

La impronta mercantilista del nuevo Código Civil del Perú

Nacimiento, vida, pasión, muerte y
resurrección del Derecho Mercantil

Carlos Torres y Torres Lara

Se ha dicho, con razón, que el nuevo Código Civil del Perú (1984), se distingue de su predecesor (1936) en que éste fue de corte patrimonialista mientras que el nuevo tiene a la persona como centro de gravitación. Sin embargo, otro tema igualmente importante, pero menos difundido, es también la nueva orientación mercantilista del Código que este trabajo aborda.

ANTECEDENTES HISTORICOS

Nacimiento

EL DERECHO MERCANTIL irrumpe en la historia de diversas maneras y en distintos tiempos. Pero su forma de aparición más significativa se centra en la edad media cuando aparecen los primeros ambulantes. (Galgano, 1980: 38).

En efecto, de feudo en feudo, ciertos hombres transitan con sus carretas y algunos productos para su venta. Son bien recibidos en cada lugar, pues carecen de capacidad destructiva y traen cosas que recrean, llevándose otras usuales para el lugar. Ese ambulante se caracteriza por varios puntos de importancia: no compra para consumir sino para revender, es decir, compra lo que no necesita, sino aquello que otros necesitan y usa los caminos terrestres (o marítimos en el caso del comercio por mar). Este fenómeno se plasma con mayor fuerza a medida que Europa

sale de la época negra de la invasión bárbara y de la inestabilidad. El traslado del producto y la compra-venta con ánimo de lucro y no de consumo, tipifican el nacimiento del fenómeno.

El ambulante, en otros casos, se estabiliza o centra sus operaciones periódicas en determinados lugares, con el objeto de poder ofrecer más productos en condiciones adecuadas (Broseta, 65: 25). Considérese la enorme dificultad que debió existir sin caminos adecuados y sin protección. Por ello, el comerciante busca y encuentra apoyo en los señores feudales, en la clase noble que no sólo le permite sino que además protege su actividad. Es así como aparecen las primeras reglas de protección del comercio en ferias, normas dictadas por el poder terrateniente, por la clase noble (Galvano, 1980: 67). Estas medidas pueden resumirse en las siguientes:

- a) Protección al comerciante para su libre tránsito.
- b) Protección en el mercado para su libre operación.
- c) Protección para su establecimiento como feria permanente.

Esto último da lugar a que los "ambulantes" se establezcan en lugares específicos, en juntas de comerciantes o burgos, antecedentes de las grandes ciudades burguesas. Como es de suponerse, los conflictos que se presentaban entre los comerciantes fueron innumerables y llenos de complicaciones, difíciles de entender para la mentalidad terrateniente que estaba acostumbrada a un Derecho Civil regulador de las relaciones fundamentalmente familiares e inmobiliarias.

La nueva clase en formación —los comerciantes— o burgueses, sí comprende sus asuntos y por costumbre tienen su forma de resolverlos. Para ello piden y logran la protección de los nobles del lugar a efecto de que se les permita a ellos mismos poder resolver con sus propios jurados sus rencillas típicas. La nobleza, que no tiene ningún interés en "comprarse pleito ajeno" sin ganancia alguna, no sólo permite sino que garantiza que los comerciantes resuelvan sus propios conflictos. (Broseta, 65: 27) (Ascarelli, 69: 34).

Es en esta medida que surge el Derecho Mercantil como un derecho de clase, es decir, de una clase pobre, marginal y sin importancia a los ojos de sus contemporáneos.

Es preciso detenerse para observar que la producción del derecho se hace así privadamente, en manos de una clase social a la que no llega

todavía el poder público representado por la nobleza. Esta sólo lo permite o garantiza sin imaginarse que luego será precisamente quien la destruya. Tal desarrollo se da por dos elementos básicos; primero, la creación de normas por la vía consuetudinaria, y segundo, su aplicación coercitiva por los tribunales burgueses. (Galgano, 80: 47).

Vida

Pero ese Derecho nuevo, burgués, de la clase marginal de los mercaderes comienza a desarrollarse enormemente. Las facilidades de la comunicación terrestre y marítima, así como la tranquilidad en que ingresa Europa, acrecientan el número de mercaderías y la negociación sobre ellas. Los pequeños ambulantes son ahora ricos comerciantes, los pobres mercados feriales son pueblos jóvenes pero pujantes. Si bien la nobleza es importante y detenta el poder, el dinero es capaz de armar fuerzas nuevas por lo menos potencialmente. (Broseta, 65: 26).

Los burgueses ya no imploran o ruegan la protección del señor feudal; ahora exigen la protección de "sus derechos" y, si es necesario, financian a uno en contra del otro que les ofrece mejores condiciones para el comercio. Tales condiciones se resumen a la necesidad de mantener su propio régimen normativo al interior de sus comunidades y su propio sistema de resolver conflictos; es decir, en pocas palabras: libertad para actuar dentro de su propio ámbito y protección para hacerlo sin trabas.

Ha surgido una nueva clase social con intereses muy claros. Su medio ambiente es la libertad de acción, pero su crecimiento lo hace sentirse comprimido y tiende a expandirse fuera de su ambiente territorial, necesita que sus reglas de vida ya no sólo funcionen en el burgo sino que se generalicen y para ello concreta dos acciones: pacta con la monarquía en contra de la nobleza, aprovechando el proceso político de concentración del poder que se produce entre el poder regio y el poder feudal. Hasta aquí el rey sólo había tenido preminencia moral mas no real y ahora quiere imponer su poder sobre toda una región. Para ello se unen estos dos intereses comunes aunque aparentemente distintos. El rey se apoya en la riqueza de la nueva clase burguesa, arma fuerzas militares y se impone. Simultáneamente, la burguesía logra imponerse sobre las fuerzas feudales terratenientes y su Derecho el Mercantil no sólo subsiste sino que se desarrolla con amplitud y fuerza. (Galgano, 80: 65).

El Derecho Mercantil a estas alturas es ya fuerte y reconocido, ha

creado principios propios distintos del Derecho Civil, tales como la irrevindicabilidad de las cosas vendidas aunque tengan procedencia ilegítima, la velocidad en las operaciones, la instrumentabilidad (el vale, el pagaré y la letra), la contratación simple a viva voz o mediante escritos sin mayor formalidad; todos ellos, principios sin los cuales no se hubiese podido desarrollar el comercio, pues las normas del Derecho Civil de procedencia romana estaban concebidas para una actividad fundamentalmente privada familiar e inmobiliaria y de consumo. Frente a ello el comercio se desarrolla como actividad masiva, mobiliaria y de lucro. Por eso, el antiguo derecho resultaba siendo inaplicable a la nueva realidad, la que finalmente creó el nuevo derecho comercial, ciertamente como un Derecho clasista; es decir, sólo para una determinada clase: los comerciantes, pero que dio origen a la expansión que estamos refiriendo.

Pasión

Las fuerzas expansivas del comercio no se detienen en el pacto con la clase regia, pues ésta, una vez dominada la clase noble y feudal con la financiación de la clase burguesa, pretende dominar y aun explotar a esa nueva clase y comienza un lento pero progresivo período en el cual el nuevo Estado expropia el poder de producción de las normas del Derecho Mercantil. Ya no son los mercaderes quienes se darán sus propias normas, será el Estado que, reconociendo la necesidad de ellas, dictará reglamentos de carácter estatal. Las Ordenanzas de Comercio y de Marina de 1673 y 1681 con Colbert, Ministro de Luis XIV, son la mejor prueba de ello. Los tribunales de los comerciantes continuarán, pero el Estado regio progresivamente incorporará dentro de ellos a los elementos extraños (Ascarelli, 1965: 51) que participen con el respaldo del Estado, en un proceso también lento pero progresivo hacia la expropiación del poder jurisdiccional, antes en manos exclusivas de los comerciantes. "El derecho mercantil experimenta una doble transformación: era derecho de clase y se convierte en derecho del Estado, era derecho universal y se convierte en derecho nacional". (Galgano, 80: 68) (Broseta, 65: 28).

Ante tal situación, la nueva clase social burguesa comienza a convertirse en una clase revolucionaria, es decir, tendiente al cambio integral de las reglas de la sociedad. Entra ahora en alianza con la intelectualidad que lucha por los principios de libertad, igualdad y confraternidad. Particularmente en Francia, la Revolución tiene dos motores: el idealismo de la intelectualidad seguida por las masas populares empobrecidas por el

sistema feudal y el dinero e intereses de la nueva clase revolucionaria: la burguesía que ahora pretende ya no una alianza sino la imposición de sus reglas de juego desde el poder antes detentado por el rey. Coinciden en gran medida aquí los intereses de la nueva clase burguesa con los ideales de la intelectualidad y ello produce una revolución que pronto caerá en manos del poder económico, no sin antes pasar por una terrible experiencia de miles de sacrificios humanos. Se pretende llegar a la dictadura de la burguesía.

Es así como al amansarse las aguas surge el hombre que pretenderá atemperar las dos fuerzas: Napoleón, quien produce no uno solo sino dos códigos, para dos etapas que históricamente vivirán sobrepuestas un largo período. El Código Civil de 1804 representó la codificación romana según la visión de la clase noble y terrateniente. Una perspectiva desde el mundo familiar, inmobiliario y casi estático, ajeno al sentido de lucro y fuertemente influido por los principios de equilibrio, prudencia, ayuda y mutualidad: sacrifica la eficacia y rapidez en busca de la justicia. Frente a él, Napoleón dicta también el Código de Comercio de 1807 con la perspectiva de la nueva clase burguesa, un Código plasmado de reglas prácticas, utilitarias, de base mobiliaria y el lucro y no la mutualidad como centro de la acción: sacrifica la justicia en busca de la eficacia y la eficiencia. Surge un nuevo Código, una nueva moral, un nuevo estilo. Como Napoleón debía justificar los principios de libertad e igualdad, no podrá mantener las viejas reglas de que el Derecho Comercial era para una clase social. Debía ser para todos. Así se inventa, justifica y luego se defiende, durante casi dos siglos, que el Derecho Comercial se aplicaría no para "los comerciantes" como clase, sino para cualquiera que realizara "actos comerciales". Así de un subjetivismo se pasa a un objetivismo. Ya no importa quien realiza el acto, sino el acto mismo. (Galgano, 80: 94-104).

Muerte

Por cierto que tal nuevo enfoque no podrá durar eternamente, pues no respondía a razones reales sino a causas políticas (Ascarelli). El acto, en definitiva era realizado por un comerciante; y, por otro lado, surgía el problema nunca resuelto de qué tipo de acto era aquél en el que una parte actuaba como comerciante y otra como no comerciante. ¿Constituía un acto de comercio? Por último, si el acto de comercio se presentaba como un acto lucrativo, podría no ser acto de comercio aquél en el que un

comerciante, por razones de propaganda, por falso cálculo, por liquidación, etc. etc., vendía por debajo del precio del costo? ¹.

Simultáneamente a esta problemática, en las sociedades se produce una masificación del comercio sumada a la revolución industrial. Los productos ya no son únicos sino que se preparan en serie. Si el apaciguamiento de la Europa de la Edad Media y los caminos aumentaron la circulación de los productos y así dieron origen al comercio moderno, piénsese cuán grande fue la presión originada por la producción y el consumo en masa, la aparición del proletariado y su capacidad de consumo de los nuevos productos. Frente a tales hechos, los nuevos Códigos de Comercio comienzan a ser modificados sustancialmente. Normas cambiantes no resisten la codificación, pues el comercio varía día a día y las necesidades económicas así lo exigen; no es posible petrificar las normas del comercio, pues la realidad desborda pronto la normatividad.

Ante tal hecho aparecen, ya a mediados del siglo XX, Códigos de Comercio profundamente alterados por constantes cambios que se producen día a día. No hay tiempo para dictar nuevos Códigos, pues mientras las Comisiones estudian cómo lograr una nueva codificación, el Código sigue siendo modificado por partes. Los estudiosos y las comisiones especiales no logran terminar de comprender y estudiar la posible incorporación de nuevos mecanismos, reconocidos por los nuevos usos, cuando se producen otras modificaciones. Los Códigos de Comercio, como el peruano de 1902, quedan literalmente descuartizados. Se escucha y se repite: ha muerto el derecho mercantil.

Resurrección

Sin embargo existe, pero en una nueva forma, ahora aún más fuerte que antes, ha penetrado en el Derecho Civil que ahora debería ser llamado Derecho Privado. Sus reglas ya no están necesariamente en un Código llamado de Comercio sino que ahora se incorporan al Código Civil y éste deja sus antiguas vestiduras. Al igual que las costumbres bárbaras se incorporaran a la civilización occidental y viven aún hoy habiéndose puesto el nuevo ropaje de la cultura occidental. Así el Derecho Mercantil, con ropaje civil, se ha impuesto en las nuevas sociedades. A este fenómeno

¹ Sobre esta temática puede consultarse amplio tratamiento de Garrigues: Curso de Derecho Mercantil o en Hacia un Nuevo Derecho Mercantil.

se le ha llamado la comercialización del Derecho Civil. Otros, desde la perspectiva civilista, lo han reconocido como la "civilización" del Derecho Comercial. Lo cierto es que el fenómeno existe y se basa en la masificación de la nueva sociedad, en la que todos o casi todos actuamos en las actividades mercantiles tomadas éstas en su sentido más genérico, es decir, como actividad económica. Así muestra de ello es la innumerable cantidad de pequeñas, medianas no sólo grandes empresas, la generalización de tales actividades por las propias clases trabajadoras mediante sus cooperativas, mutuales y empresas autogestionarias y del público en general como consumidores, haciendo uso diario del crédito, las letras, los cheques, etc. etc. (Broseta, 65: 35).

Todo quedó invadido por las costumbres mercantiles burguesas y, por lo tanto, también el propio Derecho Civil, el cual para mantenerse toma las instituciones del Derecho Mercantil y las generaliza ahora como reglas comunes. Por eso se puede afirmar que si antes el Derecho Mercantil fue un derecho especial o de clase frente al Derecho Común aplicable para la generalidad de las personas, hoy no puede afirmarse lo mismo, pues el Derecho Mercantil se ha generalizado a toda la comunidad. Ahora es el nuevo Derecho Común. Otros son los Derechos Especiales como el Cooperativo, por ejemplo, con reglas no comunes sino específicamente para determinados actos.

Son varios los países que iniciaron este proceso de unificación por la vía de unir el régimen de las obligaciones y concretamente los contratos de tipo civil y mercantil (Broseta, 65: 206 y ss.). En primer lugar, el sistema anglo-americano que, al no tener una codificación, llegó prontamente a la unificación de las reglas civiles y mercantiles. Luego vinieron los Códigos Suizo, Polaco e Italiano; en este último caso incorporando incluso instituciones que siempre serán propias del cuerpo mercantil. Proyectos muy avanzados, como el Brasileño, siguen la misma vía y ahora el Perú, con su nuevo Código Civil, se presenta dentro de la misma línea de unificación.

EL CASO PERUANO Y EL NUEVO CODIGO CIVIL DE 1984

En el Perú hemos tenidos dos Códigos para regular lo común y lo mercantil: el Código Civil (1852 y 1936) y el Código de Comercio (1852 y 1902). Este último ha seguido el proceso progresivo de desintegración, pero sus normas en vez de morir han resucitado en la nueva codificación civil de 1984.

En efecto, el art. 2112 del nuevo Código Civil dispone que los contratos de compra-venta, permuta, mutuo, depósito y fianza se rigen a partir del 14 de noviembre de 1984 (fecha de entrada en vigencia del nuevo Código Civil) por las reglas de éste, derogándose en forma expresa los artículos 297 a 314, 320 a 341 y 430 a 433 que regulan la compra-venta, el mutuo, la permuta, la fianza y el depósito mercantil.

Pero en las nuevas reglas del Código Civil no sólo se incorporan normas típicamente mercantiles sino que en algunos casos sustituyen a las reglas típicas del Derecho Civil, con lo cual se comprueba no sólo el traslado de instituciones y reglas sino la sustitución de un derecho más fuerte ante uno más débil en materia económica.

Es posible observar el fenómeno principalmente en los siguientes elementos:

1. Incorporación de nuevos contratos.
2. Nuevo tratamiento contractual:
 - a) la compra-venta
 - b) la permuta
 - c) el mutuo
 - d) el depósito
 - e) la fianza
3. Otras manifestaciones de importancia.

1. INCORPORACION DE NUEVOS CONTRATOS

El nuevo Código Civil trae nuevos contratos típicos que el anterior Código no consideraba. Tal es el caso de los contratos de Suministro y Hospedaje, ambos de características comerciales.

Hospedaje

Si bien el hospedaje como institución que se orienta a prestar al huésped albergue, alimentación y otros servicios, puede hacerse sin ánimo de lucro, resulta evidente que el Código lo regula como actividad de empresa, es decir, como una actividad típicamente mercantil y no civil.

El hospedaje civil típico fue aquél sin ánimo de lucro en el que el dueño recibía al peregrino sin pretensiones de ganancia sino como obligación moral, y el peregrino aceptaba de buen agrado las condiciones que se le ofrecían, sin queja de ellas. Cuando el nuevo Código Civil regula el hospedaje señala que el mismo se da "a cambio de una retribución" que podrá ser fijada por la autoridad competente. Asimismo, se precisa que el huésped puede "exigir" condiciones de asco y funcionamiento adecuados, calidad e higiene.

Como puede observarse, se trata de una relación que dejó de tener características civiles y se le regula ahora como un típico contrato comercial dentro del Código Civil de 1984. El origen de este título puede encontrarse en los Códigos Mexicano, Boliviano, (contrato de albergue), Griego e Italiano (donde sólo se le regula indirectamente como depósito en hotel).

Suministro

En cuanto al contrato de suministro, debemos llegar a la misma conclusión: es un contrato típicamente mercantil, ya que se trata de una operación, el suministro, para la prestación periódica o continuada de bienes. Es decir, una prestación normalmente de carácter empresarial, pues, salvo casos de excepción, sólo mediante una organización económica puede darse tal prestación. Obsérvese, por ejemplo, el art. 1606 del nuevo Código Civil cuando señala que si no se ha "fijado el volumen del suministro o su periodicidad, se entiende que se ha pactado teniendo en cuenta las necesidades del suministrado determinadas al momento de la celebración del contrato". Sin duda, la perspectiva del articulado está en la vía de ver al suministrante como una empresa. En la propia Exposición de Motivos del ante-proyecto, elaborado por el Dr. Max Arias Schreiber, se precisa que "El constante proceso de cambio en que se encuentra el mundo económico y las necesidades del tráfico de la vida industrial y comercial . . ." "... ha crecido (el suministro desde Roma) en importancia paralelamente a la evolución de la gran empresa . . .". También

precisa que ... "cabe mencionar que la significación del suministro no sólo se da en la actividad industrial y comercial sino que trasciende ..."; es decir, se trata de un contrato mercantil colocado en el Código Civil. Su origen está exclusivamente en el Código Civil Italiano que le dedica todo un capítulo especial.

2. NUEVO TRATAMIENTO CONTRACTUAL (CODIGO 1984)

a) *La compra-venta*

Dos artículos del nuevo Código Civil nos muestran la acción penetrante del Derecho Mercantil: el art. 1542 y el 1580. El primero señala que los "bienes muebles adquiridos en tienda o locales abiertos al público no son reivindicables si son amparados con facturas o pólizas del vendedor. Queda a salvo —dice el nuevo Código— el derecho del perjudicado para ejercitar las acciones civiles o penales que correspondan contra quien las vendió indebidamente".

Es conocido que conforme al Derecho Civil quien compraba un bien sustraído a su legítimo dueño estaba sujeto a la acción reivindicatoria por parte del verdadero propietario. Así se estableció en el art. 1394 del Código Civil del 36² y así se repite en los arts. 1539, 1540 y 1541 del nuevo Código³; pero este cuerpo legislativo incorpora ahora el art. 1542⁴, referido específicamente a la compra-venta mercantil donde no hay derecho reivindicatorio.

2 Art. 1394 — "La venta de la cosa ajena es anulable a solicitud del comprador, salvo que éste hubiese sabido que la cosa no pertenecía al vendedor. Puede además demandar al vendedor la restitución del precio y el pago de los daños y perjuicios".

3 Art. 1539 — "La venta de bien ajeno es rescindible a solicitud del comprador, salvo que hubiese sabido que no pertenecía al vendedor o cuando éste adquiriera el bien, antes de la citación con la demanda".

Art. 1540 — "En el caso del art. 1539, si el bien es parcialmente ajeno, el comprador puede optar entre solicitar la rescisión del contrato o la reducción del precio".

Art. 1541 — "En los casos de rescisión a que se refieren los artículos 1539 y 1540, el vendedor debe restituir al comprador el precio recibido, y pagar la indemnización de daños y perjuicios sufridos. Debe reembolsar igualmente los gastos, intereses y tributos del contrato efectivamente pagados por el empleador y todas las mejoras introducidas por éste".

4 Art. 1542 — "Los bienes muebles adquiridos en tienda, o locales abiertos al público no son reivindicables si son amparados con facturas o pólizas del vendedor. Queda a salvo el derecho del perjudicado para ejercitar las acciones civiles o penales que correspondan contra quien los vendió indebidamente".

En el Derecho Mercantil, según Galgano (1980: 55), "... las razones de la propiedad sucumben cuando se hallan frente a las razones de comercio" ... "Evidentemente, el interés protegido no es el del comprador cuya buena fe no merece mayor protección que la debida a la inculpable explotación del desposeído; el interés protegido, realmente, es el del comerciante". Hace ver este autor que la misma protección no la tiene el comprador que le compra a un no-comerciante.

En cuanto al art. 1580, diremos que el mismo también es típicamente mercantil, pues regula la compraventa sobre documentos, señalándose que la entrega del bien queda sustituida por la de su título representativo. La procedencia de esta norma es el art. 1527 del Código Civil Italiano.

Es innegable que este tipo de contrato tiene procedencia típicamente mercantil, y por ello ha sido tomado de su similar Código Civil Italiano.⁵

b) *La permuta*

En cuanto a la permuta, vale lo dicho sobre la comercialización del contrato de compraventa; pues según los arts. 1602 y 1603 del nuevo Código, la permuta, como transferencia recíproca de propiedad de bienes, ... "se rige por las disposiciones sobre compraventa, en lo que le sean aplicables". De modo que la permuta ha sufrido igual proceso de ingerencia del Derecho Mercantil en los términos explicados para la compraventa.

b) *El mutuo*

Es suficiente la antigua redacción del art. 1583 con la del nuevo art. 1663 que lo sustituye, para darse cuenta como el mutuo mercantil ha invadido este contexto.

5 - Código Civil peruano: art. 1580 - "En la compraventa sobre documentos, la entrega del bien queda sustituida por la de su título representativo y por los otros documentos exigidos por el contrato o, en su defecto, por los usos".

-Código Civil italiano: art. 1527 - "En la venta sobre documentos, el vendedor se libera de la obligación de la entrega remitiendo al comprador el título representativo de la mercancía y los otros documentos establecidos por el contrato o, en su defecto, por los usos".

En efecto, mientras que en el artículo 1583 del Código Civil del año 1936 se prescribía que . . . "En el mutuo no se deben intereses sino en el caso de estar pactados . . ."; en cambio, en el art. 1663 del nuevo Código Civil se precisa que . . . "El mutuuario debe abonar intereses al mutuante, salvo pacto distinto". Mientras que la característica del mutuo civil era su gratitud (Manuel Miranda Canales – Derecho de los Contratos, pag. 100) lo que tipifica al préstamo mercantil es el lucro. El término mutuo implica mutualidad, es decir, ayuda recíproca. Por ello, al haberse replanteado este contrato fundamentalmente con un sentido mercantil, hubiese sido preferible denominarlo como préstamo, tal como lo hace el art. 879 del Código Boliviano de 1976 ⁶, en esta materia más avanzado. Así también lo estableció el propio Código de Comercio peruano de 1902, aun cuando no exigía pago de interés obligatorio; lo cual puede constatare de la simple lectura del art. 309 del referido Código de Comercio ⁷, así como de su antecedente el art. 347 del Código de Comercio de 1852 ⁸.

d) *El depósito*

En el art. 1818 ⁹ se repite la regla del art. 1604 del anterior Código, en el sentido de que el depósito es gratuito salvo pacto en contrario. Sin embargo, la evidente influencia mercantil se nota cuando el art. 1818 del nuevo Código hace la salvedad de que el depósito sí es oneroso cuando . . . "por la calidad profesional, (o) por la actividad del depositario" . . . "se deduzca que es remunerado . . .".

Otro articulado fundamental para nuestro análisis resulta ser el 1852 comparado con el 1621, concordado con el art. 1616 del Código Civil del año 1936. En éste, el depositario no puede negarse a entregar el depósito por razón de no haber recibido el pago que se le debe por el contrato. Mientras que ello no está previsto en el Código Civil del año 1936, el

6 Código Civil boliviano: art. 879 – "1. El préstamo es un contrato por el cual el prestador entrega una cosa al prestatario, para que éste la use y consuma y se la devuelva o restituya su equivalente después de cierto tiempo".

7 Código de Comercio peruano de 1902 – art. 309 – "Los préstamos no devengarán intereses, si no se hubiere pactado por escrito".

8 Código de Comercio Peruano de 1852 – art. 347 – "Los préstamos no causan en el deudor obligación de pagar réditos de las cosas prestadas, si expresamente no se pactan por escrito".

9 Código Civil peruano 1984 – art. 1818 – "El depósito se presume gratuito, salvo que, por pacto distinto o por la calidad profesional, por la actividad del depositario u otras circunstancias, se deduzca que es remunerado . . .".

nuevo Código Civil del año 1984 lo permite expresamente con un claro espíritu mercantil: el depositario puede retener el bien hasta que se le pague. La utilidad queda así privilegiada frente a la propiedad.¹⁰

Vale aquí la pena advertir el error incurrido en la redacción del art. 1847 del nuevo Código Civil de 1984, cuando sólo se mencionan como casos únicos de retención la procedencia ilegítima del bien y la incapacidad del depositante, cuando además debió mencionar la nueva causal precisada por el comentado art. 1852; retención hasta que se pague lo pactado por el depósito.

e) La fianza

En este contrato debemos señalar que la tesis de la comercialización no prosperó. La visión mercantil (aunque no la peruana) se caracteriza por considerar la fianza como solidaria, mientras que la fianza civil permite la excusión de bienes. La solidaridad en el ámbito civil procede sólo cuando se pacta en forma expresa.

El Dr. Max Arias Schreiber ha sostenido públicamente que su tesis de hacer solidaria en principio la fianza, no prosperó y que estimaba que tal hecho era un error en todo caso menor del nuevo Código. Aquí el cambio es más difícil, pues el concepto de la solidaridad automática no penetró ni siquiera en nuestro Código de Comercio de 1902.

Véase, sin embargo, la redacción del concepto contenido en el art. 1870 del nuevo Código, cuando se señala que las personas jurídicas pueden otorgar fianzas mediante sus representantes. Obviamente se está refiriendo el Código a empresas, pues, si bien una asociación sin fines de lucro podrá también constituir fianza a favor de tercero, lo común será

10 Código Civil peruano, año 1936 - art. 1621 "Los depositarios que rehusen entregar el depósito, fuera de los casos expresados en el art. 1616, serán condenados a devolver la cosa, o su estimación y a pagar daños y perjuicios. Sufrirán además las penas señaladas si negaron del depósito y les fuere probado en juicio" (concorda con el art. 1847 del C.C. de 1984). - Art. 1616 - "El depositario no debe restituir el depósito a la misma persona de quien lo recibió: 1o.- Si aparece que la cosa pertenecía a otra persona, o que había sido robada; 2o. Si el depositante era menor de edad, o persona incapaz de contratar. En el primer caso, el depositario está obligado a dar cuenta inmediatamente al Juez para que se resuelva lo conveniente" (concorda con los arts. 1846 y 1836 del C.C. 1984).
Código Civil peruano, año 1984 - art. 1852 - "El depositario sólo puede retener el bien hasta que se le pague lo que se le debe por razón de contrato".

que quien lo haga sea una empresa y las empresas son ahora el centro del Derecho Mercantil: una prueba más, pues, de la evidente comercialización de nuestra nueva codificación.¹¹

f) *Otras manifestaciones de importancia*

En otros muy diversos puntos y temas se aprecia la naciente pero decidida impronta mercantil en el nuevo Código Civil. Hemos encontrado casos tales como:

Representación: El art. 165 del nuevo Código señala que se presume que ... "el dependiente que actúa en establecimientos abiertos al público tiene poder de representación de su principal para los actos que ordinariamente se realizan en ellos".

Sin duda, el antecedente peruano en este artículo podemos encontrarlo en la comisión mercantil, mandato mercantil, específicamente en los arts. 280 y 288 del Código de Comercio, con terminología por cierto renovada. En el nuevo Código se dice "dependiente" donde antes se decía "factor" o "mancebo".¹²

El nuevo término, si bien resulta mejor al anterior, estaría referido sólo a los trabajadores que mantienen una relación laboral, pues la expresión "dependiente" es de uso frecuente en el Derecho Laboral para contraponerlo al trabajador independiente. Sin embargo, hay un tercer tipo de trabajador que es el trabajador independiente asociado, que se da en las cooperativas de trabajadores, hoy abundantes en el Perú; y, en general, en las empresas autogestionarias, en donde la legislación laboral no se les aplica, pues no son propiamente dependientes (elemento característico de la legislación laboral). Expresión más adecuada pudo ser tal vez la

11 Código Civil 1984 - 1870 - "Los representantes de las personas jurídicas pueden otorgar fianza en nombre de sus representados, siempre que tengan poder suficiente".

12 Código Civil 1984 - art. 165 - "Se presume que el dependiente que actúa en establecimientos abiertos al público tiene poder de representación de su principal para los actos que ordinariamente se realizan en ellos".

Código de Comercio 1902 - art. 280 - "Los contratos celebrados por el factor de un establecimiento o empresa fabril o comercial, cuando notoriamente perteneciera a una empresa o sociedad conocidas, se entenderán hechos por cuenta del propietario ...". Art. 288 - "Los mancebos encargados de vender al por menor en un almacén público se refutarán autorizados para cobrar el importe de las ventas que hicieren y sus recibos serán válidos, expidiéndolos a nombre de sus principales. Igual facultad tendrán los mancebos que vendan en los almacenes al por mayor."

siguiente: "Se presume que quien atiende en un establecimiento abierto al público tiene poder etc. etc.", sin llegar a calificar el tipo de relación jurídica que le une a dicha persona con el titular de la empresa.

Hipoteca: El concepto de considerar a la empresa como una unidad económica sigue avanzando en el Derecho Mercantil, y más especialmente en el Derecho de la Empresa. Se afirma así la visión de la empresa no como un conjunto de bienes sino como un solo bien. Ello se trasluce en la nueva redacción del art. 1103 del Código Civil de 1984, cuyo antecedente es el art. 1020 del Código del año 1936. En el nuevo texto de 1984 ya no se habla solamente de la unidad de una "explotación agrícola o industrial", como se hacía en el Código del año 1936, sino de toda "explotación económica". No se reduce al campo agrícola o industrial: ahora comprende todo tipo de empresa incluso la de servicios.

Podemos rastrear el avance desde el Código Civil de 1852, donde la hipoteca sobre inmuebles podía comprender además de lo que es propiamente un inmueble (art. 2020), todo aquello como . . . "los frutos pendientes y las maderas antes de cortarse; los ganados y demás objetos que hacen parte del capital de un fundo (art. 456 inc. 2); o sea que se concebía el "fundo agrícola" como una unidad. Es decir, se concibe a la empresa agrícola, aunque sólo a ella, como una unidad.

En el Código Civil de 1936 (art. 1020) el concepto se amplía a "la explotación agrícola o industrial", para terminar en el Código de 1984 (art. 1103) generalizándose el concepto de unidad empresarial con la expresión de "explotación económica", en la cual puede comprenderse, como lo tenemos dicho, no sólo la actividad agrícola e industrial sino también cualquier actividad empresarial de servicio.¹³

Intereses: El art. 1249 del nuevo Código Civil señala, contrario sensu, que sí se puede pactar la capitalización de intereses cuando se trata de

13 Código Civil 1852 - art. 2020 - "Hipoteca es el gravamen que se impone sobre un inmueble a favor de un tercero, en seguridad de un crédito o de una obligación" - art. 456 - "Pertenecen a la clase de inmuebles: . . . 2o. Los frutos pendientes y las maderas antes de cortarse; los ganados y demás objetos que hacen parte del capital de un fundo; las cañerías, las herramientas, las presas, las calderas, las semillas, los animales dedicados al cultivo, y todos los objetos destinados al servicio de la heredad".

Código Civil 1936 - art. 1020 - "Pueden los contratantes considerar como una sola unidad para los efectos de la hipoteca, toda explotación económica que forma un conjunto de bienes unidos o dependientes entre sí."

cuentas mercantiles, bancarias o similares. La sola referencia a este tipo de cuentas mercantiles nos permite advertir que la mente del legislador ha estado por la unificación del régimen contractual en la medida de las posibilidades.¹⁴

Contrato por adhesión: El art. 1390 del nuevo Código regula el contrato en el que por su masificación una de las partes se ve colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte. Esta modalidad contractual es típicamente mercantil, pues ha nacido de la masificación de las operaciones. Las usan las grandes empresas para la prestación de servicios o ventas masivas.¹⁵

La oferta: El art. 1388 del nuevo Código Civil exime al ofertante de sus obligaciones naturales. Dice que al oferente sólo se le considerará como invitante a recibir propuestas, salvo que indique claramente que su propuesta tiene el carácter obligatorio de una oferta. El artículo tiene, sin duda, la perspectiva de proteger al comerciante antes que al consumidor. Es también de carácter mercantil.¹⁶

Leasing o Arrendamiento financiero: El art. 1677 del nuevo Código Civil del 84 menciona el contrato de arrendamiento financiero, más conocido como leasing, que consiste en que una empresa financiera compra un bien por encargo de un tercero y se lo arrienda por determinado plazo, al cabo del cual puede vendérselo a un precio residual. Este contrato no sólo es mercantil sino, además, típicamente financiero.¹⁷

14 Código Civil 1984 - art. 1249 - "No se puede pactar la capitalización de intereses al momento contratarse la obligación, salvo que se trate de cuentas mercantiles, bancarias o similares".

15 Código Civil 1984 - art. 1390 - "El contrato es por adhesión cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar".

16 Código Civil 1984 - art. 1388 - "La oferta al público vale como invitación a ofrecer, considerándose oferentes a quienes accedan a la invitación y destinatario al proponente. Si el proponente indica claramente que su propuesta tiene el carácter obligatorio de una oferta valdría como tal".

17 Código Civil 1984 - art. 1677 - "El contrato de arrendamiento financiero se rige por su legislación especial y, supletoriamente, por el presente título y los artículos 1419 y 1425, en cuanto sean aplicables".

En conclusión, según lo hemos podido observar, la codificación peruana está siguiendo la tendencia mundial hacia la unificación del régimen de obligaciones. En el nuevo Código Civil del Perú son muchos los artículos que nos llevan a observar especialmente la unificación del régimen contractual. Sin embargo, tal unificación no debe llevarnos a aparentes conclusiones tales como el de la muerte del derecho mercantil o lo innecesario de un Código de este tipo.

El Derecho Mercantil no ha muerto sino que, más bien, tiende ahora su velo sobre muchos de los actos considerados civiles. Se ha generalizado la visión mercantil de nuestros actos y lo que antes fue un derecho especial es ahora derecho común. El Derecho Civil se sigue comercializando; pues las instituciones mercantiles, ahora con un nuevo ropaje, reviven como normas comunes dentro del Código Civil, que por ello tal vez debió haberse llamado Código de Derecho Privado.

Asimismo, todavía son muchas las instituciones del Derecho Mercantil que han quedado y deberán quedar fuera de un Código Civil y permanecer como un derecho especial en un Código; tal es el caso de sociedades, títulos-valores, transporte, seguros, etc., cuya especialidad no se discute y cuyo vínculo común es la empresa, nuevo concepto de cohesión del Derecho Mercantil.

BIBLIOGRAFIA

ASCARELLI, Tullio. *Iniciación al estudio del Derecho Mercantil*. Ed. R. C. Bolognesi 1964, Barcelona.

BROSETA PONT, Manuel. Ed. Tecnos, 1965. Madrid.

GALGANO, Francesco. *Historia del Derecho Mercantil*. Ed. Lara 1980. Barcelona.

GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*, Séptima Edición 1982. Madrid.

GARRIGUES, Joaquín. *Hacia un nuevo Derecho Mercantil*. Tecnos 1971. Madrid.

MIRANDA CANALES, Manuel. *Derecho de los Contratos*. Ed. Studium – Lima 1983.

PROYECTO DE CODIGO CIVIL BRASILEIRO.

CODIGOS CIVILES PERUANOS, 1852, 1936, 1984.

CODIGOS DE COMERCIO PERUANOS, 1852, 1902

CODIGO CIVIL BOLIVIANO, 1975.

CODIGO CIVIL ITALIANO, Messineo – *Derecho Civil y Comercial*.