

## LA 'NATURALEZA MUERTA' DEL CONTRATO DE REPORTE: CORTO RÉQUIEM A LAS PARADOJAS DEL PROFESOR ARATA

**Freddy Escobar Rozas\***

*Hace ya cierto tiempo existe una discusión entre los profesores Freddy Escobar y Carlos Arata en torno a la naturaleza jurídica del contrato de reporte. Así, mientras el primero de ellos señala que resulta irrelevante pronunciarse en relación a la misma, desde que dicho contrato se encuentra tipificado en nuestro ordenamiento jurídico y, por ende, la normativa legal aplicable y sus consecuencias se encuentran predeterminadas, el segundo señala que nos encontramos ante un préstamo dinerario con garantía mobiliaria irregular de valores, dada la función económico-social que dicho contrato está destinado a satisfacer.*

*Este artículo representa y documenta un cambio radical en la manera de ver el derecho por parte del autor, acogiendo postulados más cercanos al análisis económico del Derecho.*

\* Abogado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Master en Derecho por la Universidad de Harvard. Profesor de Derecho Civil y de Derecho Comparado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Las notas del editor estuvieron a cargo de Luis Miguel Velarde, miembro de la comisión de Contenido de THEMIS-Revista de Derecho.

## I. PERDONEN LA 'JUSTIFICACIÓN'

Desde hace algunos años, el profesor Carlos Arata y yo estamos envueltos en una discusión académica sobre la naturaleza jurídica del contrato de reporte, animados exclusivamente por el interés que tenemos en encontrar, a través de la dialéctica, la "esencia" de una de las operaciones contractuales más originales y útiles de los últimos tiempos.

No piense el lector que detrás de esta discusión existe algún tipo de rivalidad o de encono personal. En absoluto. El profesor Arata y yo mantenemos una relación bastante cordial, pues, entre otras cosas, somos profesores del mismo curso (j) en la misma casa de estudios. De hecho, antes de escribir estas líneas le comenté que estaba interesado en ensayar una breve respuesta a su última entrega. El amablemente me indicó que sería provechoso saber qué opinaba yo frente a los nuevos argumentos que había esgrimido. Este es pues el clima en el que se desenvuelve este pequeño debate.

Si es verdad lo que digo, ¿por qué los títulos desafiantes, las frases subidas de tono y toda la parafernalia que rodea esta entrega? La respuesta es simple, pero honesta: ¡para llamar su atención! Y es que si no fueran por esos 'trucos', ¡nadie se animaría a 'hojear' este texto!, dedicado básicamente a la tarea de aclarar conceptos ya expresados y, por tanto, carente de todo interés. Perdonará pues el lector la falta de clase de este 'escritor', pero en tiempos del 'mercado', no le queda otro remedio que competir, aunque no le importe mucho reconocerlo, 'deslealmente' con los que sí tienen algo interesante que decir en el presente número de THEMIS-Revista de Derecho.

Exorcizados los demonios propios, subamos pues al 'ring'. Pero recuerde, querido lector, que tiene que tomar mis palabras, frases y expresiones de manera 'positiva', como si hubiesen salido de la boca del 'Hermanón'. Por tanto, si en algún momento siente que estoy 'pasando la raya', no deje de leer el artículo... por favor. Acuda más bien a la milagrosa receta del entrañable personaje de Seinfeld y grite: *serenity now!*

## II. LA INCREÍBLE AVENTURA DEL SEÑOR 'TIJERAS'

- a) Les contaste un 'cuento', sabiéndolo contar (el mito de Casandra)

En 1995 escribí un corto artículo sobre el "contrato de reporte"<sup>1</sup>, en el cual afirmé, en una frase suelta, que el tema de la naturaleza jurídica de dicho contrato carecía de interés debido a que se encontraba tipificado.

En el 2000 el profesor Arata escribió un artículo sobre la "naturaleza jurídica del contrato de reporte"<sup>2</sup>. En ese artículo, él dedicó no pocas líneas a criticar mi posición, afirmando que yo estaba equivocado debido a que la naturaleza jurídica de las instituciones estaba determinada no por su tipicidad sino por su "función económico-social". En ese sentido, y luego de analizar las funciones del contrato de reporte, el profesor Arata concluyó que la naturaleza jurídica de dicho contrato era la que correspondía a un "préstamo con prenda irregular".

En el 2003 escribí otro artículo sobre el "contrato de reporte"<sup>3</sup>. En ese artículo, critiqué, en una nota a pie de página, la tesis sostenida por el profesor Arata en el artículo ya comentado. En otras palabras, en una nota a pie de página defendí la afirmación suelta que había formulado ocho años atrás.

En la última edición de THEMIS-Revista de Derecho, el profesor Arata publicó un artículo sobre el reporte en el Perú<sup>4</sup>. En ese artículo, él desarrolla una larga línea argumental para 'demostrar', por un lado, que mis críticas a su tesis son erróneas; y, por el otro, que el reporte tiene la naturaleza jurídica de un préstamo con prenda irregular, tal como lo había sostenido seis años atrás.

Como el lector notará, a lo largo de estos años yo expresé mis ideas en unas cuantas líneas, mientras que el profesor Arata lo hizo en un buen número de páginas. Evidentemente, él no tiene la culpa de que yo haya sido lacónico. Por lo demás, el hecho que haya dedicado dos artículos a defender su posición dice mucho de él. Lamentablemente, sin embargo, eso que pudo ser un mérito es, en realidad, un desmérito. Y es que, aprovechando mi lacónica explicación (por la torpe creencia de que todo lector entiende el bagaje conceptual que llevan consigo mis enrevesadas frases), el profesor Arata ha puesto en mi boca ideas que nunca expresé, conceptos que nunca defendí y conclusiones que nunca imaginé. Ese 'método' ha creado un efecto perverso: hacerle creer al lector desinformado que yo, además de 'ignorante', soy 'bruto' (porque confundo figuras contractuales, porque mis ideas carecen de lógica, etcétera).

<sup>1</sup> "Cuestiones esenciales sobre el contrato de reporte". En: Informe Legal del Estudio Benites, Mercado & Ugaz Abogados.

<sup>2</sup> Arata Delgado, Carlos. "Naturaleza jurídica del contrato de reporte". En: THEMIS-Revista de Derecho 40. 2000. pp. 197 y siguientes.

<sup>3</sup> Escobar Rosas, Freddy. "Reflexiones en torno al contrato de reporte". En: IUS ET VERITAS 26. Lima. 2003. pp. 53 y siguientes.

<sup>4</sup> Arata Delgado, Carlos. "Reflexiones en torno al contrato de... ¿reporte?... ¿en el Perú?". En: THEMIS-Revista de Derecho 51. 2006. pp. 223 y siguientes.

Me enfrento, pues, a un 'artista', fenomenal por cierto, capaz de crear caos ahí donde no lo había (como se verá casi en seguida, convertí mi silencio en 'confusión', mi interés en el Derecho comparado en 'ignorancia' del Derecho local, y mi apego a la racionalidad conceptualista en 'simplismo' e 'incongruencia'), para luego regalarnos su 'luz' (nacionalista, *by the way*) y rescatarnos de la nefasta influencia que el Derecho italiano ejerce en nuestro medio a través de algunos profesores de Derecho Civil de 'La Católica'<sup>5</sup>.

Pero esa 'luz', en realidad, no es más que una 'lucecita de escena' puesta por el propio Arata para montar su espectáculo. ¿Qué lo ha animado a proceder de semejante manera? No lo sé. Quizás no le gustó que lo criticara cuando daba sus primeros pasos en el mundo académico?<sup>6</sup>. Lo que sí sé es que ha llegado la hora de poner un 'stop'. Para ello, sin embargo, no voy a emplear las 'artes' del profesor Arata; conozco otras mejores.

b) What is your problem? Junior

¿Cuál es la discrepancia básica que mantenemos el profesor Arata y yo? Básicamente es la siguiente:

- (i) El profesor Arata sostiene que la naturaleza jurídica de un contrato está determinada por su "función económica-social".
- (ii) Yo sostengo que el reporte, en tanto tipificado por el Derecho positivo, tiene naturaleza propia.

Uno de los argumentos que utilicé para criticar la posición del profesor Arata (y no para demostrar la validez de mi tesis)<sup>7</sup> fue el siguiente:

- El reporte puede ser a la baja, a la par o a la alta.
  - Si el reporte fuese un préstamo dinerario con garantía prendaria irregular de valores, los dos primeros casos (reporte a la baja y reporte a la par) quedarían excluidos de la figura, lo que no es aceptable por razones obvias.
- (iii) El profesor Arata sostiene que mi argumento es erróneo, pues el reporte a la baja no existe en

nuestro sistema. Eso que yo llamo reporte a la baja constituiría "préstamo bursátil". En consecuencia, el profesor Arata insiste en que no hay razón alguna que válidamente impida concluir que el reporte (bursátil) tiene la naturaleza de un "préstamo dinerario con garantía prendaria irregular de valores".

¿Qué pienso de todo esto? Pienso que el profesor Arata está totalmente equivocado o, como dicen los más chicos, 'perdido'.

### III. EL LIBRO DE LA BUENA MEMORIA (SEGÚN ESCOBAR)

- a) 'Riporto' e 'Reporte': quale fuoco nella notte accende la tua fantasia?

Yo escribí un artículo sobre el "contrato de reporte" y no sobre el "reporte bursátil" tipificado en el "Reglamento de Operaciones en Rueda de Bolsa de la Bolsa de Valores de Lima", aprobado mediante Resolución CONASEV 021-99-EF/94.10 (el "Reglamento"). Como en el Perú el "contrato de reporte" no se encuentra tipificado en una norma de aplicación general (Código Civil, por ejemplo), mi artículo estuvo fundamentalmente dedicado a seguir de cerca el desarrollo legislativo y doctrinario experimentado en Italia, país que prácticamente vio nacer al contrato en cuestión.

Si el lector tiene la amabilidad de revisar mi artículo, notará que el mismo se encuentra dividido en ocho partes. De esas ocho partes, siete están dedicadas a ciertos aspectos generales del "reporte" como figura negocial de Derecho comparado (sus orígenes históricos, el problema que existió en torno a su naturaleza jurídica, los fines prácticos que permite obtener, el problema que se generó respecto de los derechos accesorios, etcétera) y sólo una al reporte bursátil contemplado en la regulación peruana. Por lo tanto, en ese artículo uno puede encontrar reflexiones sobre la figura contractual en abstracto y reflexiones sobre la figura bursátil regulada en el Perú. Al efectuar las reflexiones sobre la figura contractual en abstracto tomé como punto de referencia las normas contenidas en el Código Civil italiano de 1942. Al efectuar las

<sup>5</sup> "(...) debe entender Escobar que nuestro reporte es distinto al italiano, que tiene una regulación diferente y para ámbitos distintos, y, por lo tanto, mal hace en analizar la operación de reporte a la luz de una visión diferente". Ver: *Ibid* p. 231.

<sup>6</sup> "The passing from the state of nature to the civil society produces a remarkable change in man, it puts justice as a rule of conduct in the place of instinct, and gives his actions the moral quality they previously lacked. It is only then, when the voice of duty has taken the place of physical impulse, and right that of desire, that man, who has hitherto thought only of himself, finds himself compelled to act on other principles, and to consult his reason rather than study his inclinations". ROUSSEAU, Jean-Jacques. "The Social Contract". Translated by Maurice Cranston. Great Britain: Penguin Books. 1968. p. 64.

<sup>7</sup> Este dato es fundamental, ya que incluso si la crítica efectuada a la postura del profesor Arata (reporte = préstamo + prenda irregular) fuese incorrecta, la idea de que la naturaleza jurídica de una institución jurídica está determinada por su función económico-social seguiría siendo cuestionable por otro tipo de razones.

reflexiones sobre la figura bursátil tipificada en nuestro país tomé como punto de referencia las normas contenidas en el Reglamento.

¿Por qué escribí un artículo con esas características? Básicamente, porque quería demostrar que en otros países (Italia) el reporte era utilizado en toda su magnitud y gozaba de una regulación legal bastante razonable, derivada de la madurez de las discusiones doctrinales que habían existido en torno a la figura.

Ahora bien, como seguramente usted, lector perspicaz, está adivinando, el profesor Arata tomó mis expresiones sobre el “contrato de reporte”, las sacó de su contexto y las empleó como si las mismas hubieran sido realizadas respecto del “reporte bursátil” regulado en el Perú.

En efecto, si usted lector tiene la amabilidad de leer la nota de página 23, en la que incluyo mis críticas a la postura defendida años atrás por el profesor Arata, notará que la misma pertenece al capítulo dedicado a la naturaleza jurídica del “contrato de reporte” desarrollado en Italia, ¡y no a la naturaleza jurídica del “reporte bursátil” tipificado en el Perú! ¡Así de simple! Invito al lector a revisar las páginas que escribí y a constatar si lo que digo es cierto o no.

He aquí, pues, la primera paradoja: ante una crítica (absolutamente justa) que efectué a la manera como el profesor Arata definió los conceptos de naturaleza jurídica y causa, él me tildó de “lector poco diligente”, afirmando que debí haber interpretado sus expresiones de un modo distinto del meramente literal<sup>8</sup>. Sin embargo, ¡el profesor Arata no predica con el ejemplo! A mí me exige mayor ‘diligencia’ para (re)interpretar sus expresiones, pero no tiene el menor escrúpulo en sacar de su contexto mis expresiones o, en el peor de los casos, de leerlas y entenderlas de una manera mucho menos ‘diligente’ que la mía.

#### b) El tuerto y el ciego

El profesor Arata me acusa de haber prestado atención exclusivamente al Derecho italiano<sup>9</sup>. Esa sería la causa de mi ‘desgracia’: la confusión entre préstamo bursátil (en el cual el precio de la segunda operación sería

“menor” que el precio de la primera operación) y reporte (en el cual el precio de la segunda operación sería “mayor” que el precio de la primera operación)<sup>10</sup>. Como he indicado, sin embargo, la atención prestada al Derecho italiano tenía un propósito claro y concreto: hacer notar cómo en Italia el reporte cumplía valiosas funciones que en el Perú ignorábamos por completo (por lo menos a nivel positivo). No es, pues, que yo haya interpretado la naturaleza del reporte bursátil peruano empleando para ello categorías contempladas en la legislación italiana. Lo que hice fue analizar una ‘figura contractual’ notablemente desarrollada en el sistema italiano, exponiendo sus distintos usos y beneficios, para luego hacer notar que en nuestro país no sólo habíamos regulado únicamente un tipo de reporte, sino que además lo habíamos hecho deficientemente. La crítica del profesor Arata, por tanto, es injustificada.

El carácter injustificado de dicha crítica no sería muy importante si es que el profesor Arata hubiese procedido con coherencia. Increíblemente, sin embargo, después de acusarme de no prestar atención a la ley local, el profesor Arata, defendiendo la ‘soberanía legal nacional’, pasó a definir al “reporte bursátil peruano” y al “préstamo bursátil peruano” ¡al margen de lo que dispone el Reglamento!

En efecto, en el artículo del profesor Arata uno alcanza a leer literalmente lo siguiente:

“Más allá de la definición dada por el Reglamento de Operaciones, podría definirse a la operación de reporte como aquella en la que un agente necesitado de liquidez (reportado), pero propietario de activos (los valores), transfiere la propiedad de estos a un tercero (reportante) por un determinado precio y simultáneamente asume la obligación de comprarlos dentro de un plazo a un precio normalmente superior”<sup>11</sup> (el énfasis es agregado).

“Más allá de la definición establecida en el Reglamento de Operaciones, como señala Juan Antonio Egúez: “El préstamo bursátil es una operación destinada a contribuir con la oportuna liquidación de las operaciones. A través de dicha operación, se busca

<sup>8</sup> “Queda claro, como dice Escobar, que la conclusión a la que podemos llegar de una lectura literal de dicha afirmación es que la causa del contrato de reporte es el propio contrato de reporte. Esto es, evidentemente, un absurdo. Sin embargo, resulta innecesario –y a pesar de ello agradezco a Escobar sus buenas intenciones– que me aclare la diferencia entre la concepción aristotélica de causa y la negocial, pues la conozco, tratándose dicha afirmación de un error de redacción, tal como podría haberse percatado un lector un poco más diligente (...)” (el énfasis es agregado). Ver: Arata Delgado, Carlos. “Reflexiones en torno al contrato de... ¿reporte?... ¿en el Perú?”. Op. Cit. p. 228.

<sup>9</sup> “Tal vez el error de Escobar sea haberse ceñido a la legislación y doctrina italiana, donde el contrato de reporte tiene una regulación en el ámbito civil, a diferencia de en el Perú, donde este contrato solo ha sido regulado en el ámbito bursátil. Además, legislativamente el Código Civil italiano no distingue entre reporte (riporto) y el préstamo bursátil (deporto). Así, al haberse Escobar restringido a lo señalado en la legislación italiana y por autores italianos, resulta “entendible” que incurra en dicho error” (el énfasis es agregado). Ver: Ibid. p. 231.

<sup>10</sup> “Escobar confunde la operación de reporte con el préstamo bursátil. En buena medida dicho error viene dado por una remisión a legislación y doctrina extranjera, en la que la operación de reporte tiene un tratamiento positivo distinto al peruano” (el énfasis es agregado). Ver: Ibidem.

<sup>11</sup> Ibid. p. 224.

proveer de valores a los agentes que –por cualquier razón– carecen de ellos a fin de que puedan utilizarlos para liquidar sus operaciones en las fechas previstas” (...) A lo que agrego que no sólo es empleada para liquidación de operaciones sino también, por ejemplo, para obtener determinado porcentaje de votación en las juntas generales de accionistas cuando se trate de un préstamo sobre acciones”<sup>12</sup> (el énfasis es agregado).

¿Por qué el profesor Arata describe los alcances de las referidas figuras contractuales al margen de las definiciones contenidas en el Reglamento? ¿Será porque no puede explicar la razón por la cual el precio de la segunda operación es “menor” en el préstamo bursátil y “mayor” en el reporte? Detengámonos brevemente a analizar este aspecto de su discurso.

El artículo 34 del Reglamento establece que la operación de reporte es:

“(...) aquella que comprende una venta de valores, a ser liquidada dentro del plazo establecido para las operaciones al contado o a plazo, y una simultánea compra a ser liquidada dentro del plazo pactado, por la misma cantidad y especie de valores y a un precio determinado” (el énfasis es agregado).

Por su parte, el artículo 42 del Reglamento establece que la operación de préstamo bursátil es:

“(...) aquella que comprende una compra de valores a ser liquidada dentro del plazo establecido para las operaciones al contado o a plazo, y una simultánea venta a ser liquidada dentro del plazo pactado, por la misma cantidad y especie de valores y a un precio determinado” (el énfasis es agregado).

Como el lector observará, literalmente no habría problema alguno para que tanto en el reporte como en el préstamo bursátil la segunda operación tuviera un precio a la baja, a la par o a la alta, en tanto que las normas citadas únicamente exigen que dicho precio sea “determinado”. Siendo esto así, ¿cómo llega el profesor Arata a la conclusión de que en el reporte el precio de la segunda operación es “mayor”, mientras que en el préstamo bursátil el precio de la segunda operación es “menor”? Muy simple: definiendo cada uno de los referidos contratos con independencia de lo que disponen los artículos 34 y 42 del Reglamento (*that's funny*).

Pero el ‘truco’ empleado por nuestro ‘artista’ es malo. En efecto, en un descuido, el profesor Arata reconoce lo que tanto ha criticado. Veamos:

“(...) podría definirse a la operación de reporte como aquella en la que un agente necesitado de liquidez (reportado), pero propietario de activos (los valores), transfiere la propiedad de estos a un tercero (reportante) por un determinado precio y simultáneamente asume la obligación de comprarlos dentro de un plazo a un precio normalmente superior”<sup>13</sup> (el énfasis es agregado).

¿Cómo que “normalmente” superior? ¿Sabrá el profesor Arata que “normalmente” no es lo mismo que “necesariamente”? Supongo que sí. Tomando como base el sentido natural y transparente de sus propias palabras, uno llega entonces a la conclusión de que en el reporte el precio de la segunda operación puede ser a la alta, a la par o a la baja. ¿Por qué entonces me tilda de ‘ignorante’? ¿O es que también debo realizar una lectura ‘más diligente’ del término “normalmente”?

He aquí, pues, la segunda paradoja. El profesor Arata me acusa de prestar atención únicamente a la legislación italiana, ¡cuando él ni siquiera presta atención a la legislación local! Si yo soy tuerto, ¡él es ciego!

c) Nunca pensé encontrarme con Dios y con el diablo

Ante una crítica que realicé en mi artículo del 2003 respecto a la manera como el profesor Arata había definido el concepto de causa, él se defendió argumentando que yo no debía leer literalmente las expresiones vertidas en su artículo del 2000 y que, a despecho de mis acusaciones, sí conocía la teoría de la causa negocial<sup>14</sup>.

Por otra parte, ante la ausencia de referencias al préstamo bursátil en mi artículo del 2003, el profesor Arata me acusó primero de “ignorar” la diferencia entre dicho préstamo y el reporte, y de “confundir” luego ambos tipos contractuales<sup>15</sup>.

En otras palabras, pues, el profesor Arata ‘no dijo lo que efectivamente dijo’, mientras que yo me confundí a pesar de no haber abierto la boca. Pues bien, ni él conoce la teoría de la causa, ni yo ignoro la existencia del préstamo bursátil.

<sup>12</sup> Ibid. p. 226.

<sup>13</sup> Ibid. p. 224.

<sup>14</sup> “(...) resulta innecesario –y a pesar de ello agradezco a Escobar sus buenas intenciones– que me aclare la diferencia entre la concepción aristotélica de causa y la negocial, pues la conozco (...). En efecto, conozco lo que es la causa del negocio jurídico (...)” (el énfasis es agregado). Ver: Ibid. p. 228.

<sup>15</sup> “(...) mostrando un desconocimiento absoluto por la existencia del préstamo bursátil, Escobar señala (...)”. “Debería entender Escobar que el reporte y el préstamo bursátil son dos operaciones distintas (...)”. Ver: Ibid. p. 229.

En efecto, en pleno siglo XXI el profesor Arata sigue empleando una categoría conceptual (“función económico-social”)<sup>16</sup> propia de los regímenes fascistas, elaborada ‘a pedido’ de la clase política corporativista<sup>17</sup>. Así es, la introducción de la teoría de la causa como “función económico-social” respondió a la necesidad de satisfacer la demanda política del control de las actividades de los ciudadanos, una vez fracasado el primer modelo ‘colonial-liberal’ impulsado por los grandes imperios europeos<sup>18</sup>. La teoría en cuestión combatía la idea dogmática de que la causa del contrato era la simple finalidad subjetiva de las partes. Dicha idea había sido aceptada por todos los sistemas legales en el siglo XIX debido a las exigencias del modelo colonizador impuesto por parte de los imperios en cuestión: libre mercado y libre movilización de la mano de obra<sup>19</sup>. Asimismo, dicha idea representaba a la perfección la concepción del pensamiento legal clásico sobre el Derecho: “mecanismo de protección de la libertad individual”<sup>20</sup>.

Como consecuencia de la pobreza descomunal impuesta por la doctrina del *laissez-faire*, por un lado, y del temor a la implantación del comunismo, por el otro, surgió en Italia, sobre la base de las ideas expuestas por el Papa Leo XIII en *Rerum Novarum*<sup>21</sup>, un movimiento que, sin negar las bondades de la propiedad privada, buscó armonizar los intereses de las clases capitalista y obrera. Ese movimiento, que se presentaba como una alternativa esperanzadora frente los modelos liberal y comunista, terminó dando forma a los Estados más totalitarios que haya conocido el mundo occidental durante el siglo XX<sup>22</sup>. En efecto, de la mano de Gabriele D’Annunzio, el fascismo exaltó el valor

supremo del Estado frente al individuo, reduciendo la libertad económica y política de este último hasta donde fuese necesario para lograr la consolidación de los objetivos del primero (entre los cuales sobresalía la restauración de su grandioso pasado)<sup>23</sup>. El Estado, en consecuencia, tomó control absoluto de las decisiones sobre la producción, el comercio, el financiamiento y, en general, el desarrollo de toda actividad económica.

Como cualquier otro proyecto político, el fascismo requería un discurso filosófico, económico y jurídico propio<sup>24</sup>. En el plano del Derecho privado, y más precisamente, en el plano del Derecho contractual, ese discurso estuvo representado por la teoría que consideraba que la causa era la ‘función económico-social’ del contrato<sup>25</sup>. El aspecto ‘económico’ de la causa respondía a la idea (ampliamente compartida en todos los estados europeos y por todas las políticas filosóficas y jurídicas) de que las relaciones familiares, que habían formado parte de verdaderos feudos económicos y legales durante los siglos precedentes, fuesen reguladas, no por el mercado, sino por el Estado en función de las costumbres y creencias religiosas locales. El aspecto ‘social’ de la causa, por su parte, respondía a la idea de que el contrato no sólo debía ser relevante para los contratantes sino también para la colectividad en general. Evidentemente el recurso a la idea de la ‘solidaridad contractual’ no hacía otra cosa que ocultar el verdadero propósito de la doctrina fascista: controlar desde el aparato judicial las actividades de los particulares, evitando que las mismas interfiriesen con la planificación central de la economía de la nación. La idea de la ‘causa objetiva’ en el Derecho privado era, pues, un ‘engaño muchachos’<sup>26</sup>.

<sup>16</sup> “Sigo sosteniendo, entonces, que la naturaleza viene dada por esa función económico-social, pues entiendo por naturaleza jurídica la esencia de una institución, y es en tal función donde podemos encontrar dicha esencia” (el énfasis es agregado). Ver: *Ibid.* p. 230.

<sup>17</sup> Giovanni B. Ferri ha demostrado con lujo de detalles cómo la teoría de la causa como “función económico-social” corresponde a un sistema jurídico corporativista y fascista. Según el autor indicado, “(...) durante la vigencia del modelo de la ideología dirigista, en la cual se inspiraba el legislador del 42, y con la cual se intentó teñir el sistema del Código Civil italiano, la causa fue degradada (...) a instrumento de control de la circulación de la riqueza (circulación realizada mediante el negocio); ello en la medida en la cual –siempre según una visión del ciudadano como funcionario– la fórmula de la función económico-social (invocada en la *Relazione* al Código Civil, también en materia de propiedad y de empresa (...)), era utilizada para controlar los momentos estático y productivo de la riqueza (como lo eran justamente, la propiedad y la empresa)”. Ver: “El Negocio Jurídico”. En: *Teoría General del Negocio Jurídico. 4 Estudios Fundamentales*. Traducción y edición al cuidado de Leysser L. León. Lima: Ara Editores. 2001. p. 226. También en: “Negozio Giuridico”. En: *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sessione Civile*. Vol. XV. Torino: UTET. 1995. p. 76.

Para un desarrollo inteligente del tema (y en castellano!): MORALES HERVIAS, Rómulo. “La causa del contrato en la dogmática jurídica”. En: *Negocio Jurídico y Responsabilidad Civil. Estudios en Memoria de Lizardo Taboada Córdova*, al cuidado de Freddy Escobar Rozas, Leysser L. León, Rómulo Morales Hervias y Eric Palacios Martínez. Lima: Editora Jurídica Grijley. 2004. pp. 388-459.

<sup>18</sup> Entre 1880 y 1914, casi las tres cuartas partes del mundo estaban bajo el dominio de Inglaterra, Francia, Alemania, Italia, Holanda, Bélgica, Estados Unidos de América y Japón. Ver: HOBBSAWM, E. J. “The Age of Empire 1875-1914”. New York: Vintage Books. 1987. p. 57.

<sup>19</sup> En tal sentido: WOLF, Eric. “Europe and the People without History”. Berkeley-Los Angeles-London: University of California Press. 1983. pp. 310 y siguientes.

<sup>20</sup> SAVIGNY, Friedrich Carl von. “System of the Modern Roman Law”. Volumen I. Translated by William Holloway. Connecticut: Hyperion Press, Inc. 1979. p. 270.

<sup>21</sup> La doctrina expuesta en *Rerum Novarum* fue desarrollada posteriormente en *Quadragesimo Anno* por el Papa Pio XI. Aun cuando algunos historiadores sugieren la existencia de ciertas alianzas entre la Iglesia Católica y el fascismo, está claro que los fascistas no hicieron más que tergiversar y sacar indebido provecho de las formidables doctrinas expuestas por Leo XIII y Pio XI.

<sup>22</sup> El discurso fascista se expandió rápidamente por casi todo Europa, al punto que entre 1933 y 1945 estuvo presente en Alemania, Austria, Bélgica, Croacia, Eslovaquia, España, Francia, Grecia, Hungría, Noruega, Portugal y Rumania. También se extendió a Japón y Brasil.

<sup>23</sup> El recurso al pasado de los pueblos europeos estuvo ligado al discurso nacionalista, que fue utilizado básicamente con dos propósitos: (a) reivindicar los derechos de las minorías étnicas dentro de los Estados creados después de la primera guerra mundial y (b) contraponer la idea de unidad o solidaridad nacional (corporativismo) frente a la idea de unidad o solidaridad de clases sociales (Marxismo).

<sup>24</sup> Sobre el discurso fascista en el terreno jurídico: WIEACKER, Franz. “A History of Private Law in Europe”. Translated by Tony Weir. Oxford: Clarendon Press. 1995. pp. 432 y siguientes.

<sup>25</sup> Me atrevería a afirmar el referido discurso también por la teoría de la patrimonialidad de la obligación, aunque, claro está, esto es solamente una especulación.

<sup>26</sup> En los países que desconocían la teoría de la causa, la demanda del discurso corporativista fue satisfecha a través de la exigencia de que el objeto del contrato no contravenga las “buenas costumbres”.

Con la caída de los regímenes corporativistas a causa del triunfo de los aliados en la Segunda Guerra Mundial, una nueva demanda política se instauró en los países de Europa occidental: protección de los ciudadanos frente a los excesos del Estado<sup>27</sup>. A diferencia de las anteriores demandas, esta última tomó elementos de los modelos políticos antagónicos que se habían disputado la hegemonía global en los últimos cien años (liberalismo / socialismo-comunismo), desde que nadie podía pretender el retorno del *laissez-faire* ni negar los logros que en el plano social habían conseguido las corrientes opositoras (desde el comunismo hasta el fascismo)<sup>28</sup>. Es así como se gestó el nuevo orden<sup>29</sup>, marcado por la tensión política y legal representada por el "individualismo" y el "altruismo"<sup>30</sup>. Por tanto, a fin de satisfacer esa demanda, el aparato doctrinal europeo volvió a la vieja idea de causa como "finalidad de las partes"<sup>31</sup>, aunque para ello echara mano de un lenguaje más 'sofisticado'<sup>32</sup>.

Y bueno, la historia no ha avanzado más. Salvo por el dolor de cabeza que provocan los "talibanes", 'la vida sigue igual'<sup>33</sup>.

Hoy en día, entonces, en ningún país del mundo occidental<sup>34</sup> un juez o una corte puede invalidar un contrato bajo el argumento de que el mismo no cumple una 'función social', esto es, una función que trasciende la meramente 'individual'. La teoría de la causa como 'función económico-social', que como cualquier otra teoría jurídica no hizo más que responder a las exigencias políticas vigentes en un contexto determinado<sup>35</sup>, 'ya fue, ya'.

Me extraña por eso que el profesor Arata, ¡que enseñe "Acto Jurídico" conmigo!, reviva la tesis de Mussolini. Ojalá nomás no se sienta tentado de incursionar en la enseñanza de "Derecho Constitucional".

Pero pasemos a otro tema, no vaya a ser que estemos interpretando las expresiones del profesor Arata con

<sup>27</sup> Los países de Europa oriental experimentaron esta demanda mucho después. Con la caída del muro de Berlín, las grandes diferencias políticas europeas básicamente desaparecieron.

<sup>28</sup> En el plano legal, los logros más significativos de las corrientes opositoras al *laissez-faire* fueron los siguientes: la legalización de los sindicatos, el diseño de políticas *antitrust*, la creación de regímenes especiales de arrendamiento inmobiliario y el surgimiento de la responsabilidad objetiva en materia de accidentes laborales e industriales.

<sup>29</sup> El nuevo orden es producto de la síntesis aún amorfa de las concepciones filosóficas, políticas y económicas que dominaron al mundo en los últimos tres siglos. En el plano ius-filosófico, dicho orden puede ser entendido en función de la contraposición entre el modelo liberal de "reglas abstractas" que simplemente delimitan los ámbitos de actuación de los "dominios privados" (propiedad, contrato y libertad) y el modelo social de "reglas particulares" que generan "elementos organizativos" con fines distributivos (desde impuesto a las ganancias hasta las normas *antitrust*). Las primeras tienden a proteger tanto las bondades que genera el "orden espontáneo" de las fuerzas sociales como la función de la "tradición" en la evolución de la sociedad, mientras que las segundas tienden a proteger tanto las bondades que genera la planificación central estatal como la función de la "razón" en el desarrollo de la sociedad. Enriquecedoras páginas se encuentran en: HAYEK, Friedrik August. "Studies in Philosophy, Politics and Economics". London-Chicago: Symon and Schuster. 1967. pp. 160 y siguientes.

<sup>30</sup> El "individualismo" representa los valores del "liberalismo anglosajón" (Hume, Smith) y está caracterizado por la creencia de que toda conducta individual que busca satisfacer el interés propio es perfectamente legítima. Esto significa que el individuo no está obligado a compartir sus ganancias con los demás, ni tiene derecho a que otros asuman (en todo o en parte) sus pérdidas. El "altruismo", por su parte, representa los valores del "liberalismo continental europeo" (Voltaire, Rousseau) y está caracterizado por la creencia de que la conducta individual debe buscar también el bienestar de los demás. Esto implica que el individuo también debe compartir, sacrificarse y tener piedad (con los demás). En el plano legal, los valores del "individualismo" están protegidos por "reglas" ('el acreedor tiene derecho al pago de una indemnización en caso de incumplimiento de la obligación', 'el deudor incurre en mora desde que es intimado por el acreedor', etcétera); mientras que los valores del "altruismo" están protegidos por "estándares" ('las partes deben actuar con buena fe', 'no está permitido el abuso del derecho', etcétera). Una magnífica explicación sobre la contradicción entre "individualismo" y "altruismo" en el plano legal se encuentra en: KENNEDY, Duncan. "Form and Substance in Private Law Adjudication". En: Harvard Law Review 88. 1976. pp. 1685 y siguientes. Asimismo, una magnífica explicación de la correlación entre teoría legal y movimientos político-económicos se encuentra en: KENNEDY, Duncan. "Two Globalizations of Law & Legal Thought: 1850-1968". En: Suffolk University Law Review. Vol. XXXVI. 2003. pp. 631 y siguientes.

<sup>31</sup> En palabras de Giovanni B. Ferri: "Con la caída de la ideología dirigista y el advenimiento de una Constitución liberal-democrática, también el negocio vuelve a ser instrumento para la realización de intereses eminentemente privados, y la causa vuelve a ser un elemento del negocio; ya no como instrumento ni como mecanismo de control del actuar autónomo de los particulares, tal cual pretendía el legislador de 1942 (...). En esta línea de pensamiento, toda regla negocial es expresión objetivada de finalidades subjetivas específicas". Ver: "El Negocio Jurídico". Op. Cit. p. 234.

<sup>32</sup> Querido lector, le ahorro el trabajo de tratar de leer en italiano a la doctrina más *fashion*. Sea usted un *free rider* y saque ventaja de este obsequio: tres definiciones tres de la mejor causa del mundo, ¡en su versión neoliberal!:

"La causa es la programación del funcionamiento del contrato que se deduce del reglamento de intereses; la determinación sobre su existencia implica una verificación en concreto que ab initio subsistan y sean idóneos para operar los presupuestos que surgen de dicho funcionamiento." NAVARRETTA, Emanuela. "Le Ragioni sulla Causa e il Problema dei Remedi. L'Evoluzione Storica e le Prospettive nel Diritto Europeo dei Contratti". En: Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni. Anno CI, Fascicolo 11-12, Novembre-Dicembre. Milano: Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi. 2003. p. 986.

"La causa del contrato comprende los intereses de la parte que el contrato debe asegurar, porque forman la razón justificativa del contrato mismo" (ROPPO, Vincenzo. "Il Contratto". En: Trattato di Diritto Privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti. Milano: Giuffrè Editore. 2001. p. 377).

"El interés fundamental que el negocio está destinado a realizar es siempre desde el punto de vista fenomenológico un interés práctico individualizado y definitivo" (SCALISI, Vincenzo. "Il Negozio Giuridico tra Scienza e Diritto Positivo. Teoria, Manifestazione, Astrazione, Inefficacia". Milano: Giuffrè Editore. 1998. p. 336).

Y, ¿entendí?

<sup>33</sup> Igual de violenta e infame que hace un siglo; aunque claro, ahora los escenarios son otros y los discursos de ambos bandos son más sofisticados, pero no por ello menos repulsivos.

<sup>34</sup> A no ser, claro está, que se trate de un país con un gobierno totalitario (Cuba, por ejemplo).

<sup>35</sup> Uno de los ejemplos más dramáticos de la relación entre política y teoría jurídica es, sin duda, el protagonizado por el colonialismo europeo del siglo XIX y la doctrina positivista del Derecho Internacional. Como ha sido demostrado, fue dicha doctrina la encargada de legitimizar (a través de la creación del concepto de "soberanía" y de la elaboración de la distinción entre naciones "civilizadas" y "no civilizadas") conquista y desposesión, imposición y destrucción, a lo largo y ancho de territorios africanos y asiáticos. Semejantes resultados jamás habrían gozado de legitimidad al amparo de la doctrina del Derecho natural, que proclamaba el sometimiento de todas las naciones a las leyes del "estado natural" y, por tanto, que negaba validez a la distinción entre estados "civilizados" y "no civilizados". Para una documentada y sugestiva exposición sobre el tema: ANGHIE, Antony. "Finding the Peripheries: Sovereignty and Colonialism in Nineteenth-Century International Law". En: Harvard International Law Journal. Vol. 40. 1999. pp. 2 y siguientes.

una 'diligencia' menor que la que requieren sus escritos. Y ya sabemos que él se enoja cuando no leemos 'inteligentemente' sus frases. Veamos qué más hay en la 'viña del señor'.

En base a su teoría fascista de la causa y a su singular entendimiento de la naturaleza jurídica de las cosas, el profesor Arata nos regala una frase exquisita, que estoy seguro será estudiada en el futuro como muestra de la sublime 'síntesis' de dos escuelas ius-filosóficas que, si bien fueron antagónicas por algunos siglos, tuvieron la suerte de ser reconciliadas por un peruano, para orgullo de todos:

"... si es la causa de un negocio la que determina su naturaleza, ¿por qué no podemos señalar que la naturaleza de la operación de reporte es la de un mutuo de dinero con prenda irregular, con la especial característica de que el "acreedor-reportante" puede quedarse con los valores en caso de incumplimiento?"<sup>36</sup> (el énfasis es agregado).

No sé si usted lector se da cuenta de la sutileza ¿No? Le voy a explicar. El Reglamento establece que la operación de reporte está compuesta por una doble venta. No obstante ello, el profesor Arata sostiene que la 'esencia' de dicha figura descansa en el préstamo con garantía prendaria. En términos gráficos:

Reglamento:  $R = Vv + Viv$

Profesor Arata:  $R = Pd + Gp$

Donde:  $R$  es reporte,  $Vv$  es venta de valores (al contado o a plazo),  $Viv$  es venta inversa de valores (a plazo),  $Pd$  es préstamo de dinero y  $Gp$  es garantía prendaria de valores.

Anticipando una objeción obvia (si el "acreedor-reportante" en ningún caso ejecuta los valores, ¿cómo el reporte puede tener la naturaleza jurídica de un préstamo dinerario con prenda de valores?), el profesor Arata se encarga de hacernos saber que en el caso bajo análisis el préstamo con garantía prendaria presenta una "característica especial" que no presentan otros préstamos de la misma especie: el "acreedor-reportante" sí puede 'apropiarse' de los valores prendados.

Entonces, en términos gráficos su planteamiento es:

$$R = Pd + Gp + Pc$$

Donde:  $Pc$  es pacto comisorio.

Ahora bien, ¿cuál es el problema? Muy simple:

$$\begin{aligned} R, Vv, Viv, Pd, Gp &\in Oap \\ Pc &\notin Oap \\ Pc &\in Orp \\ Oap &\neq Orp \end{aligned}$$

Donde:  $Oap$  es el conjunto de operaciones aceptadas por el ordenamiento peruano y  $Orp$  es el conjunto de operaciones rechazadas por el ordenamiento peruano.

Como usted querido lector lo sabe muy bien, en nuestro ordenamiento jurídico no existe la posibilidad de 'apropiarse' del bien dado en garantía en caso de incumplimiento. Esa posibilidad está expresamente vedada en los artículos 1066 y 1111 del Código Civil<sup>37</sup>. En el mundo de los conceptos, sin embargo, esa posibilidad es aceptada, al igual que la posibilidad de tener varias esposas legítimas al mismo tiempo ("poligamia") o la posibilidad de castigar físicamente a las susodichas ("chastisement").

Pues bien, el profesor Arata considera que la naturaleza jurídica del reporte bursátil, esto es, de un contrato tipificado, aceptado por el ordenamiento jurídico peruano, está determinada ¡por una categoría conceptual rechazada por dicho ordenamiento! En efecto, para él la "esencia" del reporte tipificado en el Reglamento viene dada por su correspondencia a una posibilidad que existe sólo en el reino de los conceptos, en el reino del Derecho natural. Lo curioso es que para sustentar su conclusión ius-naturalista se basa ¡en la teoría fascista de la causa! El profesor Arata ha reconciliado, pues, a De Vitoria con Hobbes, a Grotius con Austin, a Pufendorff con Bentham. *That's cool man!*

Siguiendo su línea de pensamiento, que supone explicar la naturaleza jurídica de un fenómeno aceptado por el ordenamiento peruano en función de sus "similitudes" con otro fenómeno al margen de si el mismo es aceptado o rechazado por dicho ordenamiento, sería perfectamente posible echar mano de la "dote

<sup>36</sup> Arata Delgado, Carlos. "Reflexiones en torno al contrato de... ¿reporte?... ¿en el Perú?". Op. Cit. p. 229.

<sup>37</sup> Nota del Editor: Actualmente, con la promulgación de la Ley de la Garantía Mobiliaria, Ley 28677, publicada en el diario oficial "El Peruano" el 1 de marzo de 2006, cuya entrada en vigencia quedó postergada hasta el 29 de mayo del mismo año (3 meses después), el pacto comisorio en materia mobiliaria, es decir, la adquisición por el acreedor de las garantías mobiliarias constituidas en su favor en respaldo de determinadas obligaciones, se encuentra permitido. No obstante ello, el presente artículo fue culminado con fecha 25 de febrero de 2006, es decir, antes de la publicación de la mencionada ley, por lo que, efectivamente, en dicho momento el pacto comisorio se encontraba prohibido y, por consiguiente, cualquier acuerdo en tal sentido se encontraba viciado de nulidad. Asimismo, los artículos anteriores del autor y del doctor Carlos Arata fueron elaborados cuando el pacto comisorio se encontraba prohibido.



matrimonial” para explicar la ‘esencia’ de las donaciones efectuadas por el padre de la novia al sufrido novio, sin que importe que aquella institución, para desgracia nuestra, ya no habite más los dominios del Derecho positivo bicolor.

He aquí pues la tercera paradoja: mientras a mí me acusa de ‘ignorante’ y ‘falaz’, él se da el lujo no sólo de hacer tabla rasa de la cultura jurídica acumulada por siglos, sino también de reclamar para sí mismo coherencia lógica mientras destruye la teoría de conjuntos. *Que te perdone Dios, que te perdone...*

Afirmé en líneas precedentes que yo no confundo préstamo bursátil con reporte. ¿Cómo puedo probar esta afirmación? Ah! ya sé: pido que se me aplique esa teoría procesalista según la cual el acusado no tiene que probar un hecho negativo. Esa teoría se ajusta perfectamente a mi caso porque yo nunca pronuncié palabra alguna sobre el préstamo bursátil, nunca lo ‘menté’. Si yo no dije que el préstamo bursátil era ‘esto’ o ‘aquello’, ¿cómo puedo confundirlo con el reporte?

Uy se me acaba de ocurrir otra defensa. En aplicación de lo dispuesto por el artículo 141 del Código Civil, el profesor Arata no puede deducir de mi silencio confusión alguna. *No way!*

d) Speaking words of wisdom..., let it be

¿Por qué nos preguntamos acerca de la naturaleza jurídica de un hecho o de una situación? En otros

sistemas los jueces y abogados no se preguntan por la ‘naturaleza jurídica de las cosas’. En el *Common Law*, por ejemplo, un juez se pregunta si el caso X es similar al caso Y o al caso Z, a fin de determinar si la regla enunciada en alguno de estos dos últimos casos puede regir o informar a la que tiene que dictar. Eventualmente, el juez puede considerar que a pesar que el caso X es similar al caso Y o al caso Z, la decisión anterior no debe ser aplicada a las partes que litigan ante él debido a que existen razones fundadas para fallar en otro sentido.

Evidentemente el *Common Law* no desconoce la existencia de categorías conceptuales<sup>38</sup>. El tratamiento de los problemas legales, sin embargo, no depende finalmente de tales categorías sino de las distintas “*policies*” que rodean a cada caso<sup>39</sup>. Así, por ejemplo, las promesas sin “*consideration*”, que en principio no son vinculantes, pueden llegar a serlo si es que el juez considera que existen ‘buenas razones’ para ello. Por tanto, si yo, por ejemplo, prometo regarle un libro descatalogado al profesor Arata, él no me puede exigir el cumplimiento de mi promesa debido a que la misma carece de “*consideration*”.

El juez, sin embargo, puede considerar que en este caso concreto sí debo cumplir mi promesa en tanto que, por un lado, el profesor Arata no sólo confió en que así lo haría sino que además dejó pasar una magnífica oportunidad para adquirir el referido libro; y, por el otro, yo pude razonablemente anticipar que el profesor Arata confiaría en mi promesa y dejaría pasar la oportunidad de adquirir el valioso ejemplar.

<sup>38</sup> El *Common Law* recibió, a través de John Austin, la influencia del pensamiento legal alemán (Savigny), por lo que a pesar de haber operado al margen de códigos escritos, dicho sistema compartió con el *Civil Law* el mismo método jurídico durante una buena parte del siglo XIX. Posteriormente, sin embargo, el *Common Law* se liberó de la “influencia romanista” sin mucho esfuerzo. En los Estados Unidos de América fue el *Legal Realism*, heredero directo de Oliver Wendell Holmes Jr., el encargado de hacer volar en pedazos el sistema conceptual que había recreado Christopher Columbus Langdell. Sobre el positivismo en el *Common Law*: MURPHY, James Bernard. “The Philosophy of Positive Law. Foundations of Jurisprudence”. New Haven-London: Yale University Press. 2005. pp. 117 y siguientes. Sobre el colapso del pensamiento legal clásico en los Estados Unidos de América: HORWITZ, Morton J. “The Transformation of American Law: 1870-1960. The Crisis of Legal Orthodoxy”. New York-Oxford: Oxford University Press. 1992. pp. 169 y siguientes.

<sup>39</sup> Las “*policies*” no son otra cosa que las consideraciones de carácter extralegal (éticas, económicas, etcétera) que los jueces toman en consideración a fin de decidir *ex post facto* la regla aplicable al caso materia de controversia. Cada caso generalmente envuelve diferentes “*policies*”, de modo que tanto demandado como demandante pueden argumentar que la sociedad en su conjunto estaría mejor si el juez tomara en cuenta ciertas “*policies*” en lugar de otras. La tarea del juez consiste entonces en decidir qué “*policy*” es más importante que las demás para el caso concreto. Un magnífico ejemplo de la forma en la que diferentes “*policies*” compiten en un caso concreto se encuentra en *Deep versus Recording Indus. Ass’n of Am.* (United States Court of Appeals for the Seventh Circuit - 2003). En este caso, los demandantes (diversas industrias titulares de derechos de propiedad intelectual sobre canciones) buscaban una medida cautelar que impidiera al demandado seguir operando el software llamado “Aimster”, que permitía a sus usuarios intercambiar archivos con canciones bajo códigos encriptados a través de Internet. El juez Posner reconoció que los derechos de propiedad intelectual de los demandados estaban siendo vulnerados por los usuarios de “Aimster”. Sin embargo, reconoció también que “Aimster” podía ser empleado con fines lícitos y que el creador de programas de Internet no podía ser responsable *per se* por los actos ilícitos que terceros perpetraran mediante el uso de dichos programas. Más aún, reconoció que la plataforma sobre la que corría “Aimster” era operada por empresas vinculadas a los propios demandantes, por lo que, de seguir ciertos argumentos de estos últimos, sus propias empresas vinculadas terminarían siendo responsables de los daños provocados por el intercambio ilegal de archivos con canciones. Sin embargo, debido a que las evidencias demostraban que la gran mayoría de usuarios de “Aimster” intercambiaba material prohibido y que los ejemplos incluidos en el propio programa para enseñar a tales usuarios a encriptar los archivos eran ejemplos que operaban con archivos de canciones y no con otro tipo de material, el juez Posner concluyó que era razonable pensar que el operador de “Aimster” podía perfectamente suponer que su creación sería empleada principalmente para fines ilícitos. En ese sentido, analizando los costos y beneficios que la sociedad obtendría con la operación de un programa generalmente empleado para fines ilícitos, con los costos y beneficios que la sociedad obtendría con la desactivación de dicho programa, el juez Posner concluyó que era más eficiente conceder la medida cautelar. Es interesante hacer notar que la decisión del juez Posner se apartó del precedente generado en *Sony Corp. Of America Inc. versus Universal City Studios, Inc.* (Supreme Court of the United States of America - 1984). Dicho precedente estableció que si bien el “betamax” creado por el demandado podía ser usado tanto para fines lícitos (grabar un programa de televisión que no se podría ver a tiempo) como para fines ilícitos (crear colecciones paralelas de programas de televisión sin comerciales, etcétera), las evidencias demostraban que la gran mayoría de usuarios empleaba dicho bien para fines lícitos. En este sentido, comparando los costos y los beneficios que la sociedad obtendría si se prohibiera la comercialización del “betamax” y se preservara de este modo la intangibilidad de los derechos de los demandados, con los costos y los beneficios que la sociedad obtendría si se permitiera la comercialización del “betamax” y se generara de este modo la oportunidad de que tales derechos sufrieran violaciones no significativas, la corte optó por declarar infundada la demanda y permitir que Sony siguiera comercializando el referido bien.

Como se podrá advertir, pues, en el *Common Law* las consecuencias legales están determinadas en última instancia por las 'buenas razones' que un juez puede tener para fallar en un sentido o en otro (esto es, para determinar *ex post* cuáles son las consecuencias legales del comportamiento de las personas). Entre esas 'buenas razones' sobresale notablemente la preocupación sobre los efectos que la decisión judicial puede generar en el bienestar general de la sociedad.

En el *Civil Law*, claro está, operamos de otro modo. En nuestro sistema sí nos preguntamos acerca de la 'naturaleza jurídica de las cosas' debido a que el mismo está constituido por una pirámide de conceptos a los cuales el legislador ha ligado efectos jurídicos, de modo tal que cada hecho o situación debe encontrar su lugar en dicha pirámide a fin de que exista certidumbre sobre el tipo de efectos que produce. Así es, a pesar de que nuestro sistema se basa en buena parte en el material casuístico proporcionado por el Derecho romano, la mano de la escuela Pandectista ordenó racionalmente<sup>40</sup> dicho material y lo presentó al mundo, de la mano de Savigny y Puchta<sup>41</sup>, en forma de conceptos jerárquicamente organizados que descienden de lo más general a lo más específico, cubriendo íntegramente la intrincada gama de relaciones sociales<sup>42</sup>.

De este modo, pues, cuando enfrentamos un problema concreto y necesitamos determinar qué regla es aplicable al mismo, nos preguntamos por la naturaleza jurídica del hecho o de la situación que nos toca afrontar, para así individualizar las consecuencias jurídicas que han ingresado o van a ingresar a nuestra esfera jurídica individual<sup>43</sup>. Como ya me estoy pareciendo a los mencionados<sup>44</sup>, mejor les cuento una historia.

Imaginemos que el profesor Arata y yo celebramos un contrato en virtud del cual, a cambio del pago de una suma determinada, yo asumo dos obligaciones, a saber: (a) fabricar con mis propios materiales un juego de luces de escena especialmente diseñado para él y (b) entregarle en propiedad dicho bien. Imaginemos además que mientras trabajo en el asunto un tercero interesado en el juego de luces en cuestión me ofrece una cantidad mayor que la que me tiene que pagar el profesor Arata. En esas circunstancias subrepticamente recuerdo a Posner y digo: 'Escobar incumple eficientemente el contrato', ¡pórtate racionalmente! Lamentablemente, sin embargo, el juego de luces a medio hacer queda destruido debido a que una combi asesina se estrella contra mi taller. Ante esa situación, llamo a mi Estudio y luego de 'poner en autos' a uno de mis asociados, le pregunto cuál es mi situación jurídica. El me responde si me refiero a mi situación jurídica frente a la combi asesina. Yo le digo que no, que me refiero a mi situación jurídica frente al profesor Arata. El me dice: "ah, depende: si el contrato celebrado con el profesor Arata es un contrato de compraventa, tú no tienes derecho a exigirle el pago del monto pactado, pues el artículo 1567 del Código Civil establece que el riesgo de la pérdida del bien por causa no imputable a los contratantes pasa al comprador en el momento de su entrega. Pero si el contrato de marras es un contrato de obra, tú tienes derecho a exigirle el pago del porcentaje del monto pactado que represente la parte de la obra ejecutada, pues el artículo 1788 del Código Civil establece que en caso de pérdida de la obra por causa no imputable a las partes, el comitente no está obligado a pagar la retribución proporcional de la parte de la obra no ejecutada. Ante su 'gran ayuda' le pido que me diga qué contrato es el que he celebrado con el profesor

<sup>40</sup> Esto tiene una explicación bastante sencilla: el 'espíritu de la época'. En efecto, durante los siglos XVIII y XIX el racionalismo penetró todas las disciplinas del conocimiento humano, al punto que incluso las artes fueron seducidas por las ideas de armonía de proporciones, simetría, orden y elegancia. Ahí están Bach, Handel, Haydn y Mozart; también Poussin, David e Ingres. Una colosal muestra de la fe en la razón la encontramos en la decisión de poner en efecto un nuevo calendario, que dividía el año simétricamente (cada año tenía cuatro estaciones, cada estación tenía tres meses de treinta días, cada mes tenía tres semanas de diez días). Septiembre de 1792 fue el año I de ese nuevo calendario. En lo que se refiere a nuestra disciplina, los juristas, que no quisieron ser menos que los científicos de verdad, aplicaron el "método de la razón", que consistía en presentar los fenómenos bajo estudio (las relaciones jurídicas) de manera "sistemática" y en deducir de la interacción de tales fenómenos "principios" y "categorías". Estos "principios" y "categorías" permitirían solucionar lógicamente cualquier problema concreto que se presentara en la realidad. De este modo, la ayuda de la moral dejaría de ser relevante y el Derecho adquiriría la condición de "ciencia". Para un interesante análisis de la relación entre las disciplinas exactas (particularmente la geometría) y el pensamiento legal clásico: KRONMAN, Anthony T. "The Lost Lawyer". Cambridge-London: The Belknap Press of Harvard University Press. 1993. pp. 170 y siguientes.

<sup>41</sup> A pesar de la fuerte oposición de su maestro, Georg Friedrich Puchta terminó colaborando con el movimiento codificador germano. Al hacerlo, dejó la impronta de Friedrich Carl von Savigny en el texto del B.G.B.

<sup>42</sup> GLYN WATKIN, Thomas. "An Historical Introduction to Modern Civil Law". Brookfield-Singapore-Sydney: Aldershot. 1999. pp. 132 y 133.

<sup>43</sup> En América Latina este modo de enfrentar el fenómeno jurídico no es sino una consecuencia de una serie de desafortunados eventos. Primero: la decisión de los criollos de adoptar los códigos europeos del siglo XIX en lugar de modificar las leyes coloniales y adoptarlas a la nueva realidad política y económica. Segundo: la importación de los Tratados de Derecho Civil, sin los cuales los juristas locales jamás habrían entendido el contenido de los cuerpos normativos importados. Tercero: la aparición de Aubry y Rau, quienes explicaron el Código de Napoleón en 'clave germana', introduciendo en tierras galas y latinoamericanas el método científico de Savigny. Cuarto: la influencia positivista de Jeremy Bentham a través de la obra Andrés Bello. Los resultados de tan singular y desconcertador cóctel se sienten hasta ahora. Para un detallado análisis sobre el movimiento codificador latinoamericano del siglo XIX: MIROW, M. C. "Latin American Law. A History of Private Law and Institutions in Spanish America". Austin: University of Texas Press. 2004. pp. 97 y siguientes.

<sup>44</sup> El sistema conceptual heredado de la escuela pandectista alemana presenta una serie de problemas de fondo y forma. De todos ellos el más importante es el que genera la idea de que los conceptos que integran dicho sistema pertenecen a una realidad objetiva. Esta idea convierte al Derecho en un conjunto limitado de categorías lógicas, con un contenido predeterminado, rígido e inflexible. Así modelado, es imposible que el Derecho sea capaz de responder de manera apropiada a las cambiantes exigencias de la vida real. Para una extraordinaria crítica al sistema conceptual europeo: GÉNY, Francois. "Méthode d'Interprétation et Sources en Droit Privé Positif". Paris: F. Pichon et Durand-Auzias. 1919. pp. 59 y siguientes.

Arata: compraventa u obra. Él me dice: “no sé, hay que analizar su naturaleza jurídica”.

¿Qué significa esto que mi asociado dice? Significa que hay que determinar si las características del contrato materia del problema concreto corresponden a las que el legislador ha anexado al contrato de compraventa o al contrato de obra. Hallando la naturaleza jurídica del contrato en cuestión yo podré saber si tengo o no derecho a exigirle al profesor Arata el pago del monto pactado (precio o retribución).

Volvamos a nuestra historia. Después de varios días, mi asociado aún no tiene respuesta (para variar). Felizmente para mí el Congreso de la República aprueba una ley con efectos retroactivos, creando el “contrato de compra-obra”. En el artículo 1 de esa ley se puede leer lo siguiente: “Habrà compra-obra cuando una de las partes, a cambio del pago de una suma de dinero, asume la obligación de fabricar con sus propios materiales un bien y la obligación de transferir a la otra parte la propiedad de dicho bien”. Por otro lado, en el artículo 376 de esa ley se puede leer lo siguiente: “Considerando la importante función económico-social que cumple el contrato de compra-obra, la parte que encarga la fabricación del bien deberá pagar el monto acordado aun en caso de pérdida o destrucción del bien sin culpa de las partes”.

Con la promulgación de esta ley mi asociado ya no tiene que ‘mecermé’ más. ¿Por qué? Porque sé que, al amparo de lo dispuesto en la referida ley, el contrato que celebré con el profesor Arata no es un contrato de compraventa, ni un contrato de obra; es un contrato de compra-obra. El hecho de saber que el contrato materia del problema es un contrato de compra-obra me permite a su vez saber que tengo derecho a exigirle al profesor Arata el pago del monto pactado.

Esta historia, amable lector, explica en términos bastante sencillos y amigables qué es y para qué sirve la naturaleza jurídica de las cosas. Pero volvamos al mágico mundo del profesor Arata y veamos cómo nos enreda con sus conceptos.

Basado en su teoría ‘fascista-normativista-iusnaturalista’ sobre la causa y la naturaleza jurídica, el profesor Arata considera que, a pesar de estar regulado como contrato autónomo, el reporte bursátil tiene la naturaleza jurídica de un préstamo de dinero con prenda irregular de acciones.

Además de las objeciones planteadas al punto de partida adoptado por el profesor Arata, es posible

efectuar otras dos objeciones a la validez de su conclusión.

Primero, desde un punto de vista lógico, ¿por qué el contrato tipificado X (reporte) tiene la naturaleza ‘del’ contrato tipificado Z (préstamo con prenda)? ¿Por qué más bien el contrato tipificado Z (préstamo con prenda) no tiene la naturaleza ‘del’ contrato tipificado X (reporte)? En otras palabras, si ambos contratos tienen la misma ‘función económico-social’, si ambos contratos gozan del mismo reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico, ¿por qué el primero tiene la naturaleza ‘del’ segundo y no el segundo la naturaleza ‘del’ primero? No es una respuesta aceptable indicar que el primero (reporte) tiene la naturaleza ‘del’ segundo (préstamo con prenda) debido a que el primero fue inventado por el hombre antes que el segundo o porque el primero fue positivizado por el legislador antes que el segundo. El criterio histórico es eso, histórico, no jurídico.

Segundo, desde un punto de vista jurídico ¿cuál es la relevancia positiva de la afirmación de que el reporte tiene la naturaleza jurídica del préstamo con garantía prendaria? En otras palabras, ¿esa afirmación produce algún efecto jurídico? ¿Esa afirmación hace que el reporte se sujete a una regulación y no a otra? Para ponerlo en términos técnicos, ¿la realidad jurídica pre-existente sufre alguna alteración como consecuencia del diagnóstico sobre la naturaleza jurídica del reporte? *No way!* ¿Entonces para qué nos sirve saber que el reporte tiene la naturaleza del préstamo con garantía prendaria?

Desde una perspectiva jurídica, es claro pues que la declaración del profesor Arata sobre la naturaleza jurídica del reporte tiene exactamente la misma relevancia que la declaración del profesor ‘Trisano Viejo’ Pelusso<sup>45</sup> sobre lo injusto que resulta que al ‘pulpo’ Jayo lo hayan expulsado en el partido con Alianza Atlético de Sullana.

Pero como el profesor Arata es el dueño del circo, se da el lujo de afirmar que mi tesis es “simplista” e “ilógica”. Lo primero en el fondo no me preocupa, pues francamente ya no sé si el adjetivo tiene a estas alturas del partido una connotación negativa. Lo segundo, en cambio, sí ¿Por qué? Porque significa que mis ideas carecen de racionalidad, que mis afirmaciones son contradictorias, que mis conclusiones son incongruentes.

Yo he vuelto a leer mi artículo y no he encontrado una sola afirmación que no se derive lógicamente de

<sup>45</sup> Una explicación sobre el significado de ‘Trisano Viejo’ se puede encontrar en las páginas de “El Bocón”.

otra afirmación previa. Lo invito querido lector a efectuar el ejercicio (y si encuentra que el profesor Arata tiene razón, entonces le invito un cebiche, a usted, no a él)<sup>46</sup>. El profesor Arata, sin embargo, me ha acusado de ser "ilógico" sin demostrarlo. Fiel a su estilo, me ha imputado (otra vez) conclusiones o consecuencias que no se derivan de mis ideas expresadas en blanco y negro. Veamos:

"Si la sola tipificación da autonomía en cuanto a la naturaleza: ¿dos contratos no tipificados sí pueden tener la misma naturaleza?, ¿un contrato no tipificado puede tener la misma naturaleza que uno típico? Bajo un criterio como el de Escobar sí podrían por cuanto no tienen un tratamiento legislativo autónomo. Ello carece de lógica. ¿Acaso se podía afirmar que mientras la operación de reporte no estuvo regulada sí tenía la naturaleza del mutuo de dinero con garantía prendaria irregular? Sostener, por lo tanto, lo que sostiene Escobar, carece de mayor asidero pues no explica determinadas situaciones como las antes descritas"<sup>47</sup>.

Antes de responder a las preguntas que el profesor Arata ha formulado y respondido para 'conducir' mi tesis al error, es necesario efectuar una brevísima explicación en torno a los contratos no tipificados, traídos a colación por aquél.

Si yo celebro el contrato X, existen hasta tres posibilidades: que ese contrato responda exclusivamente a las características de determinado contrato tipificado (compraventa por ejemplo), que ese contrato responda a las características de determinados contratos tipificados (compraventa y locación de servicios por ejemplo) o que ese contrato no responda a las características de algún contrato tipificado. En el primer caso diré que el contrato X es una compraventa, en el segundo diré que el contrato X es un "contrato atípico mixto" y en el tercer caso diré que el contrato X es un "contrato atípico puro". Bajo los tres escenarios, el contrato X pertenecerá a la 'pirámide' (ya que ésta permite celebrar contratos típicos y atípicos).

Vamos a las preguntas:

*¿Dos contratos no tipificados sí pueden tener la misma naturaleza?* No es que pueden, tienen la misma naturaleza: "contratos no tipificados"<sup>48</sup>. En efecto, los contratos tipificados tienen una naturaleza particular o específica: contrato tipificado A (compraventa), contrato tipificado B (permuta), contrato tipificado C (arrendamiento), etcétera. Cada uno de esos contratos está sometido a un conjunto exclusivo de normas, las cuales responden a las características propias de los distintos intereses de las partes. Los contratos no tipificados, en cambio, tienen una naturaleza genérica: "contratos no tipificados". Ninguno de ellos está sometido a un conjunto exclusivo de normas. Es verdad que a los contratos no tipificados les asignamos 'nombres' ("contrato de franquicia", "contrato de venta en consignación")<sup>49</sup>. Es verdad también que a tales contratos les asignamos regulaciones más o menos estandarizadas, con el propósito de generar un "marco normativo" consuetudinario. Cuando hacemos tales cosas, sin embargo, generamos una "tipicidad social", que, a diferencia de la legal, no determina consecuencia legal alguna<sup>50</sup>.

*¿Un contrato no tipificado puede tener la misma naturaleza que uno típico?* ¡No pues! ¿De dónde sale semejante idea? Por si acaso, de la proposición que yo formulé (si X es contrato típico, entonces X tiene la naturaleza X) no se deriva la conclusión que el profesor Arata, astutamente, pretende imputarme. Un contrato no tipificado no puede tener, por definición, la naturaleza de un contrato tipificado. *That's basic man!* Lo que puede ocurrir es que un contrato no tipificado tome 'elementos' de varios contratos tipificados. Pero es justamente ese hecho (el nutrirse de varios contratos tipificados) el que impide que el contrato de marras tenga la naturaleza de alguno de los contratos tipificados de los cuales se alimenta.

*¿Acaso se podía afirmar que mientras la operación de reporte no estuvo regulada sí tenía la naturaleza*

<sup>46</sup> Para que no se emocione mucho querido lector, le advierto que esta oferta la hago desde la hermosa ciudad de Cambridge, por lo que me reservo el derecho de someterla a las leyes del Estado de Massachusetts (U.S.A.), que establecen, como no podía ser de otro modo, la libre revocabilidad de los actos sin 'consideration'.

<sup>47</sup> Arata Delgado, Carlos. "Reflexiones en torno al contrato de... ¿reporte?... ¿en el Perú?". Op. Cit. p. 229.

<sup>48</sup> Eventualmente, uno es "mixto" y el otro "puro" (lector, ¡no sea mal pensado!). Pero para efectos prácticos eso no importa, ya que a los "mixtos" y a los "puros" les aplicamos por "analogía" las normas de los "típicos" más "afines".

<sup>49</sup> Es importante indicar que en este plano ningún grupo social puede reclamar privilegio alguno sobre sus creaciones contractuales. Así, por ejemplo, a pesar de que un grupo social haya utilizado por un siglo el término "franquicia" para referirse a ciertas operaciones contractuales, otro grupo puede utilizar el mismo término para referirse a otro tipo de operaciones contractuales. Ante la ley, ninguno de esos grupos puede considerar que 'su' "franquicia" es la verdadera y, por tanto, que 'su' gama de operaciones contractuales es la que ha generado el supuesto de "tipicidad social".

<sup>50</sup> El hecho de que eventualmente el juez deba tomar en cuenta la costumbre no contradice esta afirmación, desde que la necesidad de valorar los elementos consuetudinarios vendría impuesta por la ley, de modo que ésta sería la que le otorgue efecto jurídico a la "tipicidad social". Sobre cómo la costumbre no es propiamente una fuente del Derecho: AUSTIN. John. "The Providence of Jurisprudence Determined". Ashgate: David Campbell & Phillip Thomas Eds. 1998. pp. 21 y siguientes.

*del mutuo de dinero con garantía prendaria irregular?*

En efecto, mientras el reporte no estuvo regulado era absolutamente factible considerarlo "mixto", en tanto está formado por la coligación de dos "típicos": préstamo y prenda. En esa situación, se le habría aplicado por analogía las normas del préstamo o de la prenda, dependiendo del tipo de problema presentado. Una vez tipificado, el reporte claramente dejaría de ser "mixto" y pasaría a ser "reporte". De este modo, las normas del préstamo o de la garantía no serían de aplicación (analógica) al mismo.

Bueno, basta de *free riders!* Como el amable lector habrá notado, tenemos pues una nueva paradoja: el profesor Arata me acusa injustamente de "ilógico", cuando él es ¡recontra falaz!

El artículo del profesor Arata está, querido lector, lleno de ideas bastante curiosas (como aquella según la cual no se puede asimilar el arrendamiento al usufructo)<sup>51</sup>. Sería 'simpático' someter cada una de esas ideas a un '*hard test*'. Pero le quiero confesar algo: en unos días más debo viajar a Austin a disputar un torneo de soccer organizado por *The University of Texas*. ¿Usted que haría en mi lugar, amable lector? ¿Seguir con este asunto o ir a patear pelota? Claro, ¡y no va a ser!

#### IV. ADIÓS, ¡TE VIMOS LUCHAR!

De mi parte, este es el último 'round'. No es que esté acostumbrado a tirar la 'toalla' (creo que en más de una ocasión he demostrado lo contrario, ¡saludos a los caídos con honor!). Es que el tema de la naturaleza jurídica me aburre. Luego de varios años de estar inmerso en el fascinante mundo de la jurisprudencia de conceptos, hoy tengo otro tipo de intereses. Ahora me importa más determinar los efectos económicos de las leyes que ocupar mi tiempo en dilucidaciones conceptuales que en verdad no son muy difíciles de realizar. En breve, pues, estoy interesado en 'cómo cambiar las cosas' antes que en 'cómo describirlas mejor'.

Recordando mis primeros años en la Facultad, se me viene a la mente la imagen del 'árbol jurídico' con el que solíamos trabajar en el curso de "Introducción al Derecho", al momento de analizar los problemas que planteaba el caso bajo estudio. Con la 'mirada' fija en ese árbol, puedo decir la 'naturaleza jurídica del reporte' es una hoja inerte, que yace en el piso, arrancada por la tormenta de la tipicidad. La 'naturaleza jurídica del reporte' es, pues, una 'naturaleza muerta', y como soy agnóstico ni siquiera me voy a detener a rezarle un credo: *serenity now!*

Cambridge, 25 de febrero del 2006

<sup>51</sup> Siguiendo el modo de pensar del profesor Arata, sería perfectamente posible afirmar que el usufructo es un 'arrendamiento' con un 'pacto de disfrute'. En efecto, si él concluye que "(...) la naturaleza de la operación de reporte es la de un mutuo de dinero con prenda irregular, con la especial característica de que el "acreedor-reportante" puede quedarse con los valores en caso de incumplimiento?" (Arata Delgado, Carlos. "Reflexiones en torno al contrato de... ¿reporte?... ¿en el Perú?". Op. Cit. p. 229), no veo por qué yo no pueda concluir, en línea con su tesis, que el usufructo es un arrendamiento con la 'característica especial' de que el arrendatario también puede gozar de los frutos.

Resulta curioso que el profesor Arata me llame la atención por plantear la existencia de una similitud entre el arrendamiento y el usufructo ("Debe recordar Escobar que a nadie se le ha ocurrido semejante idea por cuanto estos dos contratos persiguen finalidades distintas: el usufructo confiere las facultades de usar y disfrutar, mientras que el arrendamiento solo el de usar (...). Las diferencias son obvias, por lo que resulta sorprendente una afirmación como la de Escobar" (Pie de página 18)). ¿Qué dirán los abogados de 'La Católica' que han obtenido su título profesional escribiendo trabajos sobre el arrendamiento y el usufructo? Es más, ¿qué dirán los jurados que aprobaron esos trabajos? Según el profesor Arata, todos ellos perdieron el tiempo, pues las diferencias entre ambas figuras son obvias. Le recomiendo al profesor Arata que revise los trabajos de Alfredo Bullard y Fernando Cantuarias al respecto ¿En qué libros? No pues, que él los busque. Ya bastante 'info' le he dado.