" o comités de transportistas, aparecen problemas derivados de la imposibilidad de acreditar el dominio mediante documentos.

No está claro si la necesidad de demostrar el dominio fuera de los límites de la informalidad es exigencia legítima de las autoridades o forma de encarecer las tasas de soborno, puesto que las reglamentaciones policiales son lo suficientemente ambiguas como para demostrar esa potestad, y se sabe que rara vez se produce el decomiso de mercaderías.

Aún así, resulta evidente que hay en la posesión mobiliaria rasgos de ineficiencia particularmente vulnerables a la voluntad oficial. Al no existir documentación sustentatoria de propiedad de bienes muebles elaborados clandestinamente, la normatividad extralegal se ve en la necesidad de generar para las autoridades documentos de remisión, medianamente aceptables, que suplan tales deficiencias.

Esos documentos de remisión de origen consuetudinario son fundamentalmente dos: las guías de remisión y las notas de

pedido. Ambos nacen de usos y costumbres comerciales, que adquieren especial importancia, como consecuencia de la necesidad de contrarrestar la fiscalización que respecto del transporte de mercaderías desatan las autoridades policiales encargadas del tránsito. A pesar de su origen, ambos documentos no pueden considerarse completamente extralegales, dado que en el ordenamiento mercantil vigente no existen modalidades documentarias taxativas ni excluyentes.

La guía de remisión sirve para garantizar el traslado y la entrega de mercaderías a distancia. Es una suerte de conocimiento de embarque para transporte terrestre. En ella se consignan destinatario, remitente, lugar de destino, descripción de la mercadería y, eventualmente, algún espacio para la aceptación de la mercadería. Todo ello hace que la guía de remisión se parezca muchísimo a lo que el artículo 345 y siguientes del Código de Comercio (C. de C.) define como carta de porte.

El C. de C. señala que la carta de porte es el título del contrato del cual se deducen todos los derechos y obligaciones invocables entre las partes. Sin embargo, el ordenamiento vigente no reputa indispensable la existencia de la carta de porte para verificar la celebración del contrato de transporte; tampoco señala forma definida para ella, sólo determina algunos elementos mínimos que se le pueden introducir sin afectar su validez.

Tal amplitud legal permite considerar la guía de remisión como modalidad contractual de la carta de porte. Así, el uso entre los informales ha introducido criterios que están en contra de las disposiciones legales. Por ejemplo, en el reverso de tales guías se encuentran impresas condiciones prerredactadas que incluyen limitaciones de responsabilidad por dolo y culpa inexcusable en favor del transportista.

Debemos señalar que estas evidencias sugieren la incipiente formación de contratos de adhesión entre los informales. No es casual que ellas ocurran, precisamente, en el ámbito del transporte de carga, porque esta actividad se caracteriza por la contratación masiva y conlleva, entonces, mayores costos de negociación que se buscan compensar a través de las cláusulas prerredactadas. Ocurre que debido a la posición de los transportistas, ellos expiden guías en las que al limitar su responsabilidad, trasladan sus costos externos a los usuarios, lo que, por cierto, no es deseable.

A pesar de ser manifiesta la ilegalidad de esas cláusulas, ellas son de uso generalizado. Adicionalmente, se tiene conocimiento de que, por lo general, tales estipulaciones no son impugnadas por portadores y remitentes, a pesar de que el derecho positivo franquea acciones fulminantes contra ellas, al menos teóricamente.

La constante utilización de las guías determina que las autoridades se acostumbren a supervisar el transporte de mercaderías exigiendo su presentación, pese a que ellas no son las estrictamente designadas por la ley. Una vez más la fuerza del derecho consuetudinario confiere una suerte de reconocimiento oficial a instrumentos nacidos básicamente de usos mercantiles, a pesar de estar frecuentemente reñidos con criterios legales, sobre todo debido a las limitaciones de responsabilidad.

Algunas guías de remisión sofisticadas adjuntan facturas, en lo que comercialmente se conoce como guías-facturas, que se utilizan para la cobranza de fletes. Entre los informales se utiliza este documento con el claro propósito de evadir tributos, como el Impuesto General a las Ventas o el Selectivo al Consumo, evitar fiscalizaciones y pasar lo suficientemente inadvertido co-

mo para no despertar suspicacias de quienes manejan el poder estatal.

Las notas de pedido, en cambio, no son documentos que acompañan a la mercadería sino que la anteceden. Se utilizan para cotizar los productos, no para respaldar su transporte. Generalmente se recurre a las notas de pedido con el propósito de no emitir facturas para evitar registros fiscales y eludir la aplicación de los impuestos que gravan el consumo.

La nota de pedido consigna la identificación del solicitante y el número de unidades que se necesitan para cerrar una transacción. Se practica incluir, también, las condiciones de precios que el vendedor exige para expedir su mercadería luego de recibida en el almacén del vendedor la correspondiente nota.

Perfeccionada la venta, la nota pierde todo relieve ya que la remisión de las mercaderías se instrumenta en la guía. Es ella la que se utiliza como respaldo para atenuar el acoso de las autoridades policiales y reducir las tasas de soborno que, en caso contrario, deberían observarse.

Es evidente que la guía de remisión y la nota de pedido demuestran rasgos de eficiencia de la normatividad extralegal, en su enfrentamiento con el control ejercido por las fuerzas del orden público. Ellas son respuestas que el derecho popular crea para compensar la imposibilidad de demostrar, mediante documentación, la propiedad de los bienes muebles elaborados por las empresas populares.

La efectividad de los documentos está dada porque, a pesar de no insertarse precisamente en las disposiciones legales vigentes, son reconocidas e incluso exigidas por las autoridades policiales a la hora de realizar una fiscalización. Evidentemente, tales documentos funcionan en el mundo popular con relativa facilidad, porque el sistema contractual definido por el nue-

vo derecho es de tipo consensual e informal y no requiere registro, si no que se limita a documentos que son soporte del acuerdo de voluntades de uso masivo y reiterado.

De otro lado, el uso contractual de títulos valores legalmente incuestionables sí se encuentra difundido. Entre ellos, se recurre con facilidad a letras, cheques y pagarés, básicamente por dos razones.

En primer lugar, el título valor acredita fehacientemente la obligación, sin importar la legalidad e ilegalidad de la transacción, porque como reza el adagio jurídico "lo que no está en el título no es de este mundo".

En segundo lugar, el título valor es un documento de muy fácil adquisición: la letra y el pagaré pueden comprarse impresos en formatos estándar en cualquier librería y el cheque, por su parte, es distribuido por los bancos al concertar un contrato de cuenta corriente, en el que no interesa la legalidad o ilegalidad de la actividad, sino la persona.

A su vez, la difusión del recibo simple es considerable. También se puede adquirir impreso en librerías e incluso en tiendas de artículos generales. Además, tampoco expresa cuál es el motivo de la obligación y, de esta manera, oculta convenientemente la existencia de actividades populares. El recibo, por lo general, no reviste mayor complejidad. Acredita únicamente pago o entrega sin referencia al vínculo contractual. Generalmente, tiene fecha cierta y lugar especial para incluir la autógrafa del recepcionante. La cancelación del recibo se considera como obligación propia de prestigio personal, por ende, de general observancia.

En todas aquellas situaciones en que la transacción se efectúa con agentes económicos existe mayor uso de documentos contractuales formales, diferentes según ca-

da caso. Mientras tanto, las transacciones entre informales no conllevan exigencia acentuada de documentos. Algunas de ellas, especialmente contratos de compraventa a distancia, contratos de trabajo o contratos de depósito, sí tienen mecanismos instrumentales medianamente definidos. Se puede sostener que en el ámbito de la contratación entre informales, cuando existen documentos, confieren seguridades adicionales a las transacciones, de manera indiferente a su estricto valor legal.

6. INCUMPLIMIENTO

Los plazos de cumplimiento normalmente no se respaldan con cláusulas penales o de castigo, intereses o resolución automática del contrato. Da la impresión de que se creyera que éste obliga siempre a su ejecución, dilatada, forzosa, fraccionada, pero siempre ejecución. Muy pocas veces ocurre la resolución del contrato.

Ello, en cierta forma, resta eficacia al sistema, pues encarece la relación. Pero revela la consistencia de los contratos en medios aparentemente inseguros, dada la ausencia de coacción y las limitaciones de los documentos.

Los plazos de entrega y observancia se precisan de acuerdo con lo pactado y con la capacidad operativa de las partes. Si bien es cierto que ése es el criterio predominante, no lo es menos que se confiere flexibilidad a los plazos. Se entiende que el retardo no es forma de incumplir, sino simple dilación permisible, con lo que se hace de lado la institución de la mora. Igual ocurre con el fraccionamiento de las prestaciones, ya que se prefiere ganar algo.

La ausencia de mora no es deseable en un régimen contractual, pero resulta difícilmente exigible fuera del ámbito de acción

estatal. La generalización de aquellas circunstancias produce que en las negociaciones preliminares el plazo sea anticipado al requerimiento real, de manera que se comprometa más favorablemente el retardo potencial.

Se tiene, también, referencia acerca de prácticas que buscan asegurar la calidad del bien o servicio de manera especial. En estos casos sofisticados en el sistema, se recurre a formas notariales de retención de riesgos que, al producirse reclamos durante un tiempo medianamente prolongado posterior a la entrega o la prestación del servicio, obligan al que los produjo a responder por ellos. Sin embargo, lo usual es que los riesgos se transfieran junto con la propiedad.

En muchos casos, la difusión del incumplimiento que consiste en que el afectado lo haga saber entre vecinos, conocidos y potenciales socios comerciales del incumplidor, es un mecanismo de efectividad incomparable, porque merma el prestigio en un medio en el cual es decisivo para las transacciones.

La aplicación de violencia privada para sancionar estos casos no parece mayormente difundida. Excepcionalmente, se plantea cómo podría suceder, incluso en el comercio legalmente establecido. Es falso, entonces, lo que comúnmente se sugiere en torno a la pretendida anarquía y ley del más fuerte, predominante en la economía informal.

Resulta obvia la dificultad que existe para intentar un cálculo del grado de eficiencia contractual existente en determinada sociedad humana. Esa dificultad adquiere grado especial si tiene por propósito hacer una comparación entre niveles de eficiencia que, por ejemplo, podrían alcanzarse en el mundo legal y en el mundo popular. Pero, de los testimonios recogidos y del conjunto de investigaciones realizadas,

se puede afirmar que los casos de incumplimiento son relativamente parecidos en el derecho popular y en el derecho tradicional. Generalmente, los contratos son ejecutados con puntualidad y precisión, pactados con antelación y sin inejecuciones que conduzcan a situaciones de conflicto.

7. CONCLUSIÓN

La informalidad no es sólo un fenómeno económico y social. También produce consecuencias jurídicas muy notables, pues está generando la aparición de órdenes jurídicos competitivos en las cuales desarrolla sus actividades una fracción cada vez creciente de personas.

Por lo general, los estudiosos ignoran esta situación y tienden a referirse al derecho como un fenómeno legislativo divorciado de la realidad, casi una figura literaria.

Sólo el estudio de la realidad jurídica, tal y como ella opera, podrá prevenirnos contra tal desviación y ayudarnos a entender los procesos sociales.