

que don Pedro Macedo murió intestado; y que hay nulidad en las referidas sentencias en la parte que declaran que don José del Carmen Macedo es el heredero, como hijo natural reconocido de don Pedro; debiendo procederse en los términos que indica el señor Fiscal.

Lima, a 25 de mayo de 1894.

José Eusebio Sánchez.

Causa N 473. — Año 1893.

Los servicios prestados en el comercio por un factor o dependiente, son por su naturaleza onerosos, y deben regularse por peritos en defecto de convenio.

Recurso de nulidad interpuesto por don Agustín Bolasco en la causa que sigue con don José Cárpena, sobre pago de servicios.—Procede de Lima.

DICTAMEN FISCAL

Excmo. Señor:

Por la sentencia de vista de fojas 99 y los fundamentos consignados en ella, la Il^{ta}. Corte Superior del Departamento de Lima ha confirmado la sentencia apelada de fojas 73 en que se declara sin lugar y se absuelve a don José Cárpena de la demanda que contra él había interpuesto don Agustín Bolasco, pidiéndole

le pagara los servicios que durante cuatro años le había prestado, estimándose el monto o valor de estos por peritos nombrados por las partes.

Examinados los de la materia, el Fiscal de V.E. tiene que expresar que no está de acuerdo con la opinión de los señores Vocales que han pronunciado la sentencia referida: que no encuentra ésta estrictamente arreglada a las prescripciones legales, especialmente a las que rigen las obligaciones existentes entre comerciantes; y que por consiguiente, debe opinar, como opina, porque V.E. declare la nulidad de esa sentencia; y pronunciando la que corresponda, decida que es fundada la demanda interpuesta por Bolasco.

Ante todo, para poder apreciar con toda claridad la cuestión conviene dejar establecidas ciertas consideraciones y los hechos cardinales sobre cuya existencia no cabe la más pequeña duda.

1^o—El demandante Bolasco y el demandado Carpena son ambos comerciantes. El uno de ellos tiene establecimientos mercantiles; y el otro ha prestado en éstos sus servicios como empleado, factor o dependiente de comercio.

2^o—No importa que el uno y el otro no estén inscritos en la matrícula de comerciantes; porque esa inscripción no es un requisito esencial.

3^o—Lo que constituye principalmente la calidad de comerciante es que el individuo haga del tráfico mercantil su profesión habitual y ordinaria.

Y bajo tal aspecto no cabe la más pequeña duda que el demandado Carpena que tiene establecimiento de géneros y licores en Tarma, que hace de la reventa de estos artículos en tiendas públicas, su tráfico habitual

y ordinario, en una palabra, su profesión, es comerciante; y que lo mismo sucede con el demandante Bolasco, porque aparte de que su giro es negociar en letras de cambio comprar y revender plata, chafalonía y otros artículos, está probado en autos que los servicios que prestó a Carpena fué, como va dicho, de empleado factor o dependiente en esos establecimientos.

4°—Es un hecho probado por los dictámenes de los peritos corrientes a fs. 105, 150 y 158—cuaderno de pruebas de Bolasco—que éste no sólo prestó sus servicios a Carpena vendiendo mercaderías en los establecimientos, representando a aquel durante su ausencia, sino que —y este es el hecho cardinal sobre el que el Fiscal basa todo su dictamen—que los libros de contabilidad de Carpena, esos libros que el comerciante está obligado a llevar, escribiéndolos por sí o por medio de un tenedor de libros, sentando en ellos las partidas por todas las operaciones que verifique, están inscritos, y esto durante un largo tiempo, de propio puño y letra de Bolasco, que ha sido quien ha llevado esos libros, quien los ha escrito, lo mismo que la correspondencia de Carpena.

5°—No cabe, pues, duda alguna de que Bolasco cuando menos prestó a Carpena el servicio de escribirle y llevarle sus libros de contabilidad: de redactarle y escribirle toda su correspondencia; y esto durante cuatro años.

¿Pueden estimarse como gratuitos y en la vida o relación mercantil, tratándose de un comerciante establecido y de otro que igualmente lo es, y que emplea su capital de inteligencia y de trabajo, para llevar, en ser-

vicio de otro comerciante, los libros de contabilidad de éste y su correspondencia mercantil?

La cuestión, E. S., tiene dos soluciones, ya sea que se le juzgue en la vida civil o en la vida mercantil.

En la primera cuando falta el pacto expreso, la regla general es que el servicio es gratuito o gracioso; y por eso se establece en nuestro Código Civil que el mandato es esencialmente gratuito, mientras no se pacte lo contrario.

Pero no sucede lo mismo en las relaciones de la vida mercantil, porque entonces todo servicio, todo acto es esencialmente oneroso y el que lo recibe está obligado a retribuirlo al que lo presta, salvo la estipulación en contrario.

En un caso, aquel que pretende el pago del servicio está obligado a probar que expresamente pactó le sería pagado.

En el segundo caso, quien está obligado a la prueba y debe acreditar la existencia del pacto para que el servicio fuera gratuito, es aquel que lo recibió y no lo pagó. La presunción legal es contra él, si no acredita que se pactó expresamente que el servicio fuese gratuito.

De modo que en el caso actual, en que se trata de los servicios prestados por un factor, empleado o dependiente de comercio en favor de un comerciante con establecimiento público, llevándole sus libros, escribiendo en ellos las partidas respectivas, redactando y escribiendo la correspondencia, esos servicios no son por su propia naturaleza, ni por razón de las personas, gratuitos, sino onerosos; y aquel que los prestó, no está obligado a probar que se le ofreció remuneración, res-

pe to de él hasta la existencia del servicio. El que tiene que probar que no contrajo la obligación y que el pacto fué que el servicio fuese gratuito, es aquel que lo recibió.

Esta es la doctrina enseñada por todos los tratadistas y consagrada constantemente por la jurisprudencia invariable de la Excma. Corte Suprema del Perú, esto es, de V.E.

En cuestiones en que se ha ventilado la pretensión de un apoderado que pretendía cobrar comisiones al poderdante, por razón de los servicios que le había prestado, V.E. decidió que no había lugar a la demanda, porque el mandato en la vida civil, era esencialmente gratuito.

Pero cuando ha venido ante V.E. un comerciante pidiendo, como comisionista, el pago de los servicios que ha prestado, V. E. ha resuelto, en reiteradas ejecutorias, estableciendo como siempre la verdadera doctrina, que en los actos o relaciones mercantiles todo es oneroso, todo debe ser pagado en la cuota de costumbre, o usanza mercantil, mientras no haya pacto en contrario.

No importa que anticipadamente y por un convenio expreso, no hubiera sido determinada una retribución señalada, por el que recibía el servicio, de acuerdo con aquel que lo prestaba.

No importa tampoco que esa omisión haya subsistido durante cuatro años o más. En el tiempo corrido la acción no fué extinguida.

Si faltó el pacto, debe estarse al avalúo de peritos, a los usos y costumbres.

¿Cuánto es lo que paga un comerciante al empleado que le lleva sus libros y su correspondencia?

Pues, eso mismo es lo que ha debido pagar Cárpena a Bolasco: y si había alguna duda, la prueba pericial, el arbitraje de personas competentes, podía disiparla.

Esto no sólo es de ley, sino de justicia: aprovecharse del servicio de aquel que emplea su tiempo y su inteligencia llevando los libros de contabilidad y la correspondencia de otra persona, y luego de aprovecharse de ese servicio, negar la retribución, es algo que repugna al sentimiento de justicia.

No puede alegarse sin pacto expreso que ese servicio quede pagado con el alimento o la comida dada al que lo prestó, porque ese hecho sí es gratuito y está comprendido en lo dispuesto en el artículo 2127 del C. C.

En virtud de todo lo expuesto, el Fiscal concluye por opinar que V.E. debe declarar la nulidad de la sentencia de vista en los términos indicados en este dictamen.

Lima, febrero 28 de 1894.

Aranibar.

RESOLUCIÓN SUPREMA

Lima, mayo 29 de 1894.

Vistos: de conformidad con el dictamen del señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproducen, declararon *haber nulidad* en la sentencia de vista de fojas 99, su fecha veinte de octubre último, y reformándola, revocaron la de primera instancia de fojas 73, vuelta, su fecha 20 de marzo del año próximo pasado; declararon fundada la demanda interpuesta a fojas 1 por don Agustín Bolasco; mandaron que se abone a éste los servicios prestados durante cuatro años a don José Cárpena, debiendo determinarse sumariamente y con la intervención de los peritos que nombren las partes, el monto o valor de dichos servicios; ordenaron el reintegro del papel sellado; y los devolvieron.

Loayza. — Sánchez. — Vélez. — Corzo. — Lama.

Se publicó conforme a ley, de que certifico.

Luis Deluchi.

Causa N° 862. — Año 1893.
