

Por:

José Luis García Pita y Lastres*

LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS
MERCANTILES, EN EL DERECHO PERUANO:
¿“*POLLICE VERSO*”?

Resumen

El Derecho patrimonial peruano y español se halla dividido en dos grandes ramas: el Derecho civil y el comercial o mercantil, cada una regulada en sendos códigos -civiles y de comercio-, aunque en ambos países existe una tendencia favorable a la unificación normativa, por derogación de las normas especiales mercantiles en materia de obligaciones y contratos. ¿Hasta dónde se ha llegado en esta línea, en uno y otro país? Y, caso de que se haya llegado lejos, ¿es ésta una buena medida de política legislativa? El autor se manifiesta favorable a la subsistencia de las especialidades mercantiles, tanto como un hecho real, demostrable por la experiencia, cuanto como una forma más adecuada de resolver los problemas derivados de la contratación mercantil y de consumo.

Palabras clave: Obligaciones, contratos, unificación del Derecho privado.

Abstract

Peruvian and Spanish Private Law, as in many Civil Law countries, is divided into two great branches known as “Derecho civil” and “Derecho mercantil o comercial”, each one included in a separate Code -Código civil/Código de comercio-, but in both countries exists an important trend prone to unification of Private Contract Law, by way of abrogation of special commercial rules. ¿How far has this trend gone in one country and in the other one? And If it is gone relatively far, ¿is this a good trend or is it a bad one? In this paper, the Author makes a statement prone to survival of commercial special rules, both as an actual fact, and as a better way to resolve problems arising from commercial and consumer transactions.

Key words: Obligations, contracts, harmonization of Private Law.

* Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de La Coruña, Presidente de SEAIDA-Galicia, Abogado, n.e., del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, nº 25012. Árbitro de la Asociación Gallega de Arbitraje. Correo electrónico: dinosaur@udc.es.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. EL ESTADO DEL ORDENAMIENTO PERUANO, EN RELACIÓN CON EL DERECHO MERCANTIL DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS. 1. La “obligación” y el “contrato” mercantiles, en el Derecho peruano. A. El concepto de “obligación” y la mercantilidad de las relaciones obligatorias, en el Derecho peruano. B. Los rasgos de las obligaciones mercantiles, desde el plano de la sociología jurídica. C. “Actos de comercio”, negocios jurídicos mercantiles y contratos mercantiles, en el Derecho peruano. 2. Los dilemas en torno a los artículos 1353 y 2112 del código civil peruano. III. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

En la antigua Roma, los juegos de gladiadores constituían una de las principales aficiones del pueblo. Cuando el emperador Tito inauguró el Anfiteatro Flavio -o “Coliseo”-, iniciado por Vespasiano, ofreció unos juegos que duraron 100 días, y -años más tarde- Trajano celebró con otros juegos igualmente grandiosos, a la par que sangrientos, su victoria sobre los dacios. El emperador Commodo gustaba de bajar, él mismo, a la arena a luchar con otros gladiadores, y tal era la afición de todas las clases sociales romanas por los combates de gladiadores, que ni siquiera Constantino los prohibió. A la vista de lo expuesto, parece que la clásica y tópica frase de Juvenal: “El pueblo romano solamente desea dos cosas: pan y circo” [*panem et circenses*] estaba más que justificada. La lucha de gladiadores era a muerte, siendo así que la del vencido podía producirse -aun si había sobrevivido al combate- porque quien presidiera los juegos, autorizase al vencedor para rematarlo. Un cuadro de un pintor inglés del siglo XIX -Sir Lawrence ALMA-TADEMA-, aficionado a representar escenas de la Roma clásica, refleja la imagen del gladiador vencedor que acaba de dar muerte, o está a punto de hacerlo, a su rival, caído, ante la mirada del Emperador. El cuadro se titula “*pollice verso*”: pulgar invertido. Y esta reflexión bien pudiera constituir una metáfora o acaso una parábola de la situación del Derecho *mercantil* de obligaciones y contratos, peruano: un gladiador vencido, temiendo el “*pollice verso*” del Legislador. Claro que, en buena medida, el emperador, magistrado o noble que presidiese los juegos, tampoco se sentía absolutamente libre, en su decisión, a la hora de decretar la muerte o salvar la vida del gladiador vencido: siquiera en busca de popularidad -que viene de “*populus*”; el Pueblo-, era frecuente que se dejara influir por los espectadores que llenaban las gradas del Anfiteatro, de forma que el griterío de la masa -“*habet*” [“Ya tiene bastante”] u “*occide*” [“Mátalo”]- podían determinar el destino del vencido. Pues bien; la metáfora del “*pollice verso*” refleja la encrucijada del Legislador peruano: entre dejarse seducir por la tendencia a la unificación del Derecho privado, u optar por mantener una especialidad mercantil, que -en tiempos de crisis- acaso puede ser más necesaria que nunca. Personalmente, me gustaría presentar la alegoría del “*pollice verso*”, más que como metáfora, como parábola, porque la parábola tiene, sobre la metáfora, la ventaja de una enseñanza moral: que es bueno poseer un Derecho mercantil de obligaciones, que refuerce la severidad de los vínculos, y al propio tiempo favorezca la posibilidad de contraerlos y de transmitirlos.

Resulta indiscutible -como demostraría una simple lectura del articulado de las respectivas leyes mercantiles generales- que, tanto en España como en el Perú, gran parte del Derecho Mercantil es Derecho de obligaciones y contratos^{1 y 2}; figuras cuya presencia en este ámbito no sólo es abrumadora en términos cuantitativos, sino que tiende a incrementarse con una creciente variedad de figuras nuevas³. Si España posee un Código de comercio de 22.08.1885 [CCo.esp./1885], el Perú, a su vez, posee un propio Código de comercio de 15.02.1902 [CCo.per./1902], que sigue con fidelidad el modelo español, adoptando una estructura y una sistemática idénticas: cuatro grandes “Libros”, dedicados a unas materias que aparecen rubricadas de forma idéntica y -en no escasa medida- hasta se detecta un paralelismo muy estrecho incluso en la numeración de los artículos, aunque este paralelismo no es absoluto y pronto aparecen asimetrías. Sea como fuere, los cuatro Libros de que se compone el CCo.per./1902 -Libro Iº: “De los comerciantes y del Comercio, en general”, Libro IIº: “De los contratos especiales de comercio”, Libro IIIº: “Del Comercio marítimo” y Libro IVº: “De las Suspensiones de

¹ VAN RYN, Jan y HEENEN, Philipp. *Principes de Droit commercial*, t. III, 2ª ed., Établissements Emile Bruylant, Bruselas, 1981, p. 3. BOY, Laurent. *Le cadre civil des affaires*, Economica, Paris, 1989, pp. 14 y 16 y ss, quien habla -explícitamente- de «*la dominance du Droit des obligations dans les sociétés marchandes*». Respecto de la importancia de los negocios jurídicos y de los contratos, en el Derecho del Comercio Internacional, *vid.* JACQUET, Jean-Marie y DELEBECQUE, Philip. «*Droit du Commerce international*», Dalloz, Paris, 1997, pp. 119 y 121. En la obra de los norteamericanos SPEIDEL, R.E., SUMMERS, R.E. y WHITE, J.J. *Commercial and Consumer Law. Teaching materials*, 3ª ed., West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1981, p. 1, se afirma que, dentro de la aparente diversidad de su contenido, existe un común denominador, en el “*Commercial Law*”: su índole contractual. Y no sólo esto, sino que -además- de entre las fuentes legales sobre las que principalmente versaría dicha obra, destacaría -en primerísimo plano- el *Uniform Commercial Code*; una obra de origen privado, aunque oficializada por su adopción en los diferentes estados de la Unión, que centra su atención en las transacciones entre comerciantes [SPANOGLE, J.A. y ROHNER, R.J. *Consumer Law. Cases and materials*, West Publishing Co., St. Paul, 1979, p. LIII]. Aunque, a este respecto, deberíamos hacer la advertencia de que la expresión “Derecho comercial” no tiene -en el Derecho norteamericano- un sentido del todo equiparable al que posee en nuestro Ordenamiento. Y, de hecho, las normas del “*Uniform Commercial Code*” pueden ser aplicadas a transacciones contractuales no empresariales -es decir: a las que ni siquiera son unilateralmente empresarial, sino estrictamente privadas: las operaciones de consumo [EPSTEIN, D.G. y MARTIN, J.A. *Basic Uniform Commercial Code. Teaching materials*, 2ª ed., West Publishing Co., St. Paul, 1983, p. 5, quienes expresan esta circunstancia en los siguientes términos: “Análogamente, el *Uniform Commercial Code* no es enteramente comercial”].

Sea como fuere, incluso los civilistas han de reconocer que existen regímenes especiales de Derecho de Obligaciones, entre los que se cuentan el Derecho mercantil de obligaciones, el derecho de títulos-valores o el Derecho de Seguros [KRAMER, E.A. “*Einleitung*”, en: VV.AA. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. II, “*Schuldrecht Allgemeiner Teil (241-432)*”, dir. H. HEINRICHS, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 2ª ed., Munich, 1985, p. 7], y -por lo que al Derecho español se refiere- que dentro de las fuentes objetivas del Derecho sustantivo de obligaciones y contratos, se encuentra el articulado del Código de comercio de 22 de agosto de 1885 [GARCÍA AMIGO, Manuel. “Teoría General de las Obligaciones y Contratos”, en: *Lecciones de Derecho Civil*, t. II, McGraw-Hill, Madrid, 1995, p. XLIII].

² De hecho, MARTY, G. y RAYNAUD, P. *Droit civil. Les obligations*, t. I, *Les Sources*, 2ª ed., Sirey, Paris, 1988, p. 7, para enfatizar la importancia del Derecho de Obligaciones, afirman que “desde el punto de vista práctico, la teoría de las obligaciones constituye la base del Derecho de los negocios (“*Droit des affaires*”)...”, que -como sabemos- es una de las construcciones más modernas elaboradas, respecto de la noción, la naturaleza y las perspectivas evolutivas del Derecho Mercantil.

³ BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio y NIETO CAROL, Ubaldo. “Presentación”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. monográfico Contratación mercantil, 1998, p. 9.

pagos y quiebras y de las prescripciones”- están formados, en buena medida, por normas e instituciones de Derecho de obligaciones y contratos: en el Lib. I se encuentran recogidas -precisamente- las Normas Generales sobre los contratos mercantiles [arts. 50 al 63, CCo.]. El Lib. II contenía, originalmente, la regulación de múltiples contratos mercantiles especiales, que iban desde la Comisión o Mandato mercantil, hasta el régimen de las cartas-órdenes de crédito, pasando por la regulación de las compraventas, permutas y transferencias de créditos no endosables mercantiles, el transporte, etc., aunque dicho Libro II ha ido quedando desprovisto de todos los preceptos relativos a las sociedades mercantiles, primero como consecuencia de la promulgación de la [Primera] Ley General de Sociedades peruana, n° 16123, de 06.05.1966⁴, y -luego- como consecuencia de la promulgación de la [Tercera] Ley General de Sociedades peruana, n° 26887, de 19.11.1997, actualmente vigente [en adelante, LGS.per.]⁵. Y más tarde,

⁴ ECHÁIZ MORENO, Daniel. “Informe sobre la legislación societaria peruana”, *Revista Jurídica de Cajamarca*, en: <<http://revistacajamarca.iespana.es/Revista9/societaria.htm>>, quien señala que, “[c]on fecha 27 de julio de 1966, se expidió la Ley de Sociedades Mercantiles, aprobada mediante Ley N° 16123, la cual era concordante con el por entonces vigente Código Civil de 1936. Años después se promulga la Ley General de Sociedades a través del Decreto Legislativo N° 311 de 1984, siendo posteriormente modificada por el Decreto Supremo N° 003-85-JUS del 13 de mayo de 1985 que da origen al Texto Único Concordado de la Ley General de Sociedades; ambos dispositivos legales repiten prácticamente lo ya esbozado en 1966”.

⁵ ECHÁIZ MORENO, Daniel, quien señala que, “era 1994 y continuábamos rigiéndonos por una legislación societaria cuya antigüedad superaba los 28 años, habiendo devenido en obsoleta por los cambios sucedidos en la realidad empresarial y en el contexto económico. Recordemos que ya contábamos con un nuevo Código Civil, dictado en 1984, el cual evitó (a diferencia de su antecesor) la regulación normativa de la sociedad civil como modalidad contractual; asimismo, se sancionaron dos nuevos textos constitucionales en 1979 y 1993, con los cuales se introdujo una moderna concepción de la economía, basada en el libre mercado; y, finalmente, la década de los 90 fue escenario de una vasta producción legislativa orientada a promover las inversiones, para lo cual se enfatizaron diversos conceptos, tales como la seguridad jurídica, el contrato ley, la transparencia del mercado, la igualdad de oportunidades, la libertad de empresa, la libre competencia y la actuación subsidiaria del Estado, entre otros.

Resulta obvio que, dentro de este contexto, era imperativo reformular la ya obsoleta normatividad societaria, atendiendo además al fenómeno de la globalización económica, el auge del mercado de valores y el desarrollo empresarial. Es así que el 5 de septiembre de 1994 fue publicada la Resolución Ministerial N° 424-94-JUS, mediante la cual se nombró una Comisión para elaborar el Anteproyecto de la Ley General de Sociedades (luego denominada Comisión Redactora del Anteproyecto de la Ley General de Sociedades), la misma que estuvo integrada por los doctores Enrique Normand Sparks (presidente), Ricardo Beaumont Callirgos, Enrique Elías Laroza[†], Álvaro Lloná Bernal, Alfredo Ferrero Diez Canseco, Oswaldo Hundskopf Exebio, Hernando Montoya Alberti, Francisco Moreira García Sayán, Alfonso Rubio Feijóo, Emil Rupert Yañez y Julio Salas Sánchez.

Después de más de dos años de intensa labor, la referida Comisión entregó el correspondiente Anteproyecto de Ley al Ministro de Justicia el 31 de diciembre de 1996. A través del Oficio N° 017-97-PR de fecha 3 de febrero de 1997, el Poder Ejecutivo envió al Congreso de la República el Proyecto de Ley signado con el N° 2491/96-CR y, durante la sesión del 26 de febrero de 1997, la Comisión Permanente del Congreso de la República acordó nombrar la Comisión Revisora del Anteproyecto de la Ley General de Sociedades, la que estuvo integrada por los congresistas Carlos Torres y Torres Lara[†] (presidente), Javier Alva Orlandini, Jorge Avendaño Valdez, Jorge Muñiz Ziches y Jorge Trelles Montero, siendo luego incorporados los congresistas Ricardo Marcenaro Frers y Lourdes Flores Nano.

Por disposición del presidente de la Comisión Revisora, el 2 de marzo de 1997 se publicó el texto del Anteproyecto de Ley elaborado por la Comisión Redactora. Posteriormente, con fecha 10 de mayo de 1997 se hizo lo propio con el Proyecto de Ley aprobado por la Comisión Revisora. Asimismo,

en el año 1984, la mayor parte de los preceptos sobre los contratos mercantiles, en especial, quedaron derogados por el nuevo Código civil peruano.

Dentro del Lib. III^o, que lleva por título “del Comercio marítimo” -revelando la importancia de las obligaciones, en este sector-, el Tít. III trata los siguientes tipos de contratos: el “Contrato de Fletamento”, el “Contrato a la Gruesa” y los “Seguros Marítimos”. Sin olvidar que los arts. 839 al 852 tratan de ciertas obligaciones extra-contractuales o resarcitorias.

Para terminar, el Libro IV –“De las Suspensiones de pagos y quiebras y de las prescripciones”–, derogado en su mitad -la primera, referida al Derecho concursal- por la Ley N^o 7566, de 02.08.1932, ha dejado paso a una legislación concursal única, o por lo menos unificada, representada por la Ley General del Sistema Concursal, n^o 27809, de 8.08.2002. Algo parecido -mucho- ha sucedido en España, con la Ley Concursal, n^o 22/2003, de 9 de julio de 2003, y la Ley Orgánica n^o 8/2003, de 09.07.2003, para la Reforma Concursal. En ambos países la legislación concursal ofrece una imagen parecida: ante todo, unidad de disciplina, toda vez que las respectivas leyes establecen un régimen jurídico único, aplicable tanto a empresarios como a quienes no sean empresarios⁶. El art. 1^o, apdo. c), de la Ley General del Sistema Concursal peruano define el concepto de “Deudor” como alusivo a la “persona natural o jurídica, sociedades conyugales y sucesiones indivisas”, añade que “incluye a las sucursales... de organizaciones o sociedades extranjeras”. Como se podrá apreciar, no existe ninguna referencia subjetivo-funcional profesional, por cuya virtud el citado Deudor se haya de calificar como comerciante o empresario. Y ese “deudor” inespecífico; ese “*uomo qualunque*” deudor, al que alude la Ley peruana, constituye uno de los polos en torno a los cuales gira la finalidad de los procedimientos concursales, pues -de acuerdo con la versión original del art. II, Título Preliminar de la Ley peruana- los procedimientos concursales tenían “por finalidad propiciar un ambiente idóneo para la negociación entre los acreedores y el deudor sometido a concurso, que les

con fechas 3 de octubre y 28 de octubre de 1997 se publicaron los respectivos Proyectos de Ley aprobados por la Comisión Permanente. Finiquitando este recuento, el 9 de diciembre de 1997 ya fue publicado el texto de la Ley General de Sociedades, actualmente vigente. Infiérase, entonces, la amplia difusión que tuvieron los trabajos preparatorios, con la finalidad que pudiesen expresar sus comentarios, críticas o sugerencias todos aquellos involucrados con la materia”.

⁶ OTERO LASTRES, José Manuel. “Reflexiones sobre el Principio de Unidad en la nueva Ley Concursal”, en: VV.AA. *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, t. I, Monte de piedad y Caja de ahorros de Ronda, Cádiz, Almería, Málaga y Antequera [“UNICAJA”]/Caja de ahorros y Monte de piedad de Córdoba [“CAJASUR”]/Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, S.A., Madrid/Barcelona, 2005, p. 420. ALCOVER GARAU, Guillermo. “La Ley 22/2003, del 8 de julio, Concursal”, en: VV.AA. *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, t. I, Monte de piedad y Caja de ahorros de Ronda, Cádiz, Almería, Málaga y Antequera [“UNICAJA”]/Caja de ahorros y Monte de piedad de Córdoba [“CAJASUR”]/Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, S.A., Madrid/Barcelona, 2005, pp. 53 y ss. ROMERO SANZ DE MADRID, Carlos. 2005, pp. 40 y 44. Pese a todo, lo cierto es que se trata de una Ley diseñada, fundamentalmente, para aplicarse a la insolvencia de sujetos que sean empresarios; de hecho, a empresarios y operadores económicos de ciertas dimensiones, como señala BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto. “Aspectos mercantiles de la Ley Concursal”, en: VV.AA. *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, t. I, Monte de piedad y Caja de ahorros de Ronda, Cádiz, Almería, Málaga y Antequera [“UNICAJA”]/Caja de ahorros y Monte de piedad de Córdoba [“CAJASUR”]/Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, S.A., Madrid/Barcelona, 2005, p. 80.

permitiera llegar a un acuerdo de reestructuración o, en su defecto, a la salida ordenada del mercado, bajo reducidos costes de transacción”. Dicho brevemente: se trataba de facilitar un desarrollo paccionado del concurso, entre los acreedores y el Deudor -que puede ser cualquier persona, con independencia de su condición profesional mercantil, o no-, orientado a la conservación/reestructuración empresarial⁷. Esto revela que -quíerese o no- el Derecho concursal peruano, lo mismo que el español, son agregados normativos intensamente mercantiles pero formalmente unificados, para aplicarse a cualquier deudor sin hacer acepción de su condición profesional. En cualquier caso el Libro IV del Cco.per./1902, como del Cco.esp./1885, trataban materias intrínsecamente relacionadas con el fenómeno de la Obligación: me refiero a la Quiebra y -de modo muy limitado- la Suspensión de pagos, porque -antes de las sucesivas reformas de 2002/2003- el Derecho Mercantil hacía valer, a favor de los acreedores del Empresario, el derecho a exigirle judicialmente el cumplimiento de sus obligaciones, sea en la forma específica pactada, o bien por equivalente [indemnización pecuniaria], mediante aquellos procedimientos, que implicaban un esencial estado de sujeción patrimonial universal. Esta notable presencia histórica de las normas mercantiles sobre obligaciones y contratos, explica fácilmente el que la concepción francesa decimonónica que calificaba el Derecho Mercantil como Derecho de los actos de comercio, se viera reforzada por la apariencia de las normas

⁷ ECHÁIZ MORENO, Daniel. “Legitimidad del accionista para impugnar acuerdos de junta de acreedores (Perú)”, en: http://www.rimjc.org/w/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=145, quien expresamente señala que “la finalidad del proceso concursal es, para el caso de la reestructuración patrimonial, el reflotamiento de la concursada, por lo que si bien los perjudicados son los acreedores y el régimen concursal privilegia sus intereses, esto no significa que se vulneren los derechos básicos y fundamentales”. BARRAGÁN ARQUE, P. “Las normas del Sistema Concursal. Los procedimientos de insolvencia de las empresas en El Perú”, en: http://sisbib.unmsm.edu.pe/bivirtual/publicaciones/administracion/v06_n11/procedimientos.htm, quien señala que las normas del Sistema Concursal, vigentes en el Perú desde el año de 1992, representan una alternativa para que las empresas viables, que se enfrentan con problemas económicos de diverso origen, tengan la posibilidad de seguir en el mercado, vía reestructuración. En este sentido, es posible trazar una línea ideológica o teleológica, que han seguido las leyes concursales peruanas, comenzando por la Ley de Reestructuración Patrimonial N.º 26116, promulgada el 28 de diciembre de 1992, que -además de haber derogado la antigua Ley Procesal de Quiebras N.º 7566, transformó la visión que hasta entonces se tenía del Sistema Concursal en el Perú, “desjudicializando” los procedimientos concursales y poniendo la decisión sobre el destino de la empresa en manos de una junta de acreedores, en el marco de una política de incentivación de la reestructuración económica y financiera de las empresas viables. Posteriormente, se promulgó el Decreto Legislativo N.º 845, de 21 de septiembre de 1996; disposición orientada a consolidar el sistema instaurado con el Decreto Ley N.º 26116, abordando importantes objetivos en el Sistema Concursal: reducir las dificultades de negociación y costes de transacción, facilitando el logro de acuerdos plurilaterales, evitar la depreciación del patrimonio de los deudores insolventes, otorgando lo que el propio Autor describe como una “*coraza protectora*” bastante eficaz a dicho patrimonio, y conservar las empresas viables, previendo la salida del mercado de las empresas no viables, de forma ordenada y equitativa para sus acreedores. Ahora bien, debido a la complejidad de los casos presentados ante el INDECOPI, pronto se hizo necesaria la promulgación de una nueva ley: la Ley de Fortalecimiento de Reestructuración Patrimonial, Ley N.º 27146, que siguió los objetivos contemplados en la Ley de Reestructuración Patrimonial, intentando -además- reforzar las facultades de fiscalización de la autoridad concursal e impulsar la utilización de los procedimientos preventivos. Esta ley fue seguida de la promulgación del Decreto de Urgencia N.º 064-99, por el que se establecieron normas transitorias para el desarrollo de programas de saneamiento y fortalecimiento patrimonial en las empresas. Finalmente, se llegó a la promulgación de la Nueva Ley General de Sistema Concursal, Ley N.º 27809 (publicada el 8 de agosto del 2001 y puesta en vigencia desde el 8 de octubre del mismo año).

positivas -pues los arts. 2^{os} Cco.esp./1885 y Cco.per./1902, normas supuestamente delimitadoras de la materia mercantil, sometieron y someten a sus preceptos los “actos de comercio”-, y también en el plano dogmático, ya que la Doctrina de la época centraba su atención en ciertos comportamientos o actuaciones humanas, creadoras de relaciones intersubjetivas de tráfico -los referidos actos de comercio⁸- y, en consecuencia, afirmaba el carácter y la naturaleza eminentemente contractual u obligacional, del Derecho Mercantil, configurándolo como una disciplina destinada a regular un conjunto de obligaciones y contratos especiales, distintos de los civiles, en razón de que aquéllos constituirían -y estos, no- el eslabón de un tráfico económico profesional/especulativo⁹. Por este motivo, no puede extrañar que el Derecho especial cuyas normas regulan el tráfico comercial y la navegación especulativa contuviera, no sólo numerosos tipos de contratos singulares, sino también algunas disposiciones y normas de alcance general, divergentes, en mayor o menor medida, de las del Derecho común, sin olvidar la regulación de ciertos documentos especiales, potencialmente productores de relaciones obligatorias, como los títulos-valores. Y tampoco puede sorprender que muy diversos y prestigiosos autores hiciesen hincapié en el papel cuantitativo y cualitativo de las normas sobre obligaciones y contratos, en el Derecho Mercantil¹⁰, terrestre o marítimo¹¹.

⁸ No está de más recordar cómo autores clásicos, de la talla de PARDESSUS, Joseph. *Cours de Droit commercial*, t. I, París, 1814, pp. 4 y ss. LYON-CAEN/RENAULT. *Traité de Droit commercial*, t. I, 5^a ed., París, 1921 pp. 89 y ss. o incluso como POLO DÍEZ, Antonio. *Leyes mercantiles y económicas*, t. I, Aguilar, Madrid, 1956, p. XII, opinan que el *Code de Commerce* francés abrió un periodo en la Historia del Derecho Mercantil que estará marcado por la “objetivización”, lo que llevaría a recomponer el sistema del Derecho Mercantil, desvinculando formalmente la condición de “comerciante” del requisito de pertenencia a un gremio, y potenciando objetivamente la noción de “acto de comercio” [BROSETA PONT, Manuel. *La Empresa, la unificación del Derecho de obligaciones y el Derecho Mercantil*, Tecnos S.A, Madrid, 1965, p. 49]. En este sentido, es interesante, por lo que a Nuestro País se refiere, la exposición que hacen ciertos autores del proceso de liberalización jurídica del Modelo económico, que tuvo lugar durante a partir del reinado de Carlos III^o. Este monarca “comenzará por abatir la ‘deshonra legal’ que podía suponer dedicarse a actividades comerciales e industriales”. A esta medida hay que añadir el desmantelamiento de la organización corporativa y gremial y una política de fomento del comercio y de algunas industrias, hasta el punto de que, “...en no pocos ramos se reconoce expresamente la libertad de fabricación de las correspondientes mercancías”. También se reconoció la libertad de precios y se suprimieron las aduanas interiores o la norma que imponía centralizar el comercio de Indias a través de Sevilla y Cádiz [MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio. “Autonomía económica liberal y Codificación mercantil”, en: VV.AA. *Centenario del Código de comercio*, t. I, Servicio de publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1986, pp. 46, 56 y 71. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. *Derecho administrativo económico*, t. I, La Ley, Madrid, 1988, pp. 127 y ss.].

⁹ Especialmente evidente, en este sentido, es el criterio de BOLAFFIO, Leon. “Leyes y Usos comerciales. Actos de comercio”, en: BOLAFFIO, Leon y otros. *Derecho Comercial. Parte General*”, t. I, trad. por D.Viterbo de Frieder y S.Sentís Melendo, prólogo y notas de Derecho argentino por C.Viterbo, Ediar S.A. editores, Buenos Aires, 1947, pp. 1 y ss., en esp. pp. 24 y 49.

¹⁰ Así, p.e.: BOLAFFIO, Leon. 1947, p. 49. BOLAFFIO, Leon. *Derecho Mercantil (Curso general)*, 1^a ed. esp., prólogo, trad. y ns. de la 5^a ed. it., por J.L. DE BENITO, Madrid, 1935, p. 339. HAMEL, Joseph, LAGARDE, Gaston y JAUFFRET, Alfred. *Traité de Droit Commercial*, t. II, Dalloz, Paris, 1966, p. 269. LEHMANN, Karl: *Lehrbuch des Handelsrechts*, 2^a ed. reelaborada, Verlag Von Veit & Comp., Leipzig, 1912, p. 508. GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, Joaquín. *Tratado de Derecho Mercantil*, t. III, vol. 1^o, Imprenta Silverio Aguirre Torre, Madrid, 1964, p. 3. GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*, t. II, 8^a ed., Madrid, 1983, p. 3. BROSETA PONT, Manuel y MARTÍNEZ SANZ, Fernando. *Manual de Derecho Mercantil*, t. II, 11^a ed., Tecnos S.A., Madrid, 2003, p. 34.

¹¹ Sobre la importancia del Derecho de Obligaciones y Contratos, en el ámbito del Derecho marítimo mercantil, *vid.* nuestro trabajo GARCÍA-PITA Y LASTRES, José Luis. “La Limitación de la Responsabi-

Mas, volviendo al curso inicial de mis reflexiones, debo señalar que la coincidencia -cuando menos, inicial- entre los dos códigos es tanta, que llega hasta el punto de que la Sección cuarta del Título I del Libro Iº, Cco.per./1902 contenga unas descritas como “Disposiciones Generales sobre los Contratos de Comercio”, formadas por los arts. 50 al 63, lo mismo que el Cco.esp./1885. Así pues, entre ambos cuerpos legales existe una coincidencia tal que llega hasta la de la propia numeración de los preceptos [coincidencia ordinal y/o numérica]. Y la coincidencia no es sólo formal, sino también sustantiva o de contenidos: los citados preceptos dicen lo mismo en el Cco.per./1902 que en el Cco.esp./1885. Salvo la reforma que ha sufrido el art. 54, Cco.esp./1885, debido a la promulgación de la Ley española de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico [LSSICE.], no hay ni siquiera una mínima diferencia; razón por la cual es posible analizar los preceptos del Cco.per./1902 en clave de Cco. esp./1885, y servirse de las aportaciones doctrinales españolas, para mejor entender el Código peruano. Claro que este enfoque metodológico sólo puede tener una validez limitada, porque nos las tenemos que ver con dos ordenamientos jurídicos distintos, que -además- parecen haber evolucionado en direcciones distintas, o -quizá- en la misma dirección pero a ritmos diferentes.

Ante todo, España y el Perú comparten un primer rasgo común, en su “cosmovisión” del Derecho patrimonial privado: en ambos ordenamientos el Derecho patrimonial privado se encuentra escindido, separado en dos grandes ramas, que -a su vez- se corresponden con la existencia de dos grandes fuentes instrumentales básicas: hay un Código “civil” y hay un Código “de comercio”, los cuales -a mayor abundamiento y como núcleo del problema- regulan o regularon en algún momento histórico, unas mismas instituciones, de tal modo y manera que, en los correspondientes Libros II y III, de cada uno de ambos códigos mercantiles, es posible -o lo fue, en algún momento- encontrar supuestos de regulación por partida doble de las mismas figuras jurídicas; en este caso, de unos mismos negocios contractuales, en paralelo con los que se regulan en los códigos civiles¹².

De todos modos, la especialidad mercantil no se circunscribe al plano de los contratos: llega mucho más lejos. Para empezar, los dos códigos de comercio regulan -o regularon, en algún momento del pasado- materias que no tienen paralelo en la legislación civil: la Contabilidad, el Registro Mercantil, el Derecho marítimo, etc., porque, además del Derecho mercantil de obligaciones y contratos, también hay un Derecho mercantil de Personas, cuyo paradigma es el estatuto del comerciante. Y, en segundo lugar, la especialidad mercantil incluye el hecho de que los códigos mercantiles contengan normas, instituciones, figuras o contratos mercantiles que no tienen paralelo en el

lidad civil del Naviero, por reclamaciones marítimas”, en: DE EIZAGUIRRE, José María (Coord.). VI *Jornadas de Derecho marítimo de San Sebastián. Donostia-San Sebastián*, 1998, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1999, p. 33.

¹² Así p.e., hay una compraventa que puede ser civil o mercantil, aunque conceptualmente sean una misma cosa: es el mismo contrato, pero con dos regulaciones diferentes, según se someta al Derecho Civil o al Mercantil. Vid. BENITO ENDARA, Lorenzo. *Manual de Derecho Mercantil*, t. II, 3ª ed., Madrid, 1924, p. 208.

Derecho Civil; que han sido creados por el ordenamiento y la práctica mercantiles¹³ y que poseen una tipología y unos conceptos diferentes.

Pues bien; si hay un Derecho civil -español y peruano-, de los cuales se han desgajado un Derecho Mercantil especial español -y peruano-, es preciso analizar el cómo, el por qué y el para qué de esa especialidad, lo cual nos permite plantear si debe o si no debe persistir esa especialidad; si el Derecho Mercantil -en este caso, el Derecho mercantil de obligaciones- debe, o no, enfrentarse al “*pollice verso*” del Legislador.

Por otra parte, aún habré de añadir que las coincidencias entre ambos cuerpos legales mercantiles -el español y el peruano- llegan, incluso, hasta la identidad de los propios preceptos delimitadores de la materia y acotadores de la mercantilidad de las instituciones: ambos códigos dedican respectivamente sus arts. 1^ºs y 2^ºs, a definir a los comerciantes y a delimitar la figura de los actos de comercio, estableciendo el sistema de fuentes aplicables a los mismos, y -una vez más- lo hacen de modo totalmente coincidente. Así, según su correspondiente art. 1^º:

“Son comerciantes, para los efectos de este Código:

- 1) Los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente.
- 2) Las compañías mercantiles o industriales que se constituyeren con arreglo a este Código”.

Y, de acuerdo con su correspondiente art. 2^º:

“Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza; y a falta de ambas reglas, por las del derecho común.

Serán reputados actos de comercio, los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga”.

Me hubiera resultado muy útil acceder a la Exposición de Motivos del Cco. per./1902¹⁴ íntegra, pues la del Cco.esp./1885 resulta muy ilustrativa de cuál es el verdadero criterio de acotación de la mercantilidad de las instituciones. Sin embargo, los párrafos más ilustrativos en punto al verdadero sistema de acotación de la mercantilidad, por lo que al Cco.esp./1885 se refiere -precisamente en aquella parte de la E.M./CCo.es./1885, que se refiere al Contrato de Compraventa mercantil-, faltan en la edición del Cco.per./1902, porque el Contrato de Compraventa, en Derecho peruano,

¹³ BENITO ENDARA, LORENZO. 1924, p. 208. SCHMIDT, KARSTEN. *Handelsrecht*, 3^a ed., reelaborada y ampliada, Karl Heymanns, Verlag, Colonia/Berlín/Bonn/Munich, p. 470, quien señala que numerosos contratos mercantiles no se hallan contenidos dentro del HGB.

¹⁴ Consultada en CHANDUVI CORNEJO, Víctor Hugo. *Código de comercio y su Exposición de Motivos. Legislación complementaria. Comentado y con concordancias*, Editora Normas Legales S.A., Trujillo, 1997, *passim*.

se ha visto afectado radicalmente por el proceso de unificación del Derecho privado, habiéndose derogado, de forma expresa, los arts. 320 al 340, Cco.per./1902, por el art. 2112 del Código civil peruano¹⁵, al que luego haré referencia. Pese a todo, y partiendo -precisamente- de la coincidencia mencionada entre los códigos español y peruano, me atrevo a proponer para el Perú, las mismas consideraciones que he propuesto, ya, respecto de la correcta inteligencia del sistema de calificación que utiliza nuestra Ley mercantil principal.

Durante mucho tiempo se ha creído que el precepto fundamental, a la hora de delimitar la mercantilidad de las materias y aplicar las normas y fuentes mercantiles, sería el art. 2º, y que este último refleja la opción legislativa por un sistema absolutamente objetivo de acotación de la mercantilidad. Así, el Derecho Mercantil español y peruano sería un Derecho de actos de comercio, cuya condición de tales actos “de comercio” -a su vez- resultaría objetiva e intrínseca; objetiva, porque para poder calificar a un acto como “de comercio”, resultaría de todo punto indiferente la concurrencia, o no, del elemento subjetivo de la presencia de un empresario o comerciante. Y, supuesto que los comerciantes -cual refleja el art. 1º de ambos códigos de comercio- son tales por razón de su actividad, que se describe como *habitual* [dedicarse al comercio “habitualmente”], la objetividad del carácter mercantil de los actos iría acompañada, también, de su aislamiento socioeconómico: sería posible -supuestamente- que los actos de comercio pudieran ser tales -es decir: “de comercio”-, considerados aisladamente de toda actividad económica organizada, porque si fuera realizado dentro de una actividad habitual y organizada, entonces ya sería celebrado con la presencia de algún comerciante.

Pero, en segundo lugar, la condición de tales actos “de comercio” sería intrínseca porque, suprimida -ya- la necesidad de participación de un comerciante y la necesidad de vincular cada acto de comercio con el marco socioeconómico de una actividad, la mercantilidad del acto resultaría -en apariencia- de su propia naturaleza o condición económica. Sin embargo, semejante opinión resulta, no solo insostenible, en la práctica -por imposibilidad material-, sino además científica o dogmáticamente falsa, por sustentada sobre una interpretación falaz y equivocada de los preceptos legales positivos. Lo que interesa ahora es poner de manifiesto dónde subyace la falacia, porque de este modo cabría, no solamente revelar -más bien probar- cuál es el verdadero factor acotador de la mercantilidad, sino también -de paso- aportar unos primeros elementos para valorar el estado, las perspectivas y las propuestas en torno al Derecho mercantil de obligaciones, en el Derecho peruano. La falacia subyace en el espejismo que sufren quienes, al leer el art. 2º, sea del Cco.per./1902 o del Cco.esp./1885, se dejan fascinar por las palabras “sean o no comerciantes los que los ejecuten”. Es fácil comprender el error; es -casi- disculpable que al leer esas palabras, se crea que no sólo existen actos de comercio en los que, no ya una de las partes, únicamente [los llamados actos de comercio mixtos], sino incluso ninguna de ellas -los supuestos actos de comercio objetivos puros-, sea comerciante, sino que se llegue a ver aquí el supuesto básico y modélico; el paradigma que debe predeterminar la construcción de todo el sistema de acotación de la mercantilidad: actos de comercio sin comerciante. Semejante criterio supondría

¹⁵ Consultada en CHANDUVI CORNEJO, Víctor Hugo, 1997, pp. 104 y ss.

asumir la carga -insoporable e innecesaria- de construir todo un Derecho mercantil de obligaciones y contratos, basado en el presupuesto de que todos los actos de comercio son o pueden ser objetivos; equivaldría a construir todo un Derecho mercantil de obligaciones y contratos, plegado a las exigencias de la despersonalización y desprofesionalización de las conductas. La consecuencia sería obvia: el Derecho mercantil de obligaciones sería un Derecho de actos de comercio, objetivos, intrínsecos y aislados. Mas yo creo que la lectura que se ha de hacer es otra muy distinta: hay que aplicar un método de razonamiento diferente; un método que comience por analizar cuántos y cuáles podrían ser los actos de comercio absolutamente objetivos, siquiera de forma estimativa, para valorar cuál es -realmente- el peso específico de estos supuestos, en el conjunto del Derecho Mercantil español o peruano. La tarea no es sencilla porque ni el Código peruano ni el Código español han seguido el sistema de lista, ni han tratado de formular una definición: se sirven de un criterio mixto de inclusión y analogía, que tiene la enorme ventaja de su flexibilidad, pero que –gajes del oficio– adolece de una aparente inseguridad. Lo que es evidente es que, tanto en la versión completa -antes de los procesos de derogación- del Cco.per./1902, como en el Cco.esp./1885, la mayoría de los contratos especiales de comercio, luego regulados en el articulado de tales códigos, exigían explícitamente la participación de un comerciante o la daban por supuesta. En aislada y significativa soledad quedaban: 1) El Contrato de Sociedad -que, como ya anticipé, en el Perú se ha visto afectado por un doble proceso de unificación del Derecho privado y de erosión: lo primero, porque su regulación fue trasladada en bloque a la Ley General de Sociedades peruana. Y lo segundo, porque la regulación del Contrato de Sociedad, se ha visto notablemente reducida en aras de la regulación de la Sociedad como organización. 2) El Contrato de Compraventa –que, como ya anticipé, en el Perú se ha visto afectado por el proceso de unificación del Derecho privado, siendo trasladada en bloque su regulación al Código civil–. 3) La cesión de créditos mercantiles. 4) [En el Perú] La Prenda mercantil. 5) El afianzamiento mercantil -que, asimismo, en el Perú se ha visto afectado por el proceso de unificación del Derecho privado, siendo trasladada en bloque su regulación al Código civil-, y 6) Los Títulos-valores cambiarios [el viejo, y hoy ha tiempo derogado, art. 443, Cco.esp./1885, decía que la Letra de Cambio sería siempre acto de comercio, y -sin embargo- nunca exigió la condición mercantil del librador, ni del librado o del tenedor, etc. Pero esta es otra materia que, en España y el Perú, ha sido extraída fuera de los códigos de comercio].

De estos diversos actos, varios [actos accesorios] subordinaban su propia mercantilidad, a una conexión o vínculo con otros actos de comercio [principales]¹⁶; razón por la cual hasta podría resultar falsa su supuesta mercantilidad intrínseca. Personalmente, me interesa más la mercantilidad de las compraventas y de la sociedad, que es un contrato –este último– que puede ser mercantil incluso aunque ninguno de los socios fundadores concurrentes sea comerciante. Por lo que hace a la Compraventa, poco diré porque –como ya anticipé– en el Derecho peruano se ha convertido “*ope legis*” en contrato “civilizado”; en contrato sometido “*quasi in toto*” al Derecho civil. Sí quisiera señalar dos cosas, a partir de la experiencia del Derecho español: primero, que, pese a

¹⁶ La cesión era mercantil, como la prenda o el afianzamiento, porque versaban sobre créditos mercantiles o garantizaban deudas mercantiles.

que los términos del art. 325, Cco.esp./1885 –cuando dice “será mercantil la compraventa de cosas muebles para revenderlas, bien en la misma forma que se compraron, bien en otra diferente, con ánimo de lucrarse en la reventa”– parecen sugerir el absoluto desinterés por la presencia de comerciantes, como factor acotador de la mercantilidad de las compraventas, lo cierto es que en el sistema del CCo.esp./1885 solo cabrían –como regla general y supuesto modélico– las compraventas por los comerciantes, en el ejercicio de su actividad profesional.

De acuerdo con la construcción objetivista del Derecho Mercantil, la Compraventa constituiría el paradigma de aquellos actos [*ide comercio?*], en los que pueden darse diversas situaciones, deducidas a partir del art. 2º, CCo: a) Que ambos contratantes sean comerciantes o industriales. b) Que solo uno de los contratantes sea comerciante, en cuyo caso puede suceder, alternativamente: b.1.- Que sea comerciante el Comprador, o bien -b.2.- que sea comerciante el Vendedor, y c) Que ninguno sea comerciante. Habría, pues, varias modalidades de compraventas mercantiles: a) compraventas mercantiles “*ratione personæ*” bilateralmente empresariales; b) compraventas mercantiles “*ratione personæ*” unilateralmente empresariales [compraventas mercantiles “*ratione personæ ac ratione mercatura*”] y -c)- compraventas mercantiles “*ratione mercatura*”, objetivas puras. Si ambos contratantes son comerciantes, pareciera que debería presumirse que la compraventa será mercantil¹⁷. Si únicamente es comerciante el comprador [futuro revendedor], la presunción de ánimo de reventa lucrativa, basada en el dato subjetivo mencionado, permitiría la aplicación de la calificación de mercantilidad. Pero quedan por solventar las dudas suscitadas por los otros dos supuestos imaginables: ¿Qué sucede si únicamente es comerciante el Vendedor, y el Comprador es un particular consumidor? ¿Y qué sucede cuando no interviene ningún comerciante? Permítaseme tratar, ahora, este segundo supuesto: si ninguno de ambos contratantes es comerciante o empresario, la intención de revender especulativamente es difícil de conocer y demostrar, como no sea a través de la ejecución del acto posterior que es la reventa. Si tal reventa lucrativa posterior se produjera, aparentemente, el art. 325, Cco.esp./1885 obligaría a reconocer que se trata de una compraventa mercantil¹⁸. Pero semejante solución se me antoja doblemente insatisfactoria: para empezar, el hecho de la reventa –conocido “*ex post*”– no permite conocer “*ex ante*” cuál habría de ser el régimen jurídico –civil o mercantil– del contrato de compraventa antecedente, lo que choca con las exigencias mínimas de seguridad jurídica. Pero, sobre todo, con el principio de igualdad, pues ¿acaso tiene sentido que a una compraventa entre particulares, se le aplique un régimen jurídico especial, pudiendo la misma operación someterse al Derecho común, por el simple hecho de que el comprador tenga la intención de obtener un beneficio económico con la reventa, sin que ello tenga un carácter habitual o programado? ¿Es que basta una mera intención subjetiva, personal, interna y eventualmente ocasional o aislada, para someter un mismo contrato, con participación de un mismo tipo de contratantes -los

¹⁷ SÁNCHEZ CALERO, Fernando y SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, Juan. *Instituciones de Derecho Mercantil*, 31ª ed. [4ª en Aranzadi], t. II, Thomson - Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 245, quienes señalan que podemos considerar mercantiles las ventas realizadas por los empresario, cuando el comprador también lo sea y adquiera la cosa para su actividad económica.

¹⁸ SÁNCHEZ CALERO, Fernando y SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, Juan. 2009, p. 245.

dos- no profesionales, a una “*lex specialis*”, cuando el Derecho común ya le depara un régimen jurídico suficiente y tan adaptado a las necesidades del caso, como el del Código mercantil? Me cuesta mucho creer tal cosa: no creo que quepa prescindir del elemento personal-profesional –presencia de un comerciante o empresario–, para calificar a una compraventa mercantil, y sustituirlo por un criterio estrictamente subjetivo-intencional: la intención de los contratantes [en realidad, de uno sólo de ellos].

Cierto que puede haber, en el Derecho español, casos de compraventa mercantil absolutamente objetiva, como sucede –excepcional, pero no infrecuentemente– cuando el elemento real sobre el que versa el contrato es tan indiscutiblemente mercantil, que comunica la mercantilidad a la compraventa, aunque ninguna de las partes sea comerciante [compraventas de valores negociables, operaciones bursátiles]. Ahora bien -y esta es la consecuencia de relectura de los arts. 1º y 2º-, se trata de un supuesto excepcional; más, aún, en el marco de un modelo constitucional económico que, si no es idéntico en el caso de España y del Perú, sí es –cuando menos– muy parecido. Así; la Constitución del Perú, de 1993, dice –art. 53– que “el régimen económico de la República se fundamenta en la economía social de mercado”, y no puedo evitar preguntarme si, diciendo esto, le cabría al Derecho Mercantil peruano abrigar legítimamente un supuesto de contrato mercantil –sea de compraventa o de otros muchos tipos– en el que ninguna de las partes contratantes fuese comerciante, y no hubiese ninguna otra circunstancia cualificadora especial que lo justificara, incluso aunque la ley positiva pareciera abonar tal posibilidad. Por consiguiente; salvo el supuesto citado, que –insisto– debe considerarse excepcional, el art. 325 debe ser interpretado de forma conjunta con diversos preceptos del Cco.esp./1885, que contienen reglas sobre la calificación, o no, de mercantilidad de los contratos; preceptos, como el art. 124, Cco.esp./1885, referidos a las sociedades mutuas de seguros, cooperativas, y similares; como el art. 244, el 303, el 311, el 349 etc., que toman como punto de referencia factores subjetivo-profesionales. Y es que, como ya he manifestado en alguna ocasión, lo cierto es que, incluso en aquellos casos en los que el Cco.esp./1885 o su E.M. hacen referencias al ánimo de lucro, como factor determinante de la mercantilidad, lo que quieren describir –en realidad– es la concurrencia del elemento “empresa”.

Por consiguiente, mi conclusión es que, en realidad, el Código español nunca logró –por más que lo hubiera intentado– eludir la referencia subjetivo/profesional; más precisamente, la referencia subjetivo/funcional. Por este motivo, cuando el art. 325, Cco.esp./1885 habla de la mercantilidad de la compraventa de cosas muebles, para revenderlas con ánimo de lucrarse en la reventa, la imposibilidad apriorística de conocer lo que sólo está en el espíritu de las personas, obliga a proceder por vía de presunción: hay que presumir la intención de reventa lucrativa. Pero, como siempre, la presunción necesita sustentarse sobre la base de hechos sensibles. Y estos hechos solamente pueden encontrarse en la condición profesional del agente: en la operación ha de participar un comerciante. Y esa condición profesional; organizativa, empresarial; es decir: en definitiva, la participación del empresario, donde se refleja con absoluta nitidez es en la E.M./Cco.esp./1885: “Es indudable que, con arreglo a la naturaleza del contrato de compraventa mercantil, las ventas hechas por los artesanos e industriales de

los productos de su trabajo, merecen la calificación de mercantiles, toda vez que tienen que comprar, para revender, los materiales sobre que ejercen su industria. Sin embargo, hay que reconocer que no todos los fabricantes o industriales proceden con el mismo fin al adquirir los materiales necesarios para la fabricación, o al vender los objetos elaborados; pues unos verifican estos actos como medio indispensable para el ejercicio de su industria, y otro, por el contrario, los realizan con el fin principal de obtener alguna especulación o lucro. Este diferente propósito, que sirve para atribuir o negar el carácter mercantil a unos mismos actos, se manifiesta generalmente por las circunstancias en que el industrial fabrica o vende sus productos, pues mientras que el que se propone obtener un lucro no trabaja por sí mismo, sino por medio de obreros, a quienes retribuye con el fin de tener gran número de objetos a disposición del público, presentándolos en los almacenes o tiendas para que éste pueda adquirirlos, existen otros industriales que se limitan a fabricar con sus propias manos los objetos de su industria, a medida que se los encargan y dentro de sus mismos talleres u obradores...". Es aquí, donde echo en falta acceder al texto de la E.M./CCo.per./1902: conocer las líneas seguidas -en su día- por el Legislador peruano, al regular las compraventas mercantiles.

Sea como fuere, al Cco.esp./1885 no le paso inadvertida la importancia del fenómeno "empresa", y se sirvió de este factor para delimitar la compraventa mercantil y, por lógica consecuencia -ya que es obvio que el Cco.esp./1885 parte de la premisa de que la Compraventa constituye el acto de comercio principal, del que todos los demás son accesorios- para delimitar el propio ámbito del Derecho Mercantil¹⁹. Así, la compraventa sería mercantil cuando fuera un contrato celebrado con participación de un empresario, actuando -precisamente- en ejercicio de su actividad profesional, lo cual revela que la Compraventa no puede ser presentada como paradigma de los actos de comercio objetivos, porque no lo es. Y si esto fue lo que sucedió en el Derecho español, es difícil de creer que tal cosa no hubiera podido suceder en el Perú, antes de que el nuevo CC.per./1984 viniera a derogar los preceptos específicos del CCo.per./1902, en materia de compraventas mercantiles.

¹⁹

La misma E.M./Cco.esp./1885 insiste en esta idea, cuando -después de diferenciar los dos tipos de industriales o artesanos (los que trabajan personalmente y por encargo, y los que hacen de su industria una actividad especulativa)- hace una verdadera declaración programática, que debiera servir para interpretar el propio Código: "Partiendo el proyecto de estos principios, ha querido distinguir esas dos clases de fabricantes, tomando por criterio las circunstancias externas que en ellos concurren; y en su consecuencia, reputa comerciales las ventas de los efectos fabricados que realizan los primeros, y declara expresamente que no se consideran mercantiles las que hicieren los segundos". Las "circunstancias externas" a las que se refiere la E.M./CCo./1885 no son otras que las de la presencia, o ausencia, del recurso a la contratación de obreros (presencia de la Empresa como comunidad personal; como comunidad organizada de trabajo) para llevar a cabo la fabricación de múltiples productos dedicados a una reventa lucrativa masiva; circunstancias que permitían presumir -o excluir, en caso contrario- la existencia de ánimo de lucro (es decir: la "mercantilidad"), y no una simple actividad de subsistencia [MARTÍNEZ VAL, José María. *Derecho Mercantil*, edit. Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1979, p. 454]. En definitiva, la E.M./Cco.esp./1885 proporciona nuevos argumentos para mantener, no sólo la mercantilidad de la reventa profesional (incluso al público de los consumidores), sino la esencialidad del factor subjetivo/profesional, que es la pertenencia de la Operación al ámbito de la Empresa, aunque disfrazada esta realidad bajo la forma externa de una presunción de intención lucrativa.

Queda el caso del Contrato de Sociedad: es obvio –como ya anticipé– que este contrato puede ser mercantil incluso aunque ninguno de los fundadores concurrentes sea comerciante. Y, en este caso, ni siquiera podemos hacer una exégesis que conduzca a la conclusión de la necesidad de intervención de unos fundadores comerciantes o de unos promotores comerciantes, que, por otra parte, debe considerarse absolutamente rechazable, por múltiples razones, comenzando por el propio reconocimiento de la libertad de empresa, a favor de todos los ciudadanos, y no sólo de los que ya son empresarios [vid. Arts. 38, Const.Esp./1978 y art. 58, Const.pol.Perú/1993]. Mas, en este caso, el factor determinante de la mercantilidad no puede presentarse o concurrir en el mismo sentido, o de la misma manera que en la Compraventa o en otros actos de comercio. ¿Es que acaso el factor de acotación de la mercantilidad de los contratos de sociedad es diferente que en otros actos de comercio? Alguno podría creer que sí: yo disiento. En mi opinión, el factor de acotación de la mercantilidad de los contratos de sociedad no es diferente, sino que -precisamente- es el mismo factor, pero situado en unas coordenadas temporal-funcionales diferentes. Me explico: creo que el criterio que debe ser utilizado para acotar la mercantilidad de las sociedades es el mismo criterio general de la empresa y el empresario. Lo que pasa es que estamos ante un caso de un empresario “*in fieri*” y una empresa “*in constituendo*”. No se trata, pues, de un criterio de mercantilidad distinto, sino de un mismo criterio que debe ser aplicado de forma adecuada -y, por consiguiente, distinta- en función de la diversidad de circunstancias, que, a su vez, tienen que ver con el “*iter*” cronológico, con el ciclo vital, de creación de una empresa, que -jurídicamente hablando- tiene la consideración de persona jurídica. Así, la mercantilidad del Contrato de Sociedad viene dada porque, mediante la celebración de dicho contrato, se crea un sujeto que es -él mismo- comerciante; un comerciante-persona jurídica, y –por lo mismo– se crea una organización que –desde el punto de vista económico– representa una forma de organización/personificación de la empresa. Y esto no es sólo un efecto más: es el propósito fundamental; el objeto y aun la causa -entendida como función socioeconómica- del Contrato mercantil de Sociedad.

Es posible que alguno piense que este razonamiento es inaplicable al Ordenamiento peruano, donde se ha producido la unificación –y, por tanto, la desmercantilización– del Derecho de sociedades. Mas ruego de los esforzados lectores un poco de paciencia, porque a esta cuestión habré de responder más tarde. Y es que, en realidad, si he planteado, aquí y ahora, el tema de la mercantilidad del Contrato de Sociedad, ello es porque se trata –como ya he señalado– de analizar hasta qué punto la existencia de actos de comercio absolutamente objetivos puede determinar la despersonalización y objetivación del Derecho mercantil de obligaciones y contratos. A este respecto, mi única intención es señalar dos cosas:

1. Primero, que no es posible convertir los eventuales actos de comercio objetivos, que son puntuales y singulares, en regla general, cuando su naturaleza es la de supuestos excepcionales. Esto permite apreciar que el papel de los arts.2^{os}, del Cco.per./1902 y del Cco.esp./1885 está claramente sobredimensionado o sobrevalorado. Y esta apreciación, a su vez, trae como consecuencia que ya no podamos ni debamos recurrir al art. 2^o, como criterio principal, exclusivo y

absolutamente aislado, de acotación de la mercantilidad: el papel principal le corresponde al art. 1º [y no es casualidad que sea el artículo primero, en los dos códigos mercantiles], que trata de los comerciantes.

2. Pero –sobre todo–, que la calificación de los contratos de constitución de sociedades, como mercantiles, y no como civiles, responde al mismo criterio de acotación de la mercantilidad que resulta del art. 1º, solo que aplicado al caso de un empresario “*in fieri*” y una empresa “*in constituendo*”.

Por todo lo expuesto, no solo hay que atribuir a la posibilidad de actos de comercio absolutamente objetivos un valor muy relativo –los hay, sí, e incluso los hay en gran número o se dan los mismos de forma muy reiterada, pero su presencia debe considerarse, siempre, como la excepción que confirma la regla contraria–, sino que hay que empezar a dudar de que, en estas condiciones, el papel principal, en el sistema de acotación de la mercantilidad, en los códigos mercantiles español y peruano, le corresponda al art. 2º, y no al art. 1º: es el art. 1º, Cco.per./1902, como lo es el art. 1º, Cco.esp./1885, el precepto fundamental en el sistema de acotación de la mercantilidad. Y se basa en el Comerciante. Mas no en el “Comerciante” como un personaje inerte, sino –precisamente– como un sujeto agente de la actividad económica de producción y suministro de bienes y servicios al mercado, realizada de modo racionalizado, mediante el instrumento de la empresa.

Claro que, incluso así, el CCo.esp./1885 y el CCo.per./1902 son códigos ya vetustos, que –en la actualidad– precisan de una relectura actualizada. Pero –*mutatis mutandis*– el resultado es el mismo: el Derecho Mercantil es un Derecho que regula actividades de empresa y a los sujetos que las llevan a cabo, lo cual incluye, no sólo la regulación de los actos y contratos propios de la actividad regular de los empresarios, en el mercado, sino incluso la regulación de los contratos que tienen por objeto crear la persona jurídica -sociedad mercantil- que vertebré o dé cuerpo a una empresa.

II. EL ESTADO DEL ORDENAMIENTO PERUANO, EN RELACIÓN CON EL DERECHO MERCANTIL DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS

De las obligaciones y contratos mercantiles, y del propio Derecho Mercantil, en general, cabe hacer dos afirmaciones estrechamente relacionadas: para empezar, y citando al mercantilista francés GUYON, el Derecho Mercantil “es un Derecho existencialista: su existencia precede a su esencia”²⁰. Y esta afirmación podría completarse parafraseando, ahora, a ORTEGA y GASSET: el Derecho mercantil de obligaciones y, por consiguiente, las propias obligaciones y los propios contratos mercantiles son “ellos y su circunstancia”. Uno no puede comprender lo que sean, el por qué sean y el cómo sean el Derecho mercantil de obligaciones y, por consiguiente, las propias obligaciones y los propios contratos mercantiles, sin conocer el estado de la legislación positiva

²⁰ GUYON, Yves. *Trois des affaires (Droit commercial général et sociétés)*, 6ª ed., Economica, Paris, 1990, p. 3. DEKEUWER-DEFOSSEZ, F y BLARY-CLÉMENT, E. *Droit commercial. activités commerciales, commerçants, fonds de commerce, concurrence, consommation*, 6ª ed., Montchrestien, Paris, 1999, p. 19.

que los contiene, delimita y regula. En este sentido, fuerza es reconocer que si -desde una perspectiva estática o estructural- el Derecho mercantil de obligaciones y, por consiguiente, las propias obligaciones y contratos mercantiles, presentan una esencial coincidencia en España y el Perú, por el contrario -cuando adoptamos una perspectiva dinámica-, en seguida percibimos unas enormes diferencias de devenir histórico. Las referidas diferencias podrían ser valoradas desde dos puntos de vista: a) Cuantitativo y b) Cualitativo.

El devenir histórico del Derecho mercantil de obligaciones y, por consiguiente, las propias obligaciones y los propios contratos mercantiles, ha estado marcado por un común denominador cuantitativo: la descodificación. Tanto en el Perú, como en España, muchas materias, antaño contenidas en el código mercantil, han pasado a contenerse en leyes especiales, extravagantes a ese código²¹. Así, es obvio el paralelismo existente en materia concursal: entre el Derecho peruano y el español existe -para empezar- una cierta coincidencia cronológica, ya que nuestras respectivas leyes concursales se promulgaron con notable proximidad temporal, la una respecto de la otra: si la Ley peruana es de agosto de 2002, en España existen la Ley Concursal, nº 22/2003, de 9.07.2003, y la Ley Orgánica nº 8/2003, de 9.07.2003, para la Reforma Concursal²²; menos de un año separa las respectivas reformas concursales. También podemos encontrar un notable paralelismo en el ámbito del Derecho de títulos-valores, ya que -una vez más- la regulación de la Letra de Cambio, el Cheque y el Pagaré, han sido extraídas de los códigos de comercio, para ser llevadas a sendas leyes especiales, que -en el caso peruano- es la Ley Nº 16587, de Títulos-valores, de 15.06.1967.

Claro que este fenómeno de disgregación de las materias mercantiles entre varias leyes especiales, no tiene por qué significar la desmercantilización de la materia: si tenemos en cuenta que el criterio de acotación de la mercantilidad gira en torno a empresarios y empresas; en torno a la actividad económica organizada en forma de empresa, quedaría patente la falacia que subyace en la “desmercantilización por principio” de ciertas instituciones: a veces parece -En España, el Contrato de Seguro; el de Transporte terrestre de mercancías; el de Agencia; el régimen de la Letra de Cambio, Derecho Cooperativo. En el Perú, el régimen de los títulos-valores...- que una materia,

²¹ TORRES MANRIQUE, Fernando Jesús. *Corretaje inmobiliario* (Perú), en <<http://www.monografias.com/trabajos39/corretaje-inmobiliario/corretaje-inmobiliario.shtml#general>>, Parte 2, quien señala que “podemos afirmar que con el Código Civil Peruano de 1984 se ha continuado con el proceso de descodificación del Código de Comercio Peruano de 1902, iniciado por leyes especiales como la ley de quiebras (materia que luego fue regulada por otras leyes y que en la actualidad se encuentra regulada por la ley general del sistema concursal), la ley de títulos-valores y también por la Ley de sociedades mercantiles (materia que en la actualidad es regulada por la ley general de sociedades; ley que también regula las sociedades civiles, materia que no era regulada por la ley de sociedades mercantiles)”.

²² OTERO LASTRES, José Manuel. “Reflexiones sobre el Principio de *Unidad* en la nueva Ley Concursal”, en: VV.AA. *Aspectos de la nueva Ley Concursal. Concursos, créditos, administradores, jueces*, Madrid (Escuela Galega De Administración Pública/Reus, S.A./Díaz-Bastián & Truan, Abogados,), 2004, pp. 12 y ss. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Angel José y BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio. “Lección 30: Regulación jurídica de la Insolvencia: la legislación concursal”, en: MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Adolfo (Dir.). *Lecciones de Derecho Mercantil*, 2ª ed., Thomson/Civitas S.A., Madrid, 2004, p. 847. ROMERO SANZ DE MADRID, Carlos. *Derecho Concursal*, Thomson/Civitas S.A., Cizur Menor, 2005, p. 39.

extraída fuera del Código de comercio y regulada de modo unitario, en una Ley especial, se ha convertido en Derecho Común, cuando lo cierto es que lo que ha desaparecido es la regulación civil de dicha materia, por ser tan irreductiblemente empresarial, que no puede ser regulada sino por el Derecho de los empresarios. Mas, con todo, la descodificación no deja de plantear riesgos y presentar inconvenientes, ya que si los conceptos de “código” y de “codificación” sugieren la idea de una profunda racionalización del conjunto de la regulación de una materia jurídica; si sugieren que esta regulación ha sido llevada a cabo en términos que permitan una mayor claridad en el sistema jurídico propio y que simultáneamente se adecúen a las estructuras sociopolíticas del momento; si se trata de “estructurar un sistema normativo claro y aplicable a la generalidad de los ciudadanos”²³, basado en la reunión en un instrumento normativo unitario y tendencialmente único, con vocación totalizadora; es decir: con vocación de regular toda una misma materia, que esté formado por normas coherentes entre sí y que se encuentren sistematizadas²⁴, es obvio que la descodificación lleva consigo el inconveniente de la pérdida de esta sistematización, racionalización y formulación o inducción de principios generales. De modo que se hace más difícil –aunque no imposible– extraer principios generales del Derecho Mercantil; es decir principios mercantiles generales.

Mas el paralelismo cede y viene a menos, cuando se trata del Derecho de sociedades²⁵; un agregado normativo que, situado *-prima facie-* en el marco del sistema del

²³ LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. *Principios de Derecho civil*, t. I, Trivium S.A., Madrid, 1992, p. 43.

²⁴ MONTÉS PENADÉS, Vicente Luis, ROCA I TRÍAS, Encarna y CAPILLA RONCERO, Francisco. *Derecho Civil. Parte General. Introducción y fuentes del Derecho Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pp. 25 y ss.

²⁵ La referencia a la existencia de un Derecho “de sociedades” puede encontrarse en GARCÍA-PITA Y LASTRES, José Luis. “Reflexiones sobre el Concepto de Sociedad y el Derecho de Sociedades”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 2000, núm. 33, Diciembre, p. 75, nota 1. CARBAJO CASCÓN, Fernando. “La Sociedad de capital Unipersonal”, Aranzadi Editorial S.A., Elcano (Navarra), 2002, p. 103. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis. “La Atipicidad en el Derecho de Sociedades”, edit. LIBROS PÓRTICO, Zaragoza, 1977, *passim*. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis. “Problemas de política y técnica jurídica en Derecho de Sociedades”, en: VV.AA. *Derecho de Sociedades. Libro homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, t. I, McGraw-Hill, Madrid, 2002, p. 159 *passim*. ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio. “Reflexiones en torno al interés social”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 240, abril/junio, 2001, p. 421, habla del “Derecho societario español”. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido-José. “Título VIII. De la Sociedad. Artículo 1665”, en: PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido-José, Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo y SALVADOR CODERCH, Pablo (Dir.). *Comentario del Código Civil*, t. II, edit. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica (Centro de Publicaciones), Madrid, 1991, p. 1299. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido-José. “¿Cómo entendemos y cómo hacemos el Derecho de Sociedades? (Reflexiones a propósito de la libertad contractual en la nueva LSRL.)”, en: PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido-José (Coord.). *Tratando de la Sociedad Limitada*, edit. Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1997, p. 159. GARCÍA MAS, Francisco Javier. “La Sociedad Civil”, en: VV.AA. *Comunidades de Bienes, Cooperativas y otras formas de empresa*, t. I, Colegios Notariales De España, Madrid, 1996, p. 58, quien señala que se ha intentado hacer un análisis metodológico del art. 1665, C.C. -relativo al Contrato de Sociedad- con el fin de “plantear un auténtico sistema de Derecho de Sociedades”. JUGGLART, Michel DE, IPPOLITO, Benjamín. « Cours de Droit commercial avec travaux dirigés et sujets d'examen », t. II, « Les sociétés commerciales », 9th ed., Montchrestien, Paris, 1992, p. 10, quienes alude a la “idea de asociarse con otros; es decir: de poner en común capitales y crédito y conjugar los esfuerzos comunes, con una finalidad única”. CONVERT, L. *L'impératif et le supplétif dans le Droit des Sociétés. Étude de Droit comparé. Angleterre – Espagne – France*, Librairie Générale De Droit Et Jurisprudence, Paris, 2003, *passim* [vid. en especial, p. 33], en un interesante estudio del Derecho de Sociedades de tres Ordenamientos distintos, haciendo uso del método comparativo. PEGLOW, K. *Le Contrat de Société en Droit allemand et en Droit français comparés*, Librairie Générale

Derecho Mercantil²⁶, hipotéticamente podría haber alcanzado cierta individualidad e independencia. En este sentido, el Perú representa un ejemplo paradigmático; incluso un ejemplo excesivo, ya que poseyendo un Código de comercio, continente, en su origen, de la regulación de las sociedades mercantiles, optó por llevar a cabo una profunda reforma de la materia, que formalmente se refleja -sobre todo- en la sustitución de la normativa codificada, por la inclusión de toda²⁷ la materia societaria en una “Ley General”: primero la Ley nº 16123, y -luego- la Ley General de Sociedades peruana, nº 26887, de 19.11.1997 [en adelante, LGS.per.]. No sucede así en España, donde existe una amplia dispersión de la normativa positiva pertinente a las materias societarias, en una pluralidad de cuerpos legales distintos. Y, sin embargo, el problema de la existencia de un Derecho “de sociedades” afecta, asimismo, al Ordenamiento jurídico español.

Pero, por otra parte, el devenir histórico del Derecho mercantil de obligaciones y, por consiguiente, las propias obligaciones y los propios contratos mercantiles, en España y en el Perú, ha estado marcado por una notable divergencia en el plano cualitativo: la desmercantilización. Y es que el Ordenamiento jurídico peruano, en materia de obligaciones y contratos, no se ha limitado a extraer ciertas materias fuera de su código mercantil, para llevarlas a otras leyes especiales extravagantes a dicho código, sino que a donde ha llevado muchas de tales materias ha sido al Código *civil*, aprobado por Decreto legislativo nº 295, de 24/25.07.1984, a donde han ido a parar contratos que antaño tenían un lugar en el código mercantil [la Compraventa -nada menos-, la Permuta, el Mutuo, el Depósito o la Fianza]. Y por si esta transfusión sanguínea no hubiera dejado bastante depauperado al Derecho Mercantil peruano, resulta que el “donante” -el Cco.per./1902- no ha podido ingerir líquidos ni sólidos que le permitieran recuperarse, porque -una vez más- el CC.per./1984 es quien se ha llevado la regulación de otras figuras contractuales, más recientes, tradicionalmente asociadas al Derecho Mercantil [El Hospedaje, el Suministro, el “Leasing”]. Vuelvo a las metáforas y las alegorías: esto no ha sido una transfusión, ha sido vampirismo. Y, desde luego, constituye un fenómeno mucho más importante y mucho más grave, que los juristas peruanos están contemplando -ya con convicción e incluso con aplauso, ya con reservas, mayores o menores- como una desaparición del Derecho mercantil de obligaciones, absorbido

De Droit Et Jurisprudence, Paris, 2003, pp. 1 y ss. RAGUSA MAGGIORE, Giuseppe. *Trattato delle Società*, t. I, Cedam, Padua, 2000, pp. 5 y ss., quien sitúa la base del “Derecho de Sociedades” en un doble sustento, constituido por los fenómenos de la industrialización de los medios de producción y de la Revolución Burguesa, que generó una mentalidad jurídica común en toda Europa. DAVIES, P. *Introduction to Company Law*, Oxford University Press, Oxford/N. York, 2002, passim. MAYSON, S., FRENCH, D. y RYAN, CH. *Company Law*, 22ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2005, passim.

²⁶ Expresamente adscriben este sector normativo al Derecho Mercantil, VICENTE y GELLA, Agustín. *Curso de Derecho Mercantil comparado*, t. I, 2ª ed., Tipográfica La Académica, Zaragoza, 1948, p. 163. VICENT CHULIÁ, Francisco. *Introducción al Derecho Mercantil*, 11ª ed. totalmente revisada, Tirant Lo Blanch, adaptada a los nuevos Planes de estudios y orientada a la Práxis, Valencia, 1998, p. 181. MORILLAS JARILLO, María José. *Las normas de conducta de los administradores de las sociedades de capital*, 1ª ed., La Ley, Las Rozas (Madrid), 2002, p. 3.

²⁷ En realidad, toda no: quedan fuera de la LGS.per. -formalmente- las sociedades cooperativas, que se rigen, primeramente, por el Texto Único Ordenado de la Ley General de Cooperativas, aprobado por Decreto supremo 074/90-TR. [<http://www.neticoop.org.uy/article780.html>], aunque no hay que olvidar que el art. 2º, LGS.per. También dice que “las sociedades sujetas un régimen legal especial son reguladas supletoriamente por las disposiciones de la presente ley”.

por un Derecho común resultante de un proceso de unificación del Derecho privado²⁸, hasta el punto de que, si hablo del “*pollice verso*” que amenaza al Derecho Mercantil peruano –y también español–, un jurista peruano -TORRES Y TORRES LARA- lo describió en términos -tan dramáticos como los míos- de “nacimiento, vida, pasión, muerte y resurrección” del Derecho Mercantil. Y aquí es donde llegamos al Gladiador caído -aún no diré vencido ni condenado-, porque, en definitiva, de lo que se trata es de saber si todavía subsiste un Derecho mercantil de obligaciones y contratos peruano. Dicho de otro modo: ¿existen -todavía- en el Perú, obligaciones y contratos que merezcan ser calificados como “mercantiles”? ¿Tienen las nociones de “obligación mercantil” y de “contrato mercantil” un valor jurídico sustantivo, o -por el contrario- su alcance es puramente sociológico o didáctico, al objeto de agrupar, a efectos meramente expositivos, ciertas materias jurídicas, cuyo régimen general nunca sería otro que el común?

1. La “obligación” y el “contrato” mercantiles, en el Derecho peruano

A. El concepto de “obligación” y la mercantilidad de las relaciones obligatorias, en el Derecho peruano

La respuesta a las interrogantes planteadas depende -por eso digo que la existencia del Derecho Mercantil predetermina su esencia- de la opinión que se mantenga en torno a la subsistencia o no, de los arts. 50 al 63, Cco.per./1902, y en torno a la eficacia derogatoria del art. 1353, CC.per./1984. Digo esto porque -en realidad- si hay obligaciones y contratos que sean mercantiles, es preciso analizar no sólo el por qué, sino también el cómo son mercantiles: cuál es la manera de ser de la mercantilidad de las obligaciones y contratos. En definitiva, se trata de un problema de fuentes instrumentales: una obligación es mercantil si y cuando queda sometida al sistema mercantil de fuentes, ya de forma genérica y abstracta, o en concreto.

Con ser tan importantes, en el ámbito mercantil, la Obligación y el Contrato, no deja de resultar sorprendente el que estos conceptos se hayan formulado fuera del Derecho Mercantil; concretamente, se trata de nociones formuladas a veces dentro de normas positivas contenidas en los códigos civiles: valga el ejemplo del art. 1219, CC.per./1984 -“Derechos y acciones del acreedor como efecto de las obligaciones”- según el cual:

“Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente:

1.- Emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado.

²⁸ TORRES MANRIQUE, Fernando Jesús. *Corretaje inmobiliario (Perú)*, Parte 2, quien señala que “[e]l texto original del Código de Comercio Peruano de 1902 regulaba varios contratos mercantiles o comerciales, tales como el contrato de compraventa, permuta, mutuo, depósito, y fianza de naturaleza mercantil, el contrato de seguro y el contrato de transporte terrestre, entre otros. Pero el artículo 2112 del Código Civil Peruano de 1984 estableció que los contratos de compraventa, permuta, mutuo, depósito y fianza de naturaleza mercantil, se rigen por las disposiciones del Código Civil y establece que quedan derogados los artículos 297 a 314, 320 a 341 y 430 a 433 del Código de Comercio”.

- 2.- Procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro, a costa del deudor.
- 3.- Obtener del deudor la indemnización correspondiente.
- 4.- Ejercer los derechos del deudor, sea en vía de acción o para asumir su defensa, con excepción de los que sean inherentes a la persona o cuando lo prohíba la ley. El acreedor para el ejercicio de los derechos mencionados en este inciso, no necesita recabar previamente autorización judicial, pero deberá hacer citar a su deudor en el juicio que promueva.

Es posible ejercitar simultáneamente los derechos previstos en este artículo, salvo los casos de los incisos 1 y 2^o;

Quizá no sea la definición más adecuada de lo que sea la Obligación, pero tampoco es mucho mejor el art. 1088, CC.esp./1889, que se limita a decir que toda obligación “consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa”. Más bien, el concepto de Obligación se induce a partir de la combinación de diversos preceptos de los códigos civiles, lo cual supone que -en definitiva- la elaboración doctrinal del concepto de “Obligación” se ha producido en el seno de la Ciencia del Derecho Civil, en cuanto es la que proporciona la Teoría General del Derecho Patrimonial privado. Por consiguiente, no hay un concepto de la obligación mercantil que sea distinto del concepto de la obligación civil, o -mejor dicho- de la obligación, en general ⁽²⁹⁾ [Y otro tanto cabría predicar respecto de los conceptos del Contrato mercantil y del Contrato, en general]. Y, sin embargo, el Cco.per./1902, como el Cco.esp./1885, habla -en varias ocasiones- de obligaciones mercantiles o de créditos mercantiles. Tal sucede, por lo que a la Ley peruana se refiere, en los arts. 61^o ó 63^o; en el art. 315, relativo a la Prenda mercantil, que establece que es mercantil la prenda “que tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación de comercio” y en el art. 342, que establece que “[l]os créditos mercantiles no endosables ni al portador, se podrán transferir por el acreedor sin necesidad del consentimiento del deudor, bastando poner en su conocimiento la transferencia por medio de carta notarial...”. Por consiguiente, es obvio que existen obligaciones mercantiles, y también es obvio que esas obligaciones tienen un régimen mercantil, basado en la combinación de los arts. 2^o y 50^o, Cco.per./1902, a los que habría que añadir la Secc. Segunda, del Libro IV, Cco.per./1902 -sobre prescripción-, que si bien no habla tanto de “obligaciones”, como de “acciones”.

Si no existiera ese régimen; si no existieran los arts. 2^o y 50^o, posiblemente no tendría sentido hablar de obligaciones “mercantiles”, pues habría quedado vacía de contenido la categoría, en tanto que sometida a un sistema propio de fuentes, ya que en esto consiste el modo de ser de la especialidad mercantil, en materia de obligaciones.

Ahora bien; con lo expuesto ya sabemos el cómo de la mercantilidad de las obligaciones: ahora hay que conocer el por qué de la misma. Y, en este sentido, considero -a la vista de las reflexiones formuladas en torno a los arts. 1^o y 2^o, Cco.per./1902- que, como las notas definitorias o -mejor- cualificadoras de las obligaciones mercantiles no

²⁹ MARTÍNEZ VAL, José María. 1979, p. 435.

pueden referirse al núcleo del concepto de Obligación, sino a aspectos accidentales³⁰, una definición de la Obligación mercantil, debe basarse en datos extraídos de los preceptos del CC.per./1984, pero añadiendo otros adicionales, extraídos del Cco.per./1902; más precisamente: extraídos de sus arts. 2º y 50º y ss. Así, propongo la siguiente definición:

“Vínculo jurídico surgido de una fuente mercantil y sometido al sistema de fuentes del Código de comercio, por el que uno o más acreedores tienen el derecho a exigir de otro u otros deudores la realización precisa, íntegra y oportuna de una prestación positiva o negativa, debiendo éstos cumplirla -y pudiendo ser compelidos judicialmente a ello-, con diligencia y buena fe, respondiendo de ello -por regla general- con todo su patrimonio”.

Ante todo, nos hallamos en presencia de un “vínculo jurídico”; vínculo que supone la posibilidad de que una o más personas -acreedores- tengan el derecho a exigir de otra u otras personas -deudores- la realización precisa, íntegra y oportuna de una prestación de dar, hacer o no hacer alguna cosa, y -paralelamente- la necesidad de su cumplimiento, por parte de los deudores; necesidad que se manifiesta -aunque no se agote- en la posibilidad de ser compelidos judicialmente a ese cumplimiento, el cual -a su vez- debe responder a una serie de principios: identidad, integridad, ausencia de dolo, negligencia o morosidad, y no contravención del tenor de la propia obligación, respondiendo -además, por regla general- de su incumplimiento con todos los bienes presentes y futuros. De este modo, cabe apreciar la importancia que tiene la necesidad jurídica de cumplir, ejecutando precisamente la prestación debida³¹. Todo lo demás es, no accesorio, pero sí consecuente de esa necesidad jurídica de cumplir³². Esta circunstancia ha venido propiciando un nuevo paso adelante en la construcción de la figura de la Obligación, que la concibe como un organismo complejo y como un plan, que debe ser llevado a cabo, a cuyo objeto el Ordenamiento la reviste de instrumentos de reacción y sanción³³.

³⁰ Implícitamente esta idea aparece en BOLAFFIO, Leon y otros. 1947, p. 23, cuando dice que “la obligación comercial es el vínculo jurídico respecto de una prestación que tiene carácter comercial para quien la de asumido y debe ejecutarla”. El problema es: ¿cuándo tiene carácter comercial para quien la ha asumido?

³¹ GARCÍA-PITA y LASTRES, José Luis. “Notas sobre el conflicto de intereses en una Sociedad Limitada Unipersonal atípica”, *Cuadernos Derecho y Comercio*, núm. 31, abril, 2000, pp. 41 y ss. Así, la noción del cumplimiento de las obligaciones, en general, parece que requiere la concurrencia de ciertos factores: subjetivos: capacidad y legitimación de acreedor y deudor; objetivos: identidad e integridad de la prestación, así como su adecuación con el programa de actuación, que subyace en el objeto de las obligaciones y circunstanciales/funcionales: en el tiempo y lugar debidos, o que sean adecuados para que el Acreedor vea satisfecho su interés [DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema. “*La Mora y la Responsabilidad contractual*”, Civitas S.A., Madrid, 1996, pp. 347 y ss.].

³² VICENTE y GELLA, Agustín. 1948, p. 15, quien terminantemente señala que la esencial del “vínculo” que es toda obligación -las mercantiles, también- “radica en la necesidad jurídica de que el sujeto pasivo realice aquello a que viene obligado”. Y si así no lo hace, la Ley se lo impone, coactivamente. Por este motivo, el Acreedor dispone o tiene reconocida una “acción” para conseguir aquella finalidad.

³³ CABAÑILLAS SÁNCHEZ, Antonio. *Las cargas del Acreedor en el Derecho civil y mercantil*, Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1988, pp. 12 y ss., en la línea de autores como LAENZ, ESSER y WEYERS, MEDICUS, DE CASTRO, etc.

Mas, como quiera que se trata de una obligación mercantil, es preciso que dicho vínculo presente dos notas características cumulativas; dos notas que han de concurrir –o así debería ser-, porque la una es consecuencia de la otra. Voy a permitirme comenzar por la segunda: la Obligación mercantil está sometida al sistema de fuentes previsto en la Ley mercantil³⁴, como se deduce de los arts. 2º y 50º, Cco.per./1902 [y Cco.esp./1885]. Si la obligación no estuviera sometida a este sistema de fuentes, comenzando por los preceptos contenidos en el propio Cco.per./1902 o en leyes mercantiles especiales; en defecto de ellas, en las reglas generales del Derecho común, seguidas por los usos del comercio y -por fin- en las reglas especiales del Derecho civil, no se podría decir de ella que es mercantil, porque -ante todo- la mercantilidad supone la aplicación de un *determinado régimen jurídico*; un agregado normativo que es especial, por contraposición al del Derecho Común.

Pero la primera de las dos notas características explica *por qué* la Obligación es *mercantil*; por qué se somete al sistema de fuentes del Cco.per./1902: porque la fuente de la que surge o nace dicha obligación es una fuente mercantil de obligaciones

B. Los rasgos de las obligaciones mercantiles, desde el plano de la sociología jurídica

Desde el punto de vista estructural, no hay -no puede haber- diferencias de esencia entre obligaciones civiles y mercantiles; circunstancia que ha determinado que, en la mayoría de las obras jurídico-mercantiles modernas, elaboradas por la Doctrina extranjera, ni siquiera se plantee el análisis de la Obligación Mercantil, salvo escasísimas menciones, pasando -directamente- al análisis del Contrato Mercantil, cuando no de sus diversas especies y tipos³⁵. Incluso hay quienes niegan que exista una Doctrina general de las obligaciones mercantiles, propiamente dicha, ya que esta es materia reservada al Derecho Civil³⁶, como resulta de lo dispuesto en los arts. 50º, Cco.per./1902 y 1353, CC.per./1984. Sin embargo, un análisis sociológico de la realidad de la contratación mercantil o de la actividad comercial mercantil, revela que las obligaciones mercantiles parecen caracterizarse por ciertas diferencias de matiz, sin que ello suponga que carecen de cualquier trascendencia jurídica; a saber: 1) Dialéctica entre despersonalización u objetivación del vínculo e “*intuitu personae*”; 2) Tipicidad de contenido y masificación; 3) Dialéctica entre el rigor y estabilidad en el vínculo obligatorio, y protección de terceros o de la Seguridad del tráfico, por un lado, y la relajación del vínculo, en interés de la parte más débil [Consumidor]; 4) Agravamiento de los módulos de conducta y; 5) Constitución de una Comunidad de riesgos e intereses.

³⁴ En sentido parecido, BOLAFFIO, Leon y otros. t. I, 1947, pp. 13 y 23.

³⁵ FREDERICQ, Baron L. *Précis de Droit commercial*, Établissements Emile Bruylant, Bruselas, 1970, p. 71. HEMARD, J. «Les contrats commerciaux. Les ventes commerciales. Le gage commercial», en: ESCARRA, J., ESCARRA, E. y RAULT, J. *Traité théorique et pratique de Droit commercial*, t. I, SIREY, Paris, 1953, pp. 1 y ss. Y esto, para citar sólo a autores de países en los que existe un Derecho Mercantil en un Código separado del civil.

³⁶ NAVARRINI, Umberto. *Trattato teorico-pratico di Diritto commerciale*, t. II, vol. 2º, 1ª reimp., Fratelli Bocca Editori, Milán/Turín/Roma, 1920, p. 13.

Asimismo algún autor ha hablado del “tecnicismo” y el “intervencionismo estatal”, como rasgos característicos de las obligaciones mercantiles, frente a las civiles³⁷.

Por lo que hace a la dialéctica entre despersonalización y objetivación del vínculo, e “*intuitu personae*”, cabe señalar que la concepción tradicional de la Obligación, de raíz civilista/romanista, confirió relevancia fundamental a los aspectos subjetivos de la relación: la Obligación esa concebida como un vínculo jurídico entre dos –o más– sujetos determinados, uno de los cuales –el Acreedor– tiene derecho a obtener una determinada prestación de otro sujeto –el Deudor–, al que corresponde un deber tutelado con la responsabilidad patrimonial del propio deudor³⁸. Frente a esta concepción, formularon ciertos autores, como el francés SALEILLES, una serie de teorías que se agrupan en torno a la llamada construcción o teoría objetiva de la Obligación³⁹, en la que ésta aparece considerada como un bien en sí mismo, ya que el vínculo jurídico en que la misma consiste se caracterizaría por una pérdida de importancia de los elementos subjetivos de aquélla, en beneficio del aspecto objetivo: del contenido obligacional; es decir: de la Prestación. Pues bien; aparentemente la manifestación paradigmática de estas obligaciones objetivadas sería la constituida por las obligaciones mercantiles⁴⁰, que –de una concepción subjetiva y romanista, propia del Derecho Civil– habrían derivado –tras un proceso evolutivo– a una modalidad de Obligación –la mercantil– dotada de unos rasgos propios y específicos; una modalidad de vínculo jurídico en que los elementos subjetivos pierden importancia, en beneficio del contenido obligacional [Prestación]. En este sentido, se viene afirmando que las obligaciones mercantiles presentarían acusados rasgos de impersonalidad y objetivación, pues vendrían configuradas, no como vínculos entre dos personas, sino como vínculos entre dos patrimonios, cuyos titulares -activos y pasivos- pueden cambiar indefinidamente, sin que la estructura del vínculo obligacional sufra lo más mínimo; caracterización que parece especialmente adecuada a

³⁷ MARTÍNEZ VAL, José María. 1979, pp. 436 y ss.

³⁸ GARCÍA AMIGO, Manuel. *La Cesión de Contratos en el Derecho Español*, Editorial Revista De Derecho Privado, Madrid, 1964, pp. 38 y ss., quien se refiere a esta concepción tildándola de “clásica”, “romanista” o “personalista pura”, y caracterizándola por el hecho de concebir a la Obligación como “un vínculo personal, que vincula individualmente al deudor concreto”. Así, “el derecho de crédito es un poder del acreedor sobre un acto concreto del deudor”. Es “la misma *obligatio* romana, que sobrevive en el derecho común y se recibe por los inspiradores del *Code de Napoléon*... y que redescubre la pandectística alemana”. MESTRE, J. y TIAN-PANCAZI, Me. E. *Droit commercial*, Librairie Général de Droit et Jurisprudence, 24^a ed., Paris, 1999, p. 463.

³⁹ SALEILLES, R. *Étude sur le Théorie générale de l'Obligation d'après le premier projet de Code civil por l'Empire allemand*, 3^a ed., Paris, 1923. MARTY, G. y RAYNAUD, P. 1988, p. 6. BOY, Laurent. 1989, p. 9. Igualmente, SAVATIER, R. *La Théorie des Obligations en Droit privé économique*, 4^a ed., Dalloz, Paris, 1979, pp. 204 y ss. En contra, incluso respecto de las obligaciones mercantiles, *vid.* MARTÍNEZ VAL, José María, 1979, p. 436.

⁴⁰ DE LA CUESTA RUTE, José María. y VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo María. “Capítulo I: Marco general de la Contratación mercantil”, en: CUESTA RUTE, José María DE LA (Dir.), VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo María (Coord.). *Contratos mercantiles*, t. I, Editorial Bosch S.A., Barcelona, 2001, p. 32, quienes vinculan esta característica de las obligaciones mercantiles, con la teoría del “Acto de Comercio”. GÓMEZ CALERO, Juan. “Las Obligaciones mercantiles”, en: JIMÉNEZ SÁNCHEZ y otros, t. II, 4^a ed., p. 205. MELÓN INFANTE, Fernando. *Teoría General de la Relación jurídica Obligatoria*, 1^a ed., Plaza Universitaria Ediciones, Salamanca, 1987, p. 31, que considera que este rasgo es propio del Derecho Moderno de Obligaciones, más que propiamente del Derecho Mercantil. MESTRE, J. y TIAN-PANCAZI, Me. E, 1999, p. 463.

la figura de los actos en masa, típicos de la contratación mercantil, y congruente con este modelo. Al Acreedor de una obligación mercantil, más que la conducta del deudor, lo que le importa realmente es la propia utilidad patrimonial de la obligación, en sí misma considerada. La conducta del deudor, no es un fin “*per se*”, sino sólo un instrumento. Por este motivo, la Obligación mercantil tiende a desvincularse de la personalidad del sujeto Deudor, convirtiéndose en un elemento patrimonial autónomo –un “valor”, pasivo para el deudor, y activo para su acreedor⁴¹–, el cual permanece invariable a través de múltiples contratos; todo lo cual potencia sensiblemente la vocación circulante de la misma y, por tanto, su transmisión y su papel como objeto de tráfico⁴². Así, si se habla de una “impersonalidad” de la obligación mercantil, lo que se quiere indicar no es que en la misma no haya sujetos, ya que tal cosa sería imposible pues “la relación subjetiva, personal, permanece esencial y no se la puede omitir”⁴³, sino que, desde la perspectiva pasiva –es decir desde la perspectiva de la situación del Deudor, que ha de ejecutar la prestación–, el cumplimiento no siempre ha de ser realizado por el Deudor original mismo. E igualmente, en el plano activo; es decir el plano de la condición de acreedor, al Deudor le resulta indiferente quien haya de ser su acreedor; circunstancia que viene a potenciar la transmisibilidad de la posición acreedora comercial, es decir: la transmisibilidad de los créditos mercantiles⁴⁴. En este sentido, HAMEL/LAGARDE/JAUFFRET señalaban que “[u]no de los efectos esenciales de la Obligación mercantil debe ser el permitir a su acreedor la obtención de crédito. No basta con que el acreedor comercial tenga la certidumbre de hacerse pagar aprovechándose de ciertos favores que el Derecho civil le rehúsa al acreedor no mercantil: es preciso, además, que el acreedor pueda movilizar su crédito. Es decir: que lo pueda utilizar para obtener crédito fácil y rápido,

⁴¹ MARTY, G. y RAYNAUD P. 1988, p. 6. BOY, Laurent. 1989, p. 9, quien señalan que prueba de esta objetización y patrimonialización de la Obligación, es el hecho de que los créditos figuran en la Contabilidad. DíEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. II, 4ª ed., CIVITAS S.A., Madrid, 1993, pp. 114 y ss. GARCÍA AMIGO, Manuel. 1995, p. 436, quien alude al hecho de que la “actividad personal -del deudor, que ha de ejecutar la prestación- es patrimonializable...”, para que si faltase el cumplimiento específico, voluntario o forzoso, pueda resarcirse el acreedor en los bienes del garante; el deudor”.

⁴² GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, Joaquín. 1947, p. 7. GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, Joaquín. 1983, p. 4, quien afirmaba que esta concepción objetiva o patrimonial de la obligación constituyó una reacción contra el concepto romanista, con objeto de destacar el aspecto objetivo de la obligación y su modalidad económica. GARCÍA AMIGO, Manuel. 1964, pp. 54 y ss. Esta concepción “impersonal” se adapta mejor al tráfico mercantil, porque se despersonaliza y objetiviza la prestación, separándola de la persona del deudor y confiriéndole un valor sustantivo. Por eso no debe extrañar que fueran los mercantilistas los primeros en seguir y desenvolver las ideas de civilistas como BRINZ y HARTMANN. VICENTE y GELLA, Agustín. 1948, pp. 168 y ss., quien señala que, en la medida en que la Obligación posee -también- un aspecto patrimonial, ya que, además de ser una relación entre sujetos, se halla tutelada por el patrimonio del Deudor, resulta que en el ámbito mercantil, esa dimensión patrimonial reviste una importancia máxima, hasta el punto de que la obligación comercial “se dibuja más como una relación entre dos patrimonios, que como una simple relación entre personas”. LANGLE RUBIO, Emilio. *Manual de Derecho Mercantil español*, t. III, Bosch, Barcelona, 1959, p. 9, aunque el autor aconseja no exagerar estas afirmaciones, porque en la Obligación nunca podrá faltar una referencia subjetiva que la diferencie de los derechos reales. CASTAN TOBEÑAS y GARCÍA CANTERO. t. III, 16ª ed., p. 65 coinciden en ello.

⁴³ MARTÍNEZ VAL, José María. 1979, p. 436.

⁴⁴ LANGLE RUBIO, Emilio. 1959, p. 9. MARTY, G. y RAYNAUD P. 1988, pp. 6 y ss. MESTRE, J. y TIAN-PANCAZI, Me. E. 1999, pp. 465 y s.

o incluso que pueda liberarse de una deuda, transmitiendo a su acreedor el crédito que él mismo ostenta contra un tercero...”⁴⁵. Pues bien; en el Derecho peruano, el régimen de la cesión de créditos es más flexible y sencillo cuando son créditos mercantiles, que cuando se rige por el Derecho común: el régimen de la cesión común de créditos es muy gravoso y formalista: el art. 1207, CC.per./1984 establece que:

“La cesión debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad. Cuando el acto o contrato que constituye el título de la transferencia del derecho conste por escrito, este documento sirve de constancia de la cesión”.

Por el contrario, el art. 342, Cco.per./1902, en materia de cesión de créditos mercantiles, se muestra informalista y flexible.

En cuanto a las garantías que ofrece el cedente, los arts. 1212 y 1213, CC.per./1984 establecen, respectivamente, que:

“El cedente está obligado a garantizar la existencia y exigibilidad del derecho cedido, salvo pacto distinto”,

Y que:

“El cedente no está obligado a garantizar la solvencia del deudor, pero si lo hace, responde dentro de los límites de cuanto ha recibido y queda obligado al pago de los intereses y al reembolso de los gastos de la cesión y de los que el cesionario haya realizado para ejecutar al deudor, salvo pacto distinto”.

En cambio el art. 342, Cco.per./1902 establece que “[l]os créditos mercantiles no endosables ni al portador, se podrán transferir por el acreedor sin necesidad del consentimiento del deudor, bastando poner en su conocimiento la transferencia por medio de carta notarial”, añadiendo que “[e]n virtud del aviso el deudor quedará obligado para con el nuevo acreedor; y no se reputará pago legítimo sino el que se haga a éste”. No hay, pues, exigencia esencial de constancia por escrito, con lo que el formalismo es menor y mejora la flexibilidad de la transmisión de derechos de crédito e incorporales.

Por lo que hace al agravamiento de los módulos de conducta, cabe señalar que los arts. 1320 y 1321, CC.per./1984 establecen la responsabilidad del deudor civil por culpa leve, aclarando que “actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”. La regla es excesivamente genérica, y -en este sentido- si bien la genericidad redundaba -positivamente- en beneficio de la adaptabilidad y adecuación a las circunstancias del caso y de las personas, también adolece de una cierta inseguridad. Por este motivo, no deja de estar justificado, por razones de seguridad jurídica, que el Derecho Mercantil establezca o proporcione su propio módulo mercantil de conducta. Pero es más; ha sido el Derecho Mercantil el que viene propiciando que, a la hora de establecer módulos de conducta, se distinga entre diligencia y lealtad, porque

⁴⁵ HAMEL, Joseph, LAGARDE, Gaston y JAUFFRET, Alfred. 1966, p. 408.

en ocasiones puede ser conveniente relajar las exigencias en el plano de la diligencia, y agravarlas o endurecerlas en el plano de la lealtad.

También habría que hacer notar que en ciertos supuestos de obligaciones de origen no negocial, sino cuasi-contractual, o inclusive delictual, existe una comunidad de intereses, que justifica un reparto de los costes económicos y, por tanto—en su caso—, una distribución/limitación de la responsabilidad “civil” y/o “patrimonial”. Así sucede, como veremos, en instituciones propias del Derecho de la navegación, como la Avería común, el Salvamento y la asistencia; la responsabilidad del naviero por abordaje; los seguros marítimo y aéreo...⁴⁶.

C. “*Actos de comercio*”, *negocios jurídicos mercantiles y contratos mercantiles*, en el *Derecho peruano*

Como ya señalé anteriormente, los arts. 2ºs, Cco.per./1902 y Cco.esp./1885, centran su atención en la figura de los “actos de comercio”, situándolos en un lugar importante, pero no el principal ni el decisivo, en el sistema de acotación de la mercantilidad y el sistema de fuentes reguladoras de las relaciones jurídicas mercantiles. Pero, como también tuve oportunidad de señalar, dichos preceptos tampoco ofrecían una definición del concepto “actos de comercio”. Por su parte, los arts. 50ºs, Cco.per./1902 y Cco.esp./1885, centran su atención en la figura de los “contratos mercantiles”, que tampoco definen, pero respecto de cuyo régimen establecen un -¿caso diverso y especialísimo?- sistema de fuentes, que analizaré más adelante.

Ahora bien; como quiera que los arts. 2ºs y 50ºs establecen normas cuyos correspondientes “*Tatbestände*” o supuestos de hecho incluyen conceptos no definidos, resulta que terminan convirtiéndose en normas incompletas, que precisan de un ulterior esfuerzo interpretativo encaminado a definir qué son los “actos de comercio” y qué son los “contratos mercantiles”. En ambos casos, los conceptos a definir son complejos o compuestos; son conceptos formados de otros conceptos; sustantivos seguidos de adjetivos calificativos, y -en ambos casos- el calificativo es uno y el mismo o, si acaso, dos términos sinónimos: me refiero al calificativo de “mercantiles” –los contratos– y “de comercio” –los actos–. Por este motivo, el análisis de esos adjetivos se reconduce, en última instancia, a la indagación sobre la mercantilidad: ¿qué es “lo mercantil”; qué es lo pertinente al “comercio”?

Pero el análisis de los sustantivos –que son, respectivamente, “acto” y “contrato”–, resulta más complejo, pues no se trata ya de indagar sobre el accidente, sino sobre la esencia: ¿qué se entiende por “actos” [de comercio] y qué se entiende por “contratos” [mercantiles]? ¿Qué relación existe entre “actos” [de comercio] y “contratos” [mercantiles]? En mi opinión, cualquiera que sea la definición de unos y otros, lo que es evidente es que entre ambos media una relación de género/especie, siendo el género o categoría general la de los “actos”, y la especie, la de los “contratos”.

⁴⁶ LANGLE RUBIO, Emilio. 1959, p. 23. MARTÍNEZ VAL, José María. 1979, p. 438.

En Derecho peruano, la noción de Contrato la proporciona el art. 1351, CC.per./1984, y lo hace en términos muy certeros y de gran precisión, a la par que muy amplios:

“El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”

Asimismo, el CC.per./1984 también nos ofrece una definición o noción del Acto Jurídico, indicando sus elementos esenciales, en el art. 140:

“El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:

- 1.- Agente capaz.
- 2.- Objeto física y jurídicamente posible.
- 3.- Fin lícito.
- 4.- Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad”.

Ahora bien; si ciertamente hemos logrado delimitar una noción de “contrato”, a la que fácilmente -dicho sea esto con todas las reservas- podemos añadir el calificativo de “mercantil”, para que se nos ofrezca una visión nítida de lo que se quiere definir, por el contrario, el concepto de “Acto”, suscita una interrogante: ¿es lo mismo “acto de comercio” que “acto jurídico de comercio”? ¿Podemos trasladar directamente y sin problemas el concepto de “acto jurídico”, tal como lo define el art. 140, hasta situarlo dentro del art. 2º, Cco.per./1902, como “*Tatbestand*” del citado precepto, lo mismo que podemos trasladar directamente y sin problemas el concepto de “contrato”, tal como lo define el art. 1351, CC.per./1984, hasta situarlo dentro del art. 50, Cco.per./1902, como “*Tatbestand*” del citado precepto?

Por lo que hace a España, la Doctrina tradicionalmente ha entendido que “acto de comercio” no equivale a acto jurídico de comercio, pues actos de comercio, a los efectos del art. 2º, no son sólo contratos, negocios jurídicos, o actos jurídicos propiamente dichos, sino también hechos o situaciones productoras de efectos jurídicos en el ámbito jurídico mercantil, aunque no dependan de la voluntad, porque cuando el art. 2º habla de “actos”, no refiere esta expresión a su restringida acepción técnica, sino a todo acontecimiento del mundo exterior que cae dentro de la órbita del Derecho Mercantil⁴⁷. Así, p.e, sería acto de comercio el abordaje⁴⁸, aunque la calificación de los hechos ilícitos -a los que alude el art. 1902, CC.esp./1889- como potenciales “actos de comercio”, es algo problemático. A este respecto, hace ya bastantes años, el Maestro GARRIGUES, señaló que si bien el concepto de “actos de comercio” puede abarcar incluso “actos ilícitos”; es decir:

⁴⁷ LANGLE RUBIO, Emilio. 1959, p. 40.

⁴⁸ Sorprendentemente, LANGLE RUBIO, Emilio. 1959, p. 39, olvida este supuesto, al afirmar que el Código de comercio guarda silencio respecto de los delitos y cuasidelitos, añadiendo que es “cosa discutida por la Doctrina”, si existen tales en el Derecho Mercantil. De existir -en cualquier caso- se registrarían, dice el Autor, por el Código civil.

delitos civiles y cuasi-delitos, lo cierto es que, cuando estas conductas se producen en la esfera extracontractual, salvo en algunos casos muy concretos -competencia desleal, infracciones de derechos de propiedad intelectual e industrial-, no se da una conexión suficientemente relevante con la actividad de empresa, como para convertir a estos hechos ilícitos en fuente de obligaciones mercantiles, aunque parezca lo contrario. El simple hecho de que los daños se causen con ocasión del ejercicio de una actividad de empresa no supone esa necesaria conexión, y si la hay es jurídicamente irrelevante por extrínseca a la actividad: el hecho ilícito, sólo por haber ocurrido durante la actividad mercantil, no pertenece a la esfera de lo comercial⁴⁹. Esta es, pues, la visión tradicional⁵⁰, aunque hay que reconocer que incluso en países que limitaban los actos de comercio a los estrictamente negociales –es el caso de Francia– se va admitiendo, paulatinamente, la mercantilidad de los ilícitos privados vinculados con la actividad empresarial. En este sentido, la regla general –como toda regla– posee excepciones, que podrían basarse en la idea de que, a veces, la antijuridicidad se manifiesta en forma de infracción de un deber legal o usual de conducta propiamente calificable como mercantil, pues en este caso es posible que ya se produjera la conexión suficiente como para convertir al acto ilícito, en acto ilícito mercantil.

Mas, si ciertamente los “actos de comercio” poseen un ámbito objetivo tan amplio, que abarcaría todos los actos de las personas, negociales o no negociales; jurídicos o meramente materiales, aunque pudiera tener trascendencia jurídica, es obvio que los negocios jurídicos -en cierto sentido, los que el art. 140, CC.per./1984 describe como “actos jurídicos”- y los contratos -en el sentido del art. 1351, CC.per./1984-, quedarán incluidos dentro de esta categoría. Y, así, una cosa que cabría afirmar -partiendo de esta base- es que contratos y negocios jurídicos mercantiles son todos aquellos contratos y negocios jurídicos que merecen el calificativo de “actos de comercio”; es decir: todos aquellos contratos que -como dije antes- caen dentro de la órbita del Derecho Mercantil; dentro de la órbita del sistema de fuentes de los arts. 2^{os} y 50^{os}, Cco.per./1902 y Cco.esp./1885.

Mas, entonces, ¿cuándo y de acuerdo con qué criterios caen los contratos y negocios jurídicos dentro de la órbita del Derecho Mercantil? En mi opinión, cuando se trata de negocios o contratos cuyo objeto y cuya causa -en sentido económico, entendida como función típica [o no] del negocio- los relacionen, sea de forma económica, jurídica o incluso de manera técnica, con una actividad constitutiva de empresa. Esto sucede con todos los negocios jurídicos, sin apenas distinción, incluyendo la Compraventa y el Contrato de Sociedad. En su momento, anticipé que -en Derecho español- la Compraventa era contrato mercantil, pese a las apariencias, en la medida en que fuese un

⁴⁹ GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, Joaquín. *Tratado de Derecho Mercantil*, t. I, vol. 1^o, Madrid, 1947, p. 189. En sentido parecido, SCHMIDT, K. *Handelsrecht*, 3^a ed., Carl Heymanns Verlag, Colonia/Berlin/Bonn/Munich, p. 462, quien señala que los derechos indemnizatorios [“*Deliktansprüche*”] no guardan relación con la actividad empresarial; no surgen de “actos de comercio”, aunque pueden ser objeto de uno, como cuando ambos concurrentes convinieran en torno a una reclamación basada en el § 1^o, UWG., para su liquidación.

⁵⁰ RIPERT, Georges y otros. *Traité élémentaire de Droit Commercial*, t. II, 15^a ed., Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1992, p. 222.

contrato celebrado con participación de -al menos- un empresario, en el ejercicio de su actividad. Mas, como veremos, creo que la misma afirmación debe y puede mantenerse, por lo que atañe al Derecho peruano.

Y ¿qué decir del Contrato de Sociedad? En una primera aproximación al problema, da la impresión de que el Legislador peruano, al unificar en un sólo texto legal todo el Derecho de Sociedades, hubiera puesto fin a la distinción entre Derecho civil y Derecho Mercantil de sociedades. En este sentido, el propio título de la Ley peruana se caracteriza por dos notas:

- 1) Positiva: la Ley peruana se autocalifica como “general de sociedades”.
- 2) Negativa: como acabo de señalar, la Ley peruana no incluye ningún otro adjetivo que limite su ámbito material; concretamente, la LGS.per. no es una Ley de Sociedades “mercantiles”, sino una Ley de sociedades, sin más.

Y todo esto debiera hacernos pensar -insisto- que el Derecho peruano de Sociedades es un Derecho privado unificado. Sin embargo, no está claro, ni mucho menos, que la Ley peruana haya llevado a cabo una unificación comparable, p.e, a la que se produce en el Derecho angloamericano; países en los que el Derecho de Sociedades no pertenece, propiamente, al Derecho Civil ni tampoco al Derecho Mercantil, porque –para empezar– en ellos resulta desconocida esta distinción de base⁵¹. En cambio, tanto el art. 1º, Cco.per./1902, como el art. 1º, Cco.esp./1885 contienen sendas referencias a las sociedades, a las que se refieren con el nombre de “compañías mercantiles e industriales”, con el fin -tanto en un caso, como en el otro- de señalar que “son comerciantes, para los efectos de [cada uno de ambos códigos de comercio, peruano y español]... las compañías mercantiles que se constituyeren con arreglo a” los susodichos códigos. Y si admitimos que en el Derecho peruano las sociedades pueden ser “comerciantes”; comerciantes-personas jurídicas, nacidos como consecuencia de un previo negocio jurídico de carácter contractual, entonces hay que concluir que el contrato de sociedad por el que se constituya una sociedad-comerciante, tendrá que ser calificado como contrato mercantil de sociedad; como modalidad o ejemplo concreto de “*acto de comercio*”: el acto de comercio que, como instrumento de la actividad económica, sirve para la creación de una empresa de estructura societaria.

2. Los dilemas en torno a los artículos 1353 y 2112 del Código Civil peruano

Llegados a este punto, creo que se puede y se debe defender la subsistencia de las disposiciones generales sobre las obligaciones y contratos mercantiles, del Cco.per./1902; disposiciones generales que -para empezar- no hay que entender limitadas a los reiteradamente mencionados arts. 50 al 63, sino que hay que ampliar para incluir

⁵¹ CONVERT, L. 2003, p. 34, quien señala que la distinción entre sociedades civiles y sociedades mercantiles resulta por completo ajena al Derecho Inglés, aunque -de hecho-, y como señala GIRÓN TENA, José. “Sociedades civiles y sociedades mercantiles: distinción y relaciones en Derecho comparado”, en: *Estudios de Derecho Mercantil*, Editorial Revista De Derecho Privado/Editoriales De Derecho Reunidas, Madrid, 1955, p. 41: “las compañías están, de suyo, destinadas a agrupaciones con fines lucrativos”.

las normas del Libro IV, Cco.per./1902 sobre la prescripción. Además, en mi opinión, estas disposiciones generales no solamente deben ser aplicadas a los contratos o negocios mercantiles; a los “actos de comercio” que todavía subsisten en el Cco.per./1902, e incluso a aquellos otros “de naturaleza análoga”, teniendo en cuenta que cabe la analogía extra-código, sino también a los mismos contratos de “compraventa, permuta, mutuo, depósito y fianza de naturaleza mercantil”, que fueron extraídos fuera del Código de comercio, quedando expresamente derogados los artículos de este cuerpo legal a ellos referidos. La razón de la postura que mantengo gira en torno a mi opinión crítica respecto de una de las tres corrientes doctrinales que existen, en la Literatura jurídico-privatista peruana, sobre los efectos que los arts. 1353 y 2112, CC.per./1984 ha podido proyectar sobre el articulado del Cco.per./1902. Para empezar, voy a permitirme reproducir el contenido de los dos preceptos aludidos. En efecto; de conformidad con el art. 1353, se establece que:

“Todos los contratos de derecho privado, inclusive los innominados, quedan sometidos a las reglas generales contenidas en esta sección, salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato”.

Y, de conformidad con el art. 2112, CC.per./1984 [“Unificación de la contratación civil y mercantil”]:

“Los contratos de compraventa, permuta, mutuo, depósito y fianza de naturaleza mercantil, se rigen por las disposiciones del presente Código. Quedan derogados los artículos 297 a 314, 320 a 341 y 430 a 433 del Código de Comercio”

Pues bien; como señala ZEGARRA MULÁNOVICH, existen al menos tres posturas sobre los hipotéticos efectos derogatorios que los arts. 1353 y 2112, CC.per./1984 -sobre todo, el primero de ambos-, han podido proyectar sobre el articulado del Cco.per./1902:

1) Una tesis desmercantilizadora, derogatoria o -como dice ZEGARRA MULÁNOVICH- “maximalista”; representada por autores como DE LA PUENTE Y LAVALLE O VALLE TEJADA, de acuerdo con la cual hay que entender que todas las normas del Cco.per./1902 referidas a contratos u obligaciones en general, quedaron derogadas en su integridad por el art. 1353, CC.per./1984, con lo que finalmente se habría verificado la completa unificación del Derecho de obligaciones civil y mercantil⁵².

2) Una tesis intermedia; defendida por autores como MORALES ACOSTA, que atendiendo al tenor literal del art. 1353 CC.per./1984, hace notar o enfatiza el

⁵² Sostiene explícitamente esta postura DE LA PUENTE Y LAVALLE, M. *El Contrato en general. Comentarios a la sección Primera del Libro VII del Código civil*, t. I, Palestra, Lima, 2003, pp. 174 y ss., quien señala que “[e]sto determina que no sólo sean ineficaces aquellas disposiciones generales sobre los contratos de comercio que se opongan a las disposiciones generales de los contratos civiles, sino que la ineficacia abarca a toda la materia de las disposiciones generales de la Sección Cuarta del Libro I del Código de comercio”) y 176 (“el propio artículo 1353 del código civil (...) ha determinado la unificación de toda esta área de manera muy efectiva”).

hecho de que dicho artículo remite “a las reglas generales contenidas en esta sección”, esto es, la Sección Primera (“Contratos en general”) del Libro VII (“Fuentes de las obligaciones”) del CC, para concluir que la derogación tácita que postulan no afectaría a artículos como el 63 Cco.per./1902, entre otros, cuya materia (la mora del deudor) no es regulada por el CC en ese lugar, sino en el Libro VI (“Las obligaciones”)⁵³.

3) Y una tesis mercantilista, o -como dice ZEGARRA MULÁNOVICH- “negativa”, que sostiene que el CC.per./1984 sólo ha derogado las normas del Cco.per./1902 que explícitamente menciona en su art. 2112, y que por lo tanto el régimen general de las obligaciones y contratos mercantiles contenido en los arts. 50 y ss. CdC sigue vigente en su integridad⁵⁴.

Cada una de estas tesis se vincula más especialmente a alguna de las formas de derogación de las normas jurídicas previstas y reguladas en el art. I del Título Preliminar del CC, a saber⁵⁵: la derogación expresa (para la tesis negativa), la derogación tácita por incompatibilidad de la norma anterior con la posterior (para la tesis intermedia) y la derogación tácita por regulación integral del mismo objeto (para la tesis maximalista).

Pues bien; en mi opinión, la tesis más acertada en este sentido es la que mantiene ZEGARRA, e incluso me atrevería a ir más lejos; más allá del punto en el que él se detiene: en mi opinión, incluso los “contratos de compraventa, permuta, mutuo, depósito y fianza”, cuando tengan “naturaleza mercantil” [sic], pueden regirse por los preceptos del Cco.per./1902, que no hayan quedado derogados.

Ante todo, creo que hay que rechazar absoluta y vigorosamente la tesis de la derogación tácita por regulación integral del mismo objeto. En efecto, si lo que dispone el art. 1353 es que “[t]odos los contratos de derecho privado, inclusive los innominados, quedan sometidos a las reglas generales contenidas en esta sección”, entonces es evidente que la regla prescrita únicamente pretende sustituir la regulación anterior por “las reglas generales contenidas en esta sección”. Se trata, pues, de una sección, y quiero insistir con el mayor de los énfasis en que es “una”, y no más de una: ni cuatro, ni tres, ni dos..., y en que se trata de una “sección”, y no de un Libro. La sección -única- de que se trata es, como ya se anticipó, la Sección Primera del Libro VII, CC.per./1984, es decir: la formada por el conjunto de las normas -arts. 1351 al 1528- que el propio

⁵³ Así, para MORALES ACOSTA, en virtud del art. 1353 CC.per. “quedarían tácitamente derogadas las disposiciones generales sobre contratos mercantiles del Código de Comercio, de conformidad con el artículo I del Título Preliminar del Código Civil vigente”, pero “no existe norma alguna en la sección de reglas generales de contratos que sustituya la regulación” de los arts. 60 a 63 Cco.per.

⁵⁴ En este sentido se pronuncia ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código civil Peruano de 1984*, t. I, 2ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 1995, pp. 51 y ss., aunque no desarrolla sus razones. También RUBIO CORREA, Marcial. *Para leer el Código Civil III: Título Preliminar*, Fondo Editorial PUCP, Lima, 1986, p. 164, aunque inicialmente se muestra dubitativo, termina por pronunciarse a favor de la continuada vigencia de las normas “expresas y tradicionales” sobre materias mercantiles, las cuales, “en términos generales, no han sido derogadas”.

⁵⁵ RUBIO CORREA, Marcial. 1986, pp. 30-31. TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Introducción al Derecho. Teoría general del Derecho*, 3ª ed., Idemsa, Lima, 2006, p. 459.

código describe o califica como relativas a los “contratos en general”. Pues bien; hay que partir de la base de una doble, si no triple, consideración:

1) En primer lugar, la Sección se refiere a los contratos, no a las “obligaciones”.

2) En segundo, es perfectamente posible diferenciar las obligaciones, respecto de los contratos, porque los contratos no se limitan a ser meras fuentes de obligaciones, como refleja -en mi opinión, muy atinadamente- el propio art. 1351º, CC.per./1984 -noción de contrato-, cuando establece que “[e]l contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”.

3) En tercero, las obligaciones pueden tener otras fuentes distintas de los contratos.

Así las cosas, teniendo en cuenta que -por su parte-, el Art. 1º, del Título preliminar, CC.per./1984 -“Abrogación de la ley”- establece lo siguiente:

“La ley se deroga solo por otra ley.

La derogación se produce por declaración expresa, por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior o cuando la materia de esta es íntegramente regulada por aquella.

Por la derogación de una ley no recobran vigencia las que ella hubiere derogado”, hemos de concluir que no se puede afirmar que “la materia de esta (es decir: de la ley o la norma supuestamente derogada) [haya sido] íntegramente regulada por aquella (es decir: por la norma supuestamente derogatoria)”: es imposible afirmar, sin mostrar una completa ceguera ante los términos literales de la Ley, que el art. 1353, CC.per./1984 haya efectuado una regulación íntegra del régimen de las obligaciones mercantiles: como mucho, habría efectuado una regulación íntegra de los “contratos”. Y no sólo esto, sino que esa regulación se habría limitado a las disposiciones “generales” sobre los contratos. Y no se diga que si se han regulado los contratos, también se han regulado las obligaciones, puesto que en la sistemática del CC.per./1984, el régimen jurídico de las obligaciones se halla, no ya en otra sección distinta de la Sección Primera del Libro VII, sino que se encuentra -directamente- en otro Libro distinto: el Libro VI: “Las Obligaciones”, que consta de dos secciones, dedicadas, respectivamente, a “[l]as obligaciones y sus modalidades” y a los “efectos” de las obligaciones. Por tanto, el art. 1353, CC.per./1984 no puede haber derogado, por lo menos, los arts. 60 al 63, ni tampoco los preceptos sobre la prescripción de las obligaciones mercantiles.

Bien es verdad que la Sección Primera del Libro VII es enormemente extensa y compleja, en su contenido; que su propio calificativo como “sección” puede resultar

engañoso para un jurista no peruano -a mi me engaño, al principio, pues tendí a equipararla con las secciones de los códigos y leyes españolas, que son una subdivisión menor dentro de esa estructura circular, típica de nuestros códigos y leyes, en la que el círculo más amplio y omnicomprensivo es el "Libro", seguido del "Título", luego del "Capítulo", y finalmente de la citada "sección"-, y que, en tales circunstancias, la aplicación del art. 1353, CC.per./1984 supondría trasladar al Derecho común la abrumadora mayoría, si no la totalidad, de las normas generales sobre la contratación mercantil, comenzando por el propio concepto o definición del "Contrato", siguiendo por su perfección, elementos -consentimiento, objeto y forma-, validez y eficacia, los contratos preparatorios, los contratos que producen obligaciones recíprocas, la cesión de contrato, la excesiva onerosidad de la prestación, e incluso cuestiones como el saneamiento. Pero, en el fondo, el art. 1353, CC.per./1984 no es sino una reiteración del art. 50, Cco.per./1902: es una norma del todo coincidente con él; sus respectivos contenidos son coincidentes, residiendo la diferencia sólo en la perspectiva adoptada. En este sentido, el art. 50, Cco.per./1902 -Régimen jurídico de los contratos mercantiles- establece que:

"Los contratos mercantiles, en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción, y capacidad de los contratantes, se regirán en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en leyes especiales, por las reglas generales del derecho común".

Lo cual -en mi opinión- debe ser interpretado de la siguiente manera: se ocupa de establecer el régimen de fuentes instrumentales aplicables en materia de contratos mercantiles, estableciendo que los contratos mercantiles se rigen, "en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y a su extinción y a la capacidad de los contratantes": primeramente, por lo establecido en el propio Código de comercio o en las que describe como "leyes especiales" [Pe. La Ley de Títulos-valores]. Y, en segundo lugar, por lo que el mismo art. 50 define como "reglas generales del Derecho común". Si combinamos este precepto con lo dispuesto en el art. 2º, CCo., comprobaremos la existencia de un problema en materia de fuentes instrumentales del Derecho aplicable a los actos de comercio, incluidos los contratos y negocios jurídicos mercantiles, pues -como sabemos- el art. 2º hace una referencia a la aplicación de los "usos del comercio", que -aparentemente- prevalecen sobre el Derecho común escrito, mientras que el art. 50 no hace la menor referencia a los usos, y decreta la aplicación subsidiaria de las "reglas generales del Derecho común". ¿Es que acaso el art. 50 contradice lo previsto en el art. 2º? ¿Cómo explicar esa "desaparición" de los usos mercantiles, precisamente en un ámbito socioeconómico y jurídico -el de los contratos mercantiles- en el que deberían jugar un papel primordial? Y, por fin, ¿cómo conjugar estos dos preceptos, aparentemente contradictorios? Estos problemas podrían -tal vez- quedar solventados afirmando que, cuando se aplica el Derecho civil a las relaciones mercantiles, esta aplicación puede hacerse con un doble carácter: primero, en cuanto continente de los preceptos generales que informan toda la materia contractual o bien en cuanto contiene los conceptos y reglas fundamentales de cada tipo contractual. En este caso, las reglas generales del Derecho Común no se aplican con el carácter de una normativa de aplicación supletoria, sino que estaremos en presencia de una ley

aplicable en primer término, a los actos mercantiles tanto como a los contratos civiles, toda vez que –precisamente, al tratarse de preceptos generales que informan toda la materia contractual o bien en cuanto contiene los conceptos y reglas fundamentales de cada tipo contractual– probablemente se trate de normas de “*ius cogens*” referidas a materia –cuando menos– generalizable.

Mas, cuando sí desempeña el Derecho común, el papel de Derecho supletorio, es cuando proporciona los preceptos específicos -y no esenciales- de cada una de las figuras contractuales civiles, que -probablemente porque son preceptos que no contienen los conceptos y reglas fundamentales de cada tipo contractual- serán de “*ius dispositivum*”, y -por tanto- se aplicarán a sus contrafiguras mercantiles -o a las figuras mercantiles atípicas, en las que lo permita la analogía-, porque proporcionan el Derecho Común de los distintos tipos contractuales, situándose por detrás de los usos del comercio.

En el primer caso, el Derecho Común [escrito] se antepondría al Uso mercantil, debido -probablemente- a la índole de esos preceptos generales informadores de la materia; preceptos que, sea por la lógica de las cosas o por disposición del Legislador, muy bien podrían ser normas de “*ius cogens*”. Por el contrario, en el segundo caso, prevalecerían los usos del comercio, aunque cabe sospechar que muchas veces esa prevalencia será más que discutible. Así, p.e., en la regulación de un contrato de depósito bancario de efectivo o de valores, deberá aplicarse -con independencia de las normas generales y fundamentales, muchas veces imperativas o de orden público, contenidas en el Código civil- primeramente la normativa mercantil escrita que rige el Contrato de Depósito, a falta de ella, los usos del comercio, relativos a los depósitos bancarios -aplicación de la que trataremos acto seguido-, y finalmente las normas civiles sobre el Contrato de Depósito. De todos modos, este criterio debiera combinarse cuidadosamente con otro, de notable importancia: me refiero al de la índole -imperativa o dispositiva- de las normas, ya que es posible que una norma escrita civil prevalezca sobre el uso mercantil, cuando dicha norma escrita sea una norma de “*ius cogens*”.

¿Y qué decir del art. 2112? Para empezar, quiero hacer especial énfasis en el hecho de que el precepto se refiera a los “contratos de compraventa, permuta, mutuo, depósito y fianza de naturaleza mercantil”. No dice el precepto que -tras la unificación de “la contratación civil y mercantil”-, los referidos contratos dejen de ser mercantiles; quiero decir que el art. 2112 no ha modificado la naturaleza de estos contratos, y por este motivo sigue diciendo de ellos que tienen “naturaleza mercantil”. No podía ser de otro modo: no es posible dejar en vigor los arts.1º, 2º y 50, Cco.per./1902, y pretender que la pertenencia de una compraventa, una permuta, un mutuo, un depósito o una fianza, a la actividad de los comerciantes y empresarios, en el ejercicio de su profesión característica, resulte innocua. Mientras los arts.1º, 2º y 50, Cco.per./1902 sigan existiendo, cualquier compraventa, permuta, mutuo, etc., que pertenezcan a la actividad de los comerciantes y empresarios, en el ejercicio de su profesión característica, tendrá “naturaleza mercantil”: lo dice -lo reconoce- el artículo 2112, tanto en su rúbrica -que lo titula “unificación de la contratación civil y mercantil”- como en su contenido sus-

tantivo: hay contratos -los mencionados en él- que tienen o pueden tener “naturaleza mercantil”.

Lo que sucede es que, a pesar de que estos contratos tengan naturaleza mercantil -lo que debiera venir determinado en función de los criterios que hemos extraído de los arts. 2º y 50º, Cco.per./1902-, pese a todo -insisto- tales contratos; tales “actos de comercio” de naturaleza contractual, en adelante, “se rigen por las disposiciones del presente Código - el CC.per./1984 -”, lo que -además- se complementa con una importante derogación de las normas especiales mercantiles: “quedan derogados los artículos 297º a 314º, 320º a 341º y 430º a 433º del Código de Comercio”. Esto es una derogación expresa y -además- limitada; limitada exclusivamente a los preceptos explícitamente mencionados. Pero tal derogación no alcanza -p.e.- a lo dispuesto en el art. 2º, Cco.per./1902, que abre la puerta a la aplicación de los usos mercantiles; los “usos del comercio observados generalmente en cada plaza”. Y, en mi opinión, también deben considerarse aplicables a los “contratos de compraventa, permuta, mutuo, depósito y fianza de naturaleza mercantil” todas aquellas normas del Cco.per./1902, que el art. 2112º no haya declarado explícitamente derogadas, así como las que rijan materias que no ha podido derogar el art. 1353º, como -p.e.- las referidas a la prescripción extintiva mercantil. No importa, que el CC.per./1984 regule la prescripción, en este caso aún sigue habiendo una “*lex specialis*”, y hay que atenerse a ella.

III. CONCLUSIONES

¿Debe existir un Derecho mercantil de obligaciones y contratos, en el Perú? En mi opinión, sí: por exigencia del principio de igualdad material. Mas, si el Derecho Mercantil es el Derecho privado de los empresarios, ¿debe el Empresario quedar sometido, en el ámbito de sus relaciones de crédito/deuda, a un Derecho especial distinto del que afecta a los demás ciudadanos? Y ese Derecho especial de los empresarios, ¿se aplicaría, también, a los particulares que contratasen con ellos? La respuesta solo puede ser alcanzada si se formula de manera ordenada. Una inversión del orden de las respuestas o una polarización del interés en la primera -porque parece la más importante-, podría llevarnos a conclusiones equivocadas, porque no es la Historia la que debe servir de criterio para saber si el Empresario es sometido a un Derecho especial, distinto del que afecta a los demás ciudadanos, sino la Economía: aquélla es mudable, y lo que pudo tener justificación ayer -el Derecho de las Corporaciones de Mercaderes, en la Edad Media-, podría no tenerla hoy, en un mundo jurídico inspirado por la igualdad. Aunque mucho cambie en la Economía, hay un dato que la experiencia nos muestra consustancial al modelo económico occidental: existen los empresarios, y los empresarios lo son porque se sirven de una empresa, y la Empresa es -objetivamente- una organización de factores de producción; una organización de activos económicos, a veces cuantiosos. Y funcionalmente, una actividad organizada; una actividad económica racionalizada, cuya racionalidad deriva de su carácter planificado. El Empresario planifica su actividad, llevando a cabo estimaciones de costes y beneficios, sirviéndose del valioso instrumento de la Contabilidad, porque la “Contabilidad” es -ontológicamente y antes

que nada— un sistema de ordenación de la información, exigido por el mismo proceso racionalizador de la actividad económica, que define a las empresas, en tanto que actividades económicas organizadas, cuya organización se conforma sobre la base de una sucesión de toma de decisiones racionalizadas, en función de la asignación óptima de recursos escasos, reclama un adecuado nivel de información, para la propia eficiencia de esas decisiones. En consecuencia, me atrevo a asegurar que la respuesta a la primera de las interrogantes —qué es un empresario— ofrecería, ya, las claves para responder a las demás: un empresario es una persona —física o jurídica— que profesionalmente y en nombre propio, organiza y combina los factores de la producción -capital y trabajo- con objeto de proporcionar bienes y servicios, distribuyéndolos en el mercado; es decir: con objeto de proporcionar bienes o servicios a terceros.

Pero, entonces -y aquí viene una segunda interrogante- ¿por qué existe un Derecho -llamado Mercantil- que es especial, que se separa -en mayor o menor medida- del Derecho Común? ¿Y por qué existen obligaciones y contratos mercantiles? La respuesta es que las obligaciones y contratos mercantiles quedan sometidos a un régimen especial, debido a su relación con el sujeto-empresario y con la empresa entendida como actividad económica organizada y como organización económico-productiva, resultante de la referida actividad, pues los empresarios quedan sometidos a un régimen jurídico especial no por ser quienes son, sino por hacer lo que hacen: organizar racionalmente los factores de la producción para proporcionar bienes y servicios al mercado.

El Derecho Mercantil “*more geometrico demonstratum*” semeja un triángulo equilátero, cuyo centro ocupa la persona del Empresario, y en cuyos vértices se hallan quienes con él entran en relación: proveedores, clientes y trabajadores. El Derecho Mercantil se ha ocupado de regular, desde un primer momento, las relaciones del comerciante con sus proveedores, incluidos los financiadores de su actividad [los bancos y entidades de crédito, el público de los inversores] y también incluidos los que hacen su empresa de la asunción de los riesgos propios de los empresarios [aseguradores]. Asimismo, desde muy temprano se ocupó de las relaciones del Empresario con ciertos empleados muy especiales, a su servicio: los auxiliares dependientes del Comerciante [los “factores, dependientes y mancebos”, y los auxiliares y dependientes del Naviero, como personas que “intervienen en el comercio marítimo”]. Así, el Derecho Mercantil y el Derecho Marítimo mercantil pueden considerarse verdaderos precursores del Derecho Laboral.

Mas, ¿y los clientes del Empresario? Ya en el siglo XIX comenzaron a percibirse los problemas causados por los fraudes alimentarios y los enormes peligros para la vida y la salud que implicaba el uso de formaldehidos, bórax y otros productos, en la preparación y conservación de alimentos. Esto, ni es mérito ni demérito del Derecho Mercantil sino del desarrollo social y cultural. La cuestión, entonces, no es tanto si el Derecho Mercantil mostraba una preocupación consciente por los intereses de los consumidores, cuanto si poseía ya las potencias y virtualidades que lo hicieran adecuado para proteger tales intereses. Y, en mi opinión, la respuesta es que sí.

Mas volvamos al curso principal de la exposición: el Empresario es, sobre todo, un gran generador de riesgos económicos; un agente que asume riesgos, pero que -al hacerlo- indefectiblemente los proyecta sobre otros agentes económicos distintos, porque -ciertamente- el principal riesgo del Empresario: el riesgo de la solvencia propia, afecta igualmente a sus acreedores, que pueden perder sus créditos si aquél no puede hacer frente a los mismos. En este sentido, el Derecho Mercantil aparece como garante de la seguridad en las transacciones comerciales; centra su atención en los empresarios y los somete a un régimen especialmente riguroso. Es un Derecho “de” los empresarios, pero no un Derecho “para” los empresarios; cortado a la medida de sus intereses, particulares y egoístas, en detrimento de otros. El Derecho Mercantil debe ser mirado como un Derecho que controla el correcto desarrollo de la actividad de los empresarios, protegiendo a los terceros que con ellos se relacionan; especialmente, a aquellos que se hallan constitutivamente situados en una posición de inferioridad: los consumidores, los inversores...⁵⁶. Y esto se extiende -también- al Derecho de obligaciones y contratos, que se mostraba -al menos, históricamente- más beneficioso que el Derecho común, respecto de los no comerciantes⁵⁷. Mas lo que ahora interesa es valorar la conveniencia o no de que exista un Derecho mercantil de obligaciones y contratos, para aplicarse a los actos de comercio bilateralmente empresariales, distinto del Derecho -común- aplicable a los actos patrimoniales, bilateralmente civiles. Es posible, tal vez, que el Derecho Mercantil desaparezca -en su día-, víctima de su propio éxito, cuando los rasgos mercantiles impregnen de tal modo la Sociedad peruana -o la española-, que sustituyan a los rasgos

⁵⁶ Incluso los trabajadores: el Derecho Mercantil aparece históricamente mucho antes que el Derecho Laboral, pues tanto el Cco.esp./1885, como el Cco.per./1902 regularon, en términos relativamente ventajosos, la situación de los colaboradores del Comerciante y los colaboradores del Naviero, estableciendo un sistema de despidos por causas tasadas, más riguroso -y, por tanto, más beneficioso para los trabajadores- que el previsto en el Código civil. Mas, cuando surgió el Derecho del Trabajo, superó al Derecho Mercantil en la regulación de unas relaciones típicamente de empresa, como son las relaciones de trabajo asalariado. Lo hizo porque para el Derecho Laboral es más importante -desde el punto de vista conceptual- la figura del Trabajador, que la del Empresario, y lo hizo -es decir: superó al Derecho Mercantil en la regulación de las relaciones de trabajo asalariado- hasta el punto de no precisar, ya, del Empresario, en sentido estricto, pues es obvio que el Derecho del Trabajo ha definido al Empresario más como parte contratante, dialécticamente opuesta al Trabajador, que -propriadamente- como agente económico que opera en el mercado de la producción de bienes y servicios. Por este motivo, el concepto “laboral” del Empresario, es más amplio que el concepto “mercantil”: para el Derecho Laboral es empresario un Banco o una Compañía de seguros, y también es empresaria Dña. Inés, viuda y pensionista, que tiene una empleada de hogar colombiana.

⁵⁷ En España, era el Derecho Mercantil, y no el civil, el que protegía las adquisiciones “*a non domino*” de bienes muebles y de títulos-valores, con un régimen que supera notablemente el previsto en el Código civil [arts. 85, CCo., 545, CCo.esp./1885 y 19, LCCH.]; era el Derecho Mercantil, y no el civil, el que perseguía más decididamente -y de modo más amplio que el CC.- la “*laesio enormis*” en los contratos, como demuestra, aún hoy, el art. 344, CCo.esp./1885, que hace responsables de daños y perjuicios a los compradores y vendedores que, con mala fe, vendan o compren objetos por precios desproporcionados e injustos, causando lesión a la contraparte; es el Derecho Mercantil, y no el civil, el que hace soportar el riesgo de las cosas vendidas al Comprador, sólo a partir del momento de la entrega de la mercancía, y no -como por el contrario hace el C.C.- desde el mismo momento de perfección del Contrato. Por otra parte, es el Derecho mercantil de Sociedades, y no el civil, el que ha establecido un mejor equilibrio entre intereses sociales; interés de mayoría e interés de minoría, e incluso intereses “de grupo”, cuando se producen fenómenos de concentración empresarial; regulando problemas como los conflictos que pueden producirse entre tales intereses legítimos, agravando los módulos de diligencia y las responsabilidades de los administradores sociales.

tradicionalmente típicos de la contratación civil ⁽⁵⁸⁾. Lo que sucedería es que el Derecho Mercantil habría desaparecido, transformando -simultáneamente- el Derecho civil. Y entonces cabe preguntarse: ¿resulta adecuado aplicar el “rigor mercantil”, a relaciones entre particulares -ambos- que actúen fuera de su actividad empresarial o profesional organizada? Quizá no.

⁵⁸ Según MARTÍNEZ VAL, José María. 1979, p. 435, esto -que sucedió en Italia y en Suiza- no es sino la comercialización del Derecho Civil.