

# Algunos apuntes sobre la informalidad y la responsabilidad por productos defectuosos\*

José Luis Godoy Martínez.

Alumno del 6º ciclo de la Facultad de Derecho de la PUC.

## 1. Consideraciones Previas

### 1.1. El llamado Sector Informal

El sector informal, o mejor dicho, el sector que practica la informalidad<sup>1</sup> está dado por aquel excedente del elemento humano que, al ver truncas sus posibilidades de acceso al mundo empresarial formal, busca otras formas de auto-emplearse y así lograr subsistir. Hablamos de elemento humano ya que generalmente siempre se ha tratado de establecer una identidad entre el sector informal y la mano de obra que no logra obtener colocación en las empresas formalmente constituidas, lo cual es discutible. Existen personas -y no son pocas- que podrían haberse constituido en pequeños y medianos empresarios pero que también se vieron excluidos del sistema, por lo cual, lejos de abandonar la idea de hacer empresa, la hacen pero dentro del esquema de la informalidad. Por ello, hablar de "mano de obra" sería hablar sólo de una parte del sector informal.

A su vez, debemos señalar que dicho sector resulta ser muy heterogéneo en cuanto a las actividades que realiza o a las dimensiones de la empresa emprendida, no podemos "meter a todos dentro de un mismo saco". En este sector, que abarca tanto

actividades de comercio como de industria y de prestación de servicios, podemos encontrar desde un niño que sube a los micros a vender chocolates hasta un cambista de dólares; desde un gasfitero hasta un tipo dedicado a realizar copias "pirata" de videos y cassettes.

Cabe señalar que una característica que sí les es común es que al no operar dentro del esquema formal, se hallan también fuera del marco legal, son ilegales, lo que trae como consecuencia su difícil acceso a sistemas de crédito, de seguros, y a actividades económicas que para desarrollarse necesitan forzosamente del esquema formal, así por ejemplo, la importación de tractores. Sin embargo, al hablar de ilegales no hacemos alusión a delinquentes; aquello a lo que apuntan los informales es a llevar a cabo actividades que la sociedad necesita, una actividad que también practicarían si estuvieran en el marco formal. Tal como lo señalan Bustamante, Chávez, Grompone, Machacuay y Riofrío, "...la informalidad constituye un fenómeno masivo de desapego al cumplimiento de la ley que caracteriza a agentes económicos que no tienen la intención de delinquir"<sup>2</sup>. En nuestro estudio, pues, dejaremos de lado actividades tales como el tráfico ilícito de drogas lo que sí constituye un ilícito que no puede membretarse bajo el rubro de "informali-

\* Agradecimiento especial al Dr. Alfredo Bullard G. por su invalorable ayuda.

1. Nosotros también asumimos la posición de Hernando de Soto quien señala que "No son informales los individuos, sino sus hechos y actividades. La informalidad no es tampoco un sector preciso ni estático de la sociedad, sino una zona de penumbra que tiene un larga frontera con el mundo legal y donde los individuos se refugian cuando los costos de cumplir las leyes exceden a sus beneficios". (Hernando de Soto. *El Otro Sendero*. Lima, ILD. Séptima edición. 1987, p. 12) Ejemplo de los últimos lo tenemos en la evasión tributaria de los formales o la "contratación" de practicantes y aprendices sin mediar un contrato de aprendizaje expreso.

2. Bustamante, Alberto; Chávez, Eliana; Grompone, Romeo; Machacuay, Samuel; Riofrío, Gustavo. *De Marginales a Informales*. Lima, DESCO, 1990. p. 19.

dad". Existen, no obstante, zonas grises tales como la prostitución o el contrabando, para lo cual tendrá mucho que ver el cómo las considera la sociedad. En una sociedad como la peruana, el contrabando es tolerado y hasta alabado por un hombre promedio, en tanto que, dados los esquemas de valores religiosos y morales, principalmente católicos, la prostitución es vista como un delito, a pesar de ser ejercida en muchos casos con permisos municipales. Esto nos lleva a señalar también, que existen actividades para las cuales el Estado ha creado "sistemas legales de excepción", con lo cual los informales pueden seguir realizando sus actividades pero sin acceder necesariamente a un verdadero sistema legal que los proteja de igual manera que al formal; tal es el caso de la "sisa" instaurada por los gobiernos locales<sup>3</sup>.

En las siguientes líneas, trabajaremos con este concepto de informalidad, excluyendo las actividades delictivas pero además incluyendo al contrabando, ya que éste, al ser practicado, no genera a la sociedad la impresión de estarse perpetrando un delito -aunque formalmente así sea- sino que por el contrario la sociedad lo incentiva y lo apoya en cierta medida.

### **1.2. Naturaleza Contractual o Extracontractual de la responsabilidad por productos defectuosos.**

Siempre se ha pretendido encasillar la responsabilidad por productos defectuosos, ya sea en el ámbito contractual o en el extracontractual. Sin embargo, a nuestro entender, dichos "reinos" no son incompatibles sino que pueden suscitarse a la vez en una misma relación entre proveedor y consumidor. Veamos un ejemplo: A compra a B una linterna, la cual adolece de un defecto de fabricación que la hace inservible. En este supuesto, la responsabilidad por producto defectuoso debe ser entendida como contractual: la prestación cuya ejecución estaba a cargo de B (dar una linterna) no se ha constituido en pago, ya que ella no ha satisfecho el interés de A dándose el incumplimiento de aquello que las partes habían regulado por autonomía privada. Pero, ¿qué sucedería si la linterna comprada por A a B explotara al momento de ser encendida dejando manco y ciego a su comprador? Es evidente que en este supuesto nos hallaríamos -además- ante un caso de responsabilidad extracontractual. ¿Cuál es la diferencia con el primer supuesto? En el primer supuesto el daño está dado al ser lesionado el interés de A en tanto es parte de una relación contractual, y en tanto dicha

prestación (dar la linterna) estaba en función del interés de A, el cual no ha sido satisfecho, ergo, se atenta contra el contrato mismo. En el segundo supuesto, el daño va mucho más allá del interés contractual de A; a quien más que como contratante se le lesiona en tanto es parte de la sociedad. En buena cuenta, se está lesionando además un interés social: el bienestar de sus miembros sustentado por el deber genérico de no causar daño a otros. En el caso mencionado existe, pues, tanto responsabilidad contractual como extracontractual por parte de B.

Existen además supuestos en los que sólo se da responsabilidad extracontractual por productos defectuosos. Así por ejemplo, A compra una silla a B quien olvida señalar la advertencia de no pararse sobre ella debido a su frágil base<sup>4</sup> (pararse sobre una silla puede considerarse un uso previsible del producto)<sup>5</sup>. C, amigo de A, ayuda a éste a cambiar un foco de luz para lo cual se sube sobre la mencionada silla la cual no puede resistir su peso y se destruye ocasionando la caída y consecuentes lesiones a C. No existe relación contractual alguna entre B y C, ni puede decirse que A haya actuado como "proveedor" del producto. Este caso escapa del ámbito contractual. Supuestos como estos nos llevan a señalar que la responsabilidad extracontractual por productos defectuosos debe ser entendida entre el proveedor y el consumidor, entendiéndose por este último a todo aquél que hace uso o consume un producto expendido por el proveedor, y no reducir el esquema sólo al comprador, ya que de ser así, estaríamos asumiendo que en cada caso de responsabilidad extracontractual existe de antemano también un problema de responsabilidad contractual.

En resumidas cuentas, y a riesgo de haber hecho un análisis demasiado general del problema, éste radicaría en ver que interés se ve lesionado, aunque en varios casos tanto el interés social como el privado lo serán. La responsabilidad por productos defectuosos deviene así en un gran género conformado por dos especies: una contractual, que surge como consecuencia de haberse lesionado intereses particulares que forman parte de una relación constituida por autonomía privada; y otra, extracontractual que está dada por la lesión de un interés social que se concretiza en uno, en varios, o en todos sus miembros, y que es necesario tutelar para hacer posible la vida en sociedad. En las siguientes líneas se pondrá mayor énfasis en la responsabilidad extracontractual por productos defectuosos.

3. Hernando de Soto. Op.cit. p. 13 y 73. La sisa consisten en el pago a los gobiernos locales de un "impuesto" por el uso de la vía pública para comerciar.
4. La falta de advertencia no constituye propiamente un defecto del producto, por lo menos no en su esencia, sino más bien la forma como éste es puesto en el mercado.
5. El uso previsible de un producto no implica que sea el uso normal del mismo. Un lápiz es hecho para escribir, ése es su uso normal. Pero es previsible que los niños de las escuelas primarias lo utilicen como mondadientes. Si el material con el que se elaboró dicho lápiz es tóxico, el productor deberá indicar que no debe llevarse el lápiz a la boca. Lo mismo ocurre con la silla: es diseñada para sentarse (uso normal) pero es previsible que alguien se pare sobre ella.

## 2. Fracaso del Sistema de Regulación Administrativa en el Perú

Se tiene que, para evitar un mayor número de accidentes ocasionados por la puesta en el mercado de productos defectuosos, los Estados adoptan ciertos sistemas de control con los cuales, mediante el aparato administrativo estatal, se regula el ingreso al mercado de las empresas, las cuales para poder operar deberán reunir ciertos requisitos y cumplir con ciertas exigencias. La actividad empresarial no se ve desalentada. Al menos no es éste el fin perseguido, sino únicamente desincentivar algunos aspectos o formas de llevar a cabo el proceso productivo que generarían daños y así ser sustituidos por otros, o, que de mantenerse aún así el proceso potencialmente nocivo, se asuman los costos reales de dicha elección, dentro de los cuales se encuentran los concernientes a la responsabilidad por productos defectuosos.

En el Perú se ha suscitado una deformación de lo antes expuesto. Con el correr del tiempo, y de manera cada vez más asfixiante, las exigencias de la administración para poder lograr ingresar al mercado han ido aumentando irracionalmente; los costos administrativos que implica dicho ingreso no sólo provocaron un efecto desincentivador de los aspectos nocivos de la producción sino también de la actividad misma. Lo paradójico del asunto es que esta patológica deformación del rol que debe cumplir el sistema administrativo de controlar el acceso al mercado no se debe a que se pretenda tutelar a como dé lugar los intereses de la sociedad y desincentivar actividades que de llevarse a cabo serían altamente perjudiciales, sino que simplemente se busca con ello subvencionar el inmenso aparato burocrático estatal.

Siendo excesivamente costoso ingresar al sistema, sólo aquellos que puedan costearlo o que además necesiten imperativamente ser parte del mismo para, por ejemplo, lograr créditos, alcanzarán su propósito. Al ser reducido el mercado y no poder satisfacer la gran demanda -ya que existe un gran vacío que debió haber sido cubierto por los que no pudieron ingresar al sistema- se debería generar un incremento en la producción de las empresas. Pero, para completar el absurdo, se tiene que no es suficiente haber ingresado al sistema sino que es necesario mantenerse dentro de él, lo

cual acarrea a su vez elevados costos que el empresario debe internalizar en sus precios, truncándose así la posibilidad de expandir su mercado y aumentar su producción.

Ahora bien, hay una gran necesidad por parte de la sociedad de estas actividades absurdamente desalentadas; a su vez, quedan aún todos aquellos a los cuales les fue imposible ingresar al mercado y que no van a quedarse con los brazos cruzados. El esquema administrativo comienza a resquebrajarse creándose una economía paralela, la informal, que escapa de éste esquema. Dicho sistema ha pasado a ser obsoleto, ha fracasado, ha devenido en ineficaz debido al irracional exceso de los costos administrativos que acarrearán el acceso y la permanencia en el mercado. El control -al menos en teoría- sólo existe para los formales, los cuales estarían dispuestos a adoptar alguna forma de evadirse de éste. En la práctica tanto los formales como los informales no internalizan sus costos reales, sin embargo los costos de los primeros son mucho más elevados que los de los segundos; si el sistema funcionara la diferencia sería abismal en perjuicio de los formales.

El ser informal, tal como lo señala Hernando de Soto, implica también ciertos costos<sup>6</sup>, pero el acelerado crecimiento del sector informal que se ha venido dando nos indica que dichos costos son sobrellevables, y en todo caso no son comparables con los costos asumidos por los formales. De otro lado, existen costos que el informal debería asumir pero que no lo hace, siendo éstos subvencionados por los consumidores, tal es el caso de la responsabilidad por productos defectuosos. Al informal no le interesará jamás dejar su informalidad si en ella ve reducidos considerablemente sus costos. El meollo del asunto no está en una política represiva del sector informal con el propósito de desincentivar su crecimiento, sino en una que lleve a los informales a asumir los costos reales que conlleva su informalidad, entre ellos, el costo de los daños causados por productos defectuosos; así, como lo señala Calabresi, el daño causado por las actividades económicas realizadas por las empresas constituye un costo real que debe reflejarse en los precios de los productos y de esa manera se permita al comprador decidir si compra dicho producto o no, dentro de la teoría que él denomina "de la asignación de recursos"<sup>7</sup>. El informal aprovecha su informalidad

6. De Soto, Hernando. Op.cit. p. 195-220. Los costos que enumera De Soto son: los costos de ser ilegales, que comprenden los costos de evitar la sanción, los costos por transferencias netas, y los costos de evitar impuestos y leyes laborales; y los costos de no tener buena ley, que comprenden los costos por falta de derechos de propiedad, los costos por no aprovechar el sistema contractual, y los costos por ineficacia del derecho extracontractual.

7. Calabresi explica la "asignación de recursos" de la siguiente manera: "Si las personas desean televisores, la sociedad debería producirlos; si desean gotas de orozuz, entonces las gotas de orozuz deberían ser producidas. Y, la teoría continúa, para que las personas sepan que desean realmente deben conocer los costos relativos de producir diferentes tipos de bienes. La función de los precios es reflejar los costos reales de los bienes en competencia y así permitir al comprador dar un voto informado al hacer sus compras". Calabresi, Guido. *Algunas Reflexiones sobre la distribución del riesgo y la responsabilidad civil extracontractual*. Traducción al español de Roxana López, en *Ius et Veritas* N°3, Lima, 1991, p.63.

para crear externalidades que difícilmente serían internalizables, el problema está ahora en tratar de desarrollar mecanismos que permitan dicha internalización<sup>8</sup>, hacia ello debe apuntar un nuevo y coherente sistema administrativo, con lo que finalmente se cumplirá la función de desincentivar dichas formas nocivas de llevar a cabo el proceso productivo.

### 3. La costumbre y los usos en el Perú

Los diferentes aspectos de la informalidad, con el correr del tiempo, luego de haber sido rechazados y reprimidos violentamente, han ido poco a poco convirtiéndose en la regla general, y lo formal ha quedado circunscrito sólo a aquellos que pueden, con gran sacrificio, pagar su acceso y permanencia en el sistema, porque quieren "evitar problemas" (extorsión policial o de las mismas autoridades administrativas), o porque desean emprender empresas algo más complejas, objetivo que no lograrían alcanzar con un esquema informal (aunque tal vez con el "ingenio criollo" pronto ello sería posible). El esquema informal sólo ha soportado hasta ahora a pequeñas, y en el mejor de los casos, medianas empresas que en su mayoría son microempresas. Si por ejemplo, se pretende iniciar un negocio de importación de vehículos a gran escala, difícilmente se admitiría la posibilidad de incluir a dicha empresa en el mercado informal.

#### 3.1. El caso del contrabando

La Sociología del Derecho ha puesto en evidencia que muchas veces las costumbres de una sociedad ocasionan que, si bien una norma no puede ser derogada directamente por la sociedad, se provoque al menos su desuso, deviniendo en una norma obsoleta e inservible. El caso del contrabando es un ejemplo típico de ello. Durante años, en todo el mundo, el contrabando ha sido proscrito, visto como un cáncer que afecta mortalmente a la industria y al comercio de un país. En un principio, un eficaz vehículo para difundir y mantener esta idea en la sociedad fue el hecho de sentir repulsión por lo extranjero en favor del producto nacional, es decir un chauvinismo. Sin embargo, se toleraba en la "conciencia social" la importación de productos por la vía formal en alabanza de la iniciativa del importador nacional. En el Perú se llegó incluso a estigmatizar la importación formal durante la época de la dictadura militar so pretexto de proteger a la industria nacional.

Nos hallamos ahora en 1992 y tenemos que dentro de la conciencia social el contrabando ha perdido toda connotación condenatoria, a pesar que la ley aún hoy lo sigue prohibiendo. Ya no es considerado una lacra, al contrario, en alguna medida todos deseamos ser beneficiarios de él, todos en algún momento hemos consumido productos de contrabando, y no pocos alguna vez habrán anhelado, si no lo han hecho ya, partir hacia Tacna, Arica, la frontera con Brasil en Iquitos, etc., para "traer cosas".

Cerca del Palacio de Gobierno, la gran cantidad de mercaderías ofrecidas en Polvos Azules son productos de contrabando y, sin embargo, no hay multas ni decomisos y, cuando las hay, éstas son hechas a los consumidores por parte de ciertos elementos policiales con el fin de "sacar algo". La gran mayoría de productos ofrecidos en el mercado limeño son de informales quienes, en gran medida, practican el contrabando.

Se ha señalado ya que existe una gran demanda que debe ser satisfecha y que el formal no puede expandir su mercado dado que resulta demasiado costoso el solo hecho de mantenerse dentro del sistema. El informal, por su parte, si bien asume algunos costos, puede sobreponerse a ellos, y una de las vías por las que lo hace es precisamente el contrabando. La sociedad necesita los productos, pero los ofrecidos por los formales reflejan una grave distorsión en sus precios debido a la internalización de sus costos, lo que desalienta su consumo. Es por ello que el contrabando ha dejado de verse como una lacra: la sociedad necesita subsistir y en épocas de crisis se prefiere abaratar los costos de dicha subsistencia, aún en desmedro de la economía nacional.

Es así como nos vemos invadidos de productos como aerosoles importados que provocan la destrucción de la capa de ozono -que ya han sido prohibidos en otros países (desodorantes, lacas, pinturas, perfumes, deodorizadores, etc.), medicinas prohibidas en diversos países debido a sus gravísimos efectos secundarios; juguetes y enseres fabricados con materiales inflamables o tóxicos, televisores, video-grabadoras, radios, equipos de sonido, todos ellos sin transformadores y/o sin catálogos. Y pesar de todo ello, el consumidor los prefiere: los costos de la formalidad son dramáticamente altos y los precios de la informalidad no reflejan sus costos reales.

8. Entiéndase por externalidades todos aquellos costos que, debiendo ser asumidos por el empresario (ya sea formal o informal) son desplazados a terceros, es decir al público consumidor, ocasionando así una subvención de dicho costo, distorsionando el precio del producto. Así, por ejemplo, en un restaurante, mantener la higiene en la preparación de las comidas implica costos. Si el dueño del restaurante los obvia podrá ofrecer productos más baratos ya que los costos de higiene no habrán sido considerados para fijar el precio. Sin embargo, dichos costos pasan a ser subvencionados por la clientela, ya que surgen mayores posibilidades de contraer enfermedades, cólicos, cólera, para cuya curación y tratamiento deberá realizar desembolsos económicos que, en buena cuenta, constituyen los costos de higiene que la empresa debió realizar.

### 3.2. Los productos "bamba"

Lo anteriormente expuesto se repite con lo productos comunmente conocidos como "bamba".

Cuando uno va a Polvos Azules, se pregunta (lo que resulta ya necio) si lo que compra es realmente un jean Levi's, si la casaca que aparentemente es de cuero es una auténtica Sergio Valente, si la colonia que se desea comprar es realmente aquella que el frasco dice contener.

Como ya se señaló, el contrabando reduce los costos que acarrearía una importación formal. Ahora bien, el contrabando también implica costos, más aún si existe el riesgo de ser descubiertos, y a consecuencia de ello, sufrir el decomiso de sus productos. Luego, sólo se "importa" aquello que no puede imitarse (una computadora o un equipo de sonido, por ejemplo). Sin embargo, si se fabricaran estos productos tal como se fabrican originalmente, no habría gran diferencia entre los costos de importación y los costos de fabricación. Y es entonces que con el fin de abaratar costos aparecen productos de dudosa calidad: pantalones que se encogen o se destiñen, colonias y humectantes que irritan la piel, radios que a veces ocasionan corto-circuitos, calculadoras de "usar y botar", relojes que cuentan 40 minutos en una hora, alimentos aparentemente dietéticos pero que son preparados corrientemente. El caso más patético se da con los medicamentos y productos de tocador: son compuestos de dudosa elaboración, envasados en frascos recogidos de desperdicios a fin de hacer creer que son realmente originales, y hasta conservan la fecha de caducidad -si la tienen- del producto original. Y una vez más, a pesar de lo altamente nocivos que pueden llegar a ser estos productos, el público los prefiere.

### 3.3. ¿Asunción del riesgo?

El consumidor se halla ante el dilema de escoger entre cubrir el excesivo precio del producto ofrecido por el formal, o el cómodo precio del producto del comerciante informal.

Es muy común escuchar el conformismo del público frente a la mediocridad, si se quiere algo de calidad se debe pagar más. Lo curioso es que muchas veces el producto formal tampoco es bueno, ser caro no es sinónimo de ser bueno.

El consumidor que ingresa a Polvos Azules o a cualquier otro campo ferial sabe que saldrá de ahí con un producto "bamba" o de contrabando, es consciente de todo ello, ¿puede hablarse de una asunción del riesgo? Decir que sí sería muy apresurado.

Primero, tenemos que muchas veces al hablar de asunción del riesgo nos limitamos al ámbito ex-

tracontractual, lo cual no siempre es así. El individuo que compra un pantalón que se destiñe y encoge con la primera lavada maldecirá su mala suerte, y -lo curioso- casi nunca pensará en ir a reclamar a quien se lo vendió, ya sea porque no tiene cómo acreditar su compra (no tiene factura) o porque el vendedor ya no estará en el mismo lugar del día anterior. Siendo que la prestación no satisfizo su interés, nos hallamos ante un problema de incumplimiento contractual. De otro lado, él nunca se habría imaginado, por ejemplo, que el tinte de dicho pantalón podría causarle una gravísima irritación a la piel. El consumidor es conciente de la mediocridad del producto, pero nunca estima un daño más allá del ámbito contractual, en otras palabras, sólo tiene la mera conciencia de haber sido engañado.

Por otra parte, tenemos además que el mercado formal tampoco nos da una garantía sobre la calidad del producto (salvo honrosas excepciones). Como hemos señalado, dados los altos costos de mantenerse en el sistema, el formal busca a su vez alguna manera de abaratar sus costos: obviar el control de calidad, no señalar la fecha de caducidad del producto, abastecerse en el mercado informal, etc. Frente a este desolador panorama tenemos al desamparado consumidor que ve restringida su capacidad de elección como consecuencia de la mediocridad consagrada como regla general, y sólo le queda hacer un mero análisis de precios: dónde cuesta más barato. No obstante, la capacidad de elección aún existe; hay más posibilidades de adquirir un producto defectuoso en un mercado informal que en uno formal y, de otro lado, tenemos que el mercado formal ha implementado mecanismos que permiten cierto incentivo por su preferencia: por ejemplo, el otorgamiento de facturas que permite acreditar la compra y reclamar en caso el producto sea defectuoso; el ofrecimiento de cierto plazo de garantía, de servicio técnico, de facilidades de pago, etc.

### 4. ¿Difusión Social de los costos?

Tenemos que una de las funciones de la responsabilidad civil es la difusión social de los costos del daño ocurrido. Esto se explica porque la sociedad ha permitido la creación de ese riesgo ya que ella se beneficia con dicha actividad. Antes de ver si cabe aplicar esta función, es pertinente ver si se puede hablar de responsabilidad civil.

Si en el mercado informal se venden productos que al ser consumidos causan algún daño al interés social, y al ser la responsabilidad por productos defectuosos objetiva, ello bastaría para poder hablar de responsabilidad civil. Sin embargo, una cosa es que por la existencia del nexo causal se tenga derecho a una indemnización y otra, que el sistema de responsabilidad civil -es decir las leyes y los aparatos de administración de justicia- entre a

funcionar. Antes de la vigencia del Decreto Legislativo 716<sup>9</sup> no existía norma alguna sobre responsabilidad por productos defectuosos y es innegable que la falta de un basamento legal expreso aunado a la poca creatividad de nuestros magistrados constituían causa más que suficiente para desalentar cualquier demanda. Ahora, que existe esta norma nos preguntamos si ella será aplicable dentro del marco dado por la informalidad, si el legislador tuvo presente este problema, en otras palabras, si la norma fue pensada para una realidad como la nuestra. Lo que la práctica ha demostrado es que cualquiera sea el daño sufrido, el consumidor se siente impotente ante el monstruo de la burocracia judicial agravándose aún más el problema ya que en el sistema de responsabilidad objetiva es él quien debe probar la existencia de nexo causal, lo que muchas veces resulta imposible dentro del esquema informal.

#### 4.1. ¿Responsabilidad Solidaria, también el informal?

Haciendo por un momento abstracción de los problemas señalados, y suponiendo acreditada la causalidad, los costos pasan al vendedor informal, el cual se supone está en mejor posición para difundir socialmente el costo del daño. Con respecto a ello, hay una norma del mencionado Decreto Legislativo que puede causar confusiones, el artículo 32<sup>o</sup>, último párrafo que establece: "La responsabilidad de los diversos proveedores de un producto conforme a este artículo es solidaria. Sin perjuicio de ello, cada proveedor tiene derecho a repetir contra el que le suministró el producto defectuoso u originó el defecto".

La primera interpretación que hice de tal párrafo fue que de entre una cadena de sucesivas compras y ventas, los proveedores componentes de la misma eran responsables solidarios frente al último adquirente del producto. Sin embargo, otra peligrosa y posible interpretación sería la siguiente: en el mercado existe una pluralidad de proveedores que ofrecen un mismo producto (televisores). Luego, si un consumidor compra a uno de ellos el producto y éste causa algún daño, todos los proveedores de ese mercado -el de televisores- responderían solidariamente. Esto que parecería perfectamente deducible de una mera interpretación literal de la norma no parece coherente. En un sistema de responsabilidad, ya sea objetivo o subjetivo, es necesario que exista siempre una relación de causalidad, lo que no se daría en este caso. La tienda A, la B y la C venden televisores, B vende uno que explota, ¿sería lógico que A y C respondan solidariamente

con B? Más aún, si lo llevamos al caso de la informalidad: Carsa vende televisores Sony importados legalmente, "X" trae televisores Sony de contrabando y los distribuye y vende en el garage de su casa. Sería absurdo pensar que tanto Carsa como "X" serían responsables solidarios en caso de algún daño. Lo que lograría desincentivar aún más la actividad formal, ya que surgiría el peligro de que el sector formal responda por los daños causados por el sector informal, el cual es muchas veces difícil de identificar o simplemente se constituye en insolvente para evitar hacer frente a la indemnización que deba pagar.

El problema que sí es posible de suscitarse es cuando el formal se abastece del sector informal y viceversa. En el primer supuesto, es decir, cuando el informal abastece al formal, la víctima siempre preferirá demandar al último ya que existen más posibilidades que éste sea solvente, y además, dada su formalidad, se halla en mejor posición para contratar un seguro, lo cual constituye una garantía para la víctima. Si bien puede pensarse que dicha solución desalentaría aún más la actividad formal, tenemos que en la mayoría de casos esta compra al sector informal se hacen al margen de la legalidad, lo que a su vez haría de dichas actividades unas informales, como se señaló en el punto 1.1. A la larga se estaría llevando el problema por la vía de la asunción del riesgo: el formal que salió de su mundo para abastecerse en el mercado informal debe asumir los costos de su decisión. Al final, sus primas de seguro aumentarán y para cubrirlas deberá aumentar sus precios, lo que terminará por desincentivarlo a seguir abasteciéndose del mercado informal.

En el segundo supuesto, es decir, cuando el formal abastece al informal, ocurre algo distinto. Algunas empresas tales como las de gaseosas o golosinas, con el fin de expandir su mercado logran colocar sus productos en el sector informal. Dicho producto puede ocasionar daño a los consumidores, ya sea originado por defectos en la fabricación por parte de las empresas formales, o por ciertas "modificaciones" hechas al producto por los informales, o por un inadecuado transporte y expendio de los mismos, o por ser ofrecidos a sabiendas que la fecha de caducidad ha expirado.

Por la regla del art. 32<sup>o</sup> del decreto Legislativo 716 tenemos que, tanto el proveedor formal como el informal son responsables solidarios en el supuesto de ocasionarse algún daño a algún consumidor. En este caso, la víctima siempre preferirá demandar al proveedor formal: éste es más fácil de

9. El Decreto Legislativo 716 es el Decreto Legislativo sobre Protección al consumidor, promulgado por el Presidente Fujimori y publicado el 7 de noviembre de 1991. Dicho Decreto no sólo trata sobre la responsabilidad extracontractual por productos defectuosos sino también de la contractual, y además, no se limita a la provisión de bienes sino también de servicios.

identificar y además, en la mayoría de casos cuenta con un seguro, lo que lo convierte en aquel que se encuentra en mejor situación para distribuir los costos del daño causado. A largo plazo, es probable que dicha norma desaliente al formal a seguir abasteciendo al informal ya que en la práctica él siempre responderá, aún por los daños que puedan haberse originado por hechos determinantes del informal, vender un chocolate de hace 5 años, por ejemplo. Todo ello obligaría al formal a contraer su mercado ya que las posibilidades que un producto cause un daño se acrecientan considerablemente al pasar éste al mercado informal.

No obstante, hay empresas que se ven obligadas a correr dicho riesgo ya que sólo se dedican a la elaboración del producto, valiéndose de distribuidores a fin de hacerlo llegar a la mayor cantidad posible de personas. Una gran compañía de gaseosas, por ejemplo, no venderá botella por botella en la puerta de la fábrica, ni instalará kioscos en cada esquina de Lima, ya que lo primero reduciría considerablemente su capacidad de ventas, y lo segundo le resultaría altamente costoso. Es por ello, que necesitará siempre de distribuidores, la gran mayoría de los cuales está constituida por informales. El formal necesitará del informal, y a pesar de ver incrementados altamente sus riesgos, y por ende sus costos, ello no lo desalentará de seguir manteniendo relaciones comerciales con él, se ve "condenado" a recurrir al informal para dar salida a sus productos. A largo plazo, esta actividad económica se verá reducida a aquellos que estén dispuestos a correr el riesgo y que tienen los medios económicos para hacerle frente en caso éste se concrete. Operará, pues, una resignación de los formales "sobrevivientes" a subsidiar indefinidamente los costos de los informales.

#### 4.2. Las Compañías de Seguros

Lo ideal sería que los costos de los accidentes se difundan en la sociedad, ya sea por un sistema de seguros o por un sistema de precios. Sin embargo, respecto de las compañías de seguros aparece un problema: el rechazo -justificado diría yo- de asegurar a comerciantes informales. En realidad el problema es doble: el informal no está interesado en contratar un seguro, cuando menos no uno de tercera persona<sup>10</sup>, los problemas de la imposibilidad de acreditar el nexo causal y la burocracia de la administración de justicia lo protegerán sumergiéndolo en un mundo de "irresponsabilidad". No obstante,

reconoce que él puede sufrir graves daños y es por ello que tal vez esté interesado en un seguro de primera persona. Pero es ahí, donde se encuentra con la negativa de las compañías de seguro. Volviendo al tema, ¿quiénes soportan los daños? Las propias víctimas, un gran sector de la sociedad que, como ya hemos dicho, sólo puede lamentarse de su mala suerte. Un ejemplo de ello: los daños que anualmente provocan los fuegos artificiales a los niños en épocas navideñas, y que son objeto de repudio público, provocando la indignación de los medios de prensa, y a pesar de ello, no se sabe de acción judicial alguna contra vendedores informales involucrados. Todos estos problemas hacen pensar, por el momento, en la inviabilidad del sistema de seguros, tal como se dan hoy las circunstancias, respecto del sector informal.

#### 4.3. Sistema de precios

Dada la negativa de las compañías de seguros y la de los informales, la solución más acorde con este problema parecería ser implementar un sistema de difusión social de los costos de los daños a través de los precios. Existiendo el peligro de causar daños al vender productos muchas veces sin garantía alguna -garantía en sentido lato- y, al cerrarse las puertas del sistema de seguros, el vendedor creará un fondo en el cual depositará una cantidad periódica destinada, en caso de ocurrir algún daño, al resarcimiento del mismo. Este fondo implicará el aumento de los precios del informal, los cuales dejarán de estar tan alejados de su costo real, y, como ello puede producir a su vez un descenso en la demanda del producto, ya que la diferencia de precios entre el producto formal y el informal se habrá acortado, se desincentivará la venta de productos "bamba", o se pondrá mayor cuidado en su elaboración, y en cuanto al contrabando, se tratará de no ingresar al país productos nocivos o defectuosos.

Esto que parece onírico, se podría lograr si el informal dejara de esconderse en su informalidad y se produjera a su vez una reforma radical en el sistema de administración de justicia.

#### 5. Desincentivación de Accidentes

Todo sistema de responsabilidad civil tiene su razón de ser en el resarcimiento integral de la víctima. Sin embargo, ¿no sería mucho mejor que no existieran víctimas? Mejor que resarcir un daño es

10. El seguro de tercera persona o "Third Party Liability" como lo llama Trazagnies, consiste en aquel seguro que contratamos con el fin que la compañía aseguradora cargue con el pago de los daños ocasionados por nosotros a terceros. Como contraparte, tenemos al seguro de primera persona o "First Party Insurance" en los que "...no nos aseguramos por los daños de los cuales pudiéramos ser responsables frente a terceros sino que, como cada uno tiene que soportar su propio daño, nos aseguramos frente a los daños que nos pueden ocurrir a nosotros mismos". De Trazagnies, Fernando. La Responsabilidad Extracontractual. Tomo I. Biblioteca *Para Leer el Código Civil*, Vol. IV, 1988. PUC-Fondo Editorial p. 75.

que éste nunca haya tenido lugar. Para conseguir que el número de daños disminuya, los Estados se sirven de sistemas administrativos que, como ya se señaló, regulan el empleo de forma nocivas de conducta, producción, etc. Otro modo de lograrlo es a través del mismo sistema de responsabilidad civil. Si uno genera un riesgo atribuyéndose además la responsabilidad por los daños que dicho riesgo origine, entonces es muy probable que se busque la manera de reducir las posibilidades de generarse daños similares. Aun si no existiera un sistema administrativo que pretenda solucionar el problema ex-ante, es decir, antes de producirse el daño, a largo plazo se lograría lo mismo con el sistema de responsabilidad civil: las personas evitarían realizar determinadas conductas con el fin de evitarse pagar grandes indemnizaciones.

En el Perú, sin embargo, ambos mecanismos - el administrativo y el de responsabilidad civil- "hacen agua". En el caso del sistema administrativo hemos señalado que éste ha olvidado su principal función: la desincentivación de accidentes. Irracionalmente ha sido sustituido por un ciego afán de imponer cargas excesivas a los formales para así poder mantener a la burocracia estatal. Con respecto al sistema de responsabilidad civil, concretamente a la responsabilidad por productos defectuosos, la víctima se verá desalentada a recurrir a los tribunales, ya que, como se señaló, los informales esconden en su informalidad el nexo causal, indispensable para poder hablar de responsabilidad civil. Además, tenemos la falta de celeridad en los procesos, y de creatividad por parte de los jueces. Si bien es cierto que ahora existe una norma legal que salvaguarda -al menos eso pretende- a los consumidores, una aplicación ciega de ella puede llevar a seguir desalentando las actividades económicas o a seguir subvencionando costos del sector informal. ¿Cómo lograr entonces la efectiva desincentivación de accidentes sin desalentar las actividades económicas? Tal como hemos anotado, cada producto debe reflejar en el precio sus costos reales. Así, los formales dejarían de cargar con los costos excesivos que distorsionan gravemente los precios de sus productos en desmedro de la actividad económica que realizan y sólo asumirían sus costos reales, los cuales incluyen ya el de los posibles riesgos creados. De otro lado, los informales, al asumir los costos reales de los riesgos creados por la fabricación de los productos "bamba" y la práctica del contrabando, incrementarán los precios de sus productos con lo que verán reducida la demanda de los mismos, motivándolos a mejorar la

calidad y comercialización de dichos productos. La asunción de los costos reales, acompañada de una reforma radical de los actuales esquemas en que se dan los sistemas administrativo y de responsabilidad civil, evitará la distorsión de los precios ya sea por exceso o por defecto de los mencionados costos, lográndose así dar solución a la interrogante planteada.

### A manera de conclusión

Podemos concluir que no basta establecer teórica ni legalmente una responsabilidad por productos defectuosos si no existen los mecanismos idóneos para poderla poner en práctica. Ante el absoluto fracaso del sistema administrativo sólo nos queda hacer viable el sistema de responsabilidad civil. Como bien lo señala Hernando de Soto: "...cuando no existe derecho extracontractual, o éste es insuficiente o inadecuadamente aplicado para cubrir las actividades informales, la actividad económica puede causar considerables costos al resto de la comunidad, disminuyendo así el valor de su contribución social y aumentando la incertidumbre (...) lo que sucede en tal supuesto es que se abre un forado de incumplimiento tan grande que inclusive los formales empiezan a faltar a la ley, y los niveles de inseguridad aumentan peligrosamente en desmedro de la sociedad"<sup>11</sup>.

Y esto se evidencia en el fracaso del sistema administrativo: el Estado ha pretendido monopolizar el control de la producción imponiendo irracionalmente exigencias desproporcionadas para ingresar al sistema formal. Este sistema debe ser repensado, y además, debe permitirse a los particulares dicho control a través de la responsabilidad extracontractual, para lo cual deberá implementarse un rápido y efectivo sistema de administración de justicia. Lo que debe buscarse, tanto al momento de reformular el sistema administrativo como el de administración de justicia, es lograr que los precios de cada proveedor (formal o informal) reflejen sus costos reales, ya que sólo a partir de ello se podrán alcanzar las diversas funciones de la responsabilidad civil, en especial la desincentivación de las actividades nocivas y la difusión social de los costos de los accidentes. Es decir, recogiendo el planteamiento de Roscoe Pound, hacer cumplir la función de ingeniería social que debe cumplir el derecho<sup>12</sup>, y, en el caso concreto, dejar los esquemas maniqueos que dividen lo formal y lo informal tratando asimismo de reestructurar nuestro mercado.

11. De Soto, Hernando. Op.cit. p. 220.

12. Citado por W. Chambliss y R. Seidman. Derecho y Poder Político. Traducción al español del original en inglés por Luis Chirinos. En: *Derecho*. PUC-Facultad de Derecho; N° 30. Lima, 1972.