

la dirección de otra persona, sufrirá la pena de presidio por dos a cuatro años”.

Y el artículo 691 de la misma obra incluía esta agravante:

“Si el menor arrebatado no hubiere cumplido doce años, se impondrá al raptor la quinta parte más de las penas señaladas en el artículo anterior”.

Como se vé, no indicaba la ley derogada ningún elemento psíquico específico, bastando sólo para la responsabilidad la simple ruptura de los vinculos que ataban al menor. Tales preceptos eran por cierto bien distintos de los que tutelaban la autonomía individual, comprendidos en los artículos 676 y siguientes.

VI

¿QUE MEDIDAS PUEDEN APLICARSE?

No existiendo delito de secuestro, ¿qué otra infracción puede configurarse? En nuestro concepto, ninguna. Simplemente, el hecho realizado no está descrito en ninguna parte de nuestro Código Penal.

Sin haber delito, mal puede seguirse la investigación. Y no siguiéndose, la autora de la sustracción, que permanece fuera del país, no regresará a Colombia por ministerio de la ley, sino cuando ella lo tenga a bien. Es, pues, improcedente la extradición, única manera de hacer intervenir eficazmente a los organismos administrativos nacionales.

Inclusive es muy discutible si el Juez de menores tiene autoridad para aplicar el artículo 309 del Código de Régimen Político y Municipal, que lo faculta para imponer multas pequeñas y arrestos breves a quienes le desobedezcan. En fin, esta es la única disposición legal que figura en todo el sistema colombiano y que pudiera aplicarse al caso. Trátase de meras sanciones disciplinarias, sin consecuencia penal de ninguna clase, y sin otra trascendencia administrativa que la de impedir la expedición de certificados de paz y salvo hasta que la multa se pague.

VALOR PROBATORIO DE LOS LIBROS DE COMERCIO (*)

POR HUMBERTO GONZALEZ NARVAEZ

1.—Efecto de la contabilidad regularmente llevada es la fe que le reconoce nuestro Derecho Positivo. Esa fuerza probatoria de los libros manifiéstase a favor o en contra de su dueño. Sabios procesalistas suelen indicar que dichos libros son documentos privados, mas que constituyen prueba *sui generis*, cuyo valor equidista del que tienen los públicos y aquéllos, pues si anda lejos del asignado a los primeros, es mayor que el de los últimos: los asientos brindan garantía de autenticidad superior a la dispensada por los demás papeles particulares.

2.—Atribuirles especial confianza a los cuadernos y, por tanto, más eficacia probatoria que a los restantes documentos privados es tema de discusión nada reciente ni superficial. Sin arribar al lirismo de Baldo, quien lo califica de “sumo bien, quinto elemento” (1), el comercio es conocido por doquiera como actividad indispensable para la humanidad. No fue entonces difícil separarse —a la postre siempre priva el público interés— del principio riguroso en virtud del cual nadie puede crear prueba escrita en su favor (*scriptura non probat pro scribente*). Se quiso insuflar hálito vital a los cambios: Lo vertiginoso de su celebración, la simplicidad de formas y la confianza que gobiérnalos adscriben cuasi sello de autenticidad a los apuntes. De otra parte,

* Capítulo VIII de la tesis “De los Libros de Comercio”, laureada por los catedráticos examinadores, con que el 3 de diciembre de 1956 optó al título de Doctor en Jurisprudencia en el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario el señor Colegial Mayor Humberto González Narváez. El Departamento del Valle del Cauca editó dicha obra en enero de 1958.

(1) “*Summum bonum quintunque elementum*”—C/fr. Bolaffio, “Derecho Comercial”, vol. III, pág. 403.

requisitos previos y continuos avaloran la credibilidad de los registros, buscando que cada anotación sea coetánea al hecho inscrito y permanezca inalterada. Así manifestaciones exteriores, a las cuales de ordinario la fe común ingenuamente se somete, mantienen en el espacio y en el tiempo la religión de la honestidad.

Otrora juristas inflexibles, y adalides de la unidad del Derecho Privado en nuestros días (unidad que equipara las garantías legales de los productores sin parar mientes en las diversas provincias de su actividad económica...), casi casi que deniegan la validez de argumentaciones absolutamente extrínsecas encaminadas a conferir privilegios a una clase social. ¿Cómo —imprecisamente— discernir la custodia de la sinceridad de los negocios a quienes especulan sobre todo y sobre todos, y que para embaucar a los demás aquilatan las más fúlgidas aptitudes de su ingenio? ¿Cómo esperar de ellos, más que de otro paradigma de ciudadanos, la impoluta atestación de la verdad aun contraria a sus haberes? ¿Por qué sin atender a las calidades personales y en vez de tolerar que el juzgador aprecie cada caso, se concede genéricamente a una clase entera la delicada prerrogativa *sibi adnotatione propria debitores constituere*?... (2). Que el mercader, gestor de capitales ajenos, pueda verificar en todo instante los elementos de su hacienda, es cosa harto comprensible. Pero discútese que lo escrito en sus cuadernos tenga particular eficacia probatoria preordenada en la ley: El libro de comercio —se pregonaba—, no estando vinculado al ejercicio de una función pública o a lo menos de social interés por parte de quien lo lleva (3), y no representando ya el privilegio de una casta —pues que toda persona puede celebrar actos mercantiles—, hogaño no es distinto de otro documento privado...

El legislador patrio no se atuvo a estos criterios: abandonándonos, consagró un sistema loable casi siempre. Pasamos a estudiarlo.

3.—PRUEBA A FAVOR.—En el fondo, todo medio de prueba tiene como causa primera el testimonio humano. Empero, la declaración favorable al propio deponente no puede aceptarse como instrumento probatorio, que la Historia —maestra de la vida, al decir de Cicerón— enseña cómo el hombre en aras del personal interés sacrifica su deber de expresar la verdad. Por eso el

(2) "Con la propia anotación se crean (una prueba) los deudores".

(3) Concepto del Digesto, c/fr. Bolaffio, op. cit.

artículo 1763 del Código Civil es del siguiente tenor: "Los asientos, registros y papeles domésticos únicamente hacen fe *contra* el que los ha escrito o firmado, pero sólo en aquello que aparezca con toda claridad y con tal que el que quiera aprovecharse de ellos no los rechace en la parte que le fuere desfavorable" (subrayamos). De consiguiente, motivos de subida alcurnia serán los que informen la excepción consagrada en el Código Mercantil cuando permite que los libros de contabilidad prueben a favor del empresario.

No será porque éste, al estampar una partida, obre por sí mismo y *como mandatario del otro contratante*, de donde sea el libro título común para las partes (4), como que ello constituye hueca ficción. Es petición de principio sostener que media un mandato que no se ha conferido. Y resulta irónico opinar que quien describe hechos creadores de prueba contra otro obra con anuencia suya, pues el sujeto de derechos no encarga al prójimo perjuicios para sí.

Ni tampoco porque los libros mutuamente se vigilen, expatriando "la fraude y el engaño" a fuerza de cotejos (5), que según refutación de Humberto Navarrini (6), al comparar un cuaderno con los demás del mercader se verá cómo el falso asiento figura igual en todos; y al cotejar los de un litigante con los de su adversario, si concuerdan no habrá controversia, y si no coinciden el cotejo no dará resultado alguno.

Luego las razones son distintas. Ellas se entretujan:

a) La continuidad cronológica de los asientos implica plausible garantía contra mudanzas posteriores de lo que ya está registrado;

b) Sobradamente importa facilitar la prueba de los tratos comerciales. Y si los cuadernos reúnen las formalidades de ley, deben rezumar confianza;

c) La sinceridad de una declaración escrita es más factible que la de otra oral; aquélla se efectúa generalmente con más re-

(4) Casaregis, Massé y Exposición de Motivos del Código de Comercio Español. Léese en ésta: "...Los libros de comercio constituyen uno de los principales medios de prueba en asuntos mercantiles, toda vez (sic) que al consignar el comerciante una operación en sus libros viene a ser como el mandatario del otro contratante y el libro que lo contiene un título común a ambas partes..."

(5) Lyon-Caen, Renault y Vidari.

(6) C/fr. Langle, "Manual de Derecho Mercantil Español", tomo I, página 860, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1950.



flexión y seriedad, puesto que si el viento se lleva las palabras, lo literal subsiste. *Quod scriptum, scriptum est*. Mas hace falta que el escrito no sea redactado para las necesidades de la causa y que ofrezca garantías, en razón de la época y de las circunstancias en que fue extendido. Así el registro de operaciones podrá servir de prueba si se hizo en la fecha de su celebración en libros regularmente tenidos, pues fue remoto entonces que el traficante previese los conflictos que de sus negocios pudieren emanar e hiciera atestaciones inexactas; y

d) Por sobre todo, si el empresario está obligado a llevar cuenta y razón ciñéndose a estrechos requisitos, ha de ser para que a sus apuntamientos se dispense crédito. Jamás sería explicable que dicha imposición siempre lo dañara y nunca le trajese beneficio; “hay que sentar la presunción de que los asientos son verdaderos, así como se presume la buena fe” (7). En realidad, parece ingenerable que, satisfechas las condiciones legales, hubiera de preparar sus probanzas, caso por caso, para disputas eventuales; ello equivaldría a dejarlo en manos de su opositor cuando no hubiere obtenido de él una prueba literal, como que la celeridad del tráfico, el espacio que separa a veces a quienes lo realizan, o rapidez y distancia de consuno forman vallas en ocasiones invencibles para la escritura de documentos intachables donde consten los actos celebrados. Por manera que o se deja desamparado al comerciante, esto es, sin título que proteja los derechos emanados de sus operaciones, o se acepta como título bastante la anotación hecha en sus libros de acuerdo con la ley.

A consecuencia de las razones supradichas, los libros prueban a favor del mercader. Doctrina que se opone a las clásicas *nemo sibi adscribit* y *nemo tenetur edere contra se* y que, siendo radicalmente contraria a la vigente en materia civil, tiene carácter de especial para el Derecho de los Negocios.

4.—El artículo 43 de nuestro Código rectora esta cuestión:

“Los libros de comercio, llevados en conformidad con lo dispuesto en los artículos 31 a 38, hacen fe en las causas mercantiles que los comerciantes agiten entre sí”.

Por ende, es necesario que: 1º los libros se hayan llevado según la Ley; 2º el juicio sea entre comerciantes; y 3º se trate de causa mercantil. Ocupémonos en tales extremos:

(7) Langle, *ibidem*.

5.—1º) *Que los libros se hayan llevado según la ley*. El artículo 43 se refiere a los obligatorios, ya que la permisión de abandonar el derecho común anda rodeada de precauciones contra los abusos, y sólo aquéllos reúnen formalidades extrínsecas e intrínsecas. Quien contradiga ese principio no aplica la ley: la está creando.

Si tal solicitud busca sinceridad en los asientos, es también peligrosísima, porque la regularidad formal de los libros no siempre asegura la verdad del contenido, salvo que se obtenga su confirmación por los que tiene el adversario. En fin, requiérese que el empresario haya satisfecho los citados requisitos y que la teneduría se acomoda a las prescripciones estudiadas en el Capítulo Quinto.

Planteamos aquí dos problemas capitales: a) ¿Las palabras “llevados en conformidad a lo dispuesto en los artículos 31 a 38” deben entenderse con tanto rigorismo que cualquier falta destituye a los libros de valor?; y b) ¿Los nuevos procedimientos contables, ya muy usados en Colombia, los despojan asimismo de valor?

Opinamos:

a) Las formalidades extrínsecas —previas al empleo (foliatura, registro y anotación en la Cámara de Comercio) —afectan al cuaderno entero, su ausencia aniquila la credibilidad que éste merezca. Es como si no existiese—. La violación parcial que incide sobre cierto asiento, le quita a éste toda fuerza pero deja subsistentes los demás, carentes de vicios externos (8). Juega entonces la apreciación del juez. No cabe suponer la falsedad total del libro extrínsecamente regular; los defectos aislados debilitarán su mérito general, pero sería inicuo negarle el más tímido asomo de verdad, máxime cuando otro, inobjetable en su forma interior y exterior, estaría protegido por la presunción de certidumbre aunque mayúsculas falsedades reposen bajo su aparente corrección.

b) ¿Qué expresar sobre libros llevados conforme a sistemas contables que no se ajustan a los métodos arcaicos consagrados en la ley?

(8) En este sentido: Bolaffio, op. cit., pág. 414; Ricci, “Tratado de las Pruebas”, vol. I, pág. 340; Rocco, “Principios de Derecho Mercantil”, pág. 424, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1931.

Infortunadamente los preceptos vigentes no gozan de la elasticidad al respecto dominante en Italia, en Francia o en España (9). Consultemos entonces el espíritu de esas nuestras vetustas normas (artículos 33 a 36 del Código). Ellas persiguen que la contabilidad, llevada por procedimientos alabados hace un siglo, logre cabalmente los objetivos que pensó el legislador cuando la impuso como obligación profesional del mercader; como tales métodos han sido superados con ventaja por otros que aseguran largamente la sinceridad de los registros, el intérprete puede aceptar éstos, afines a la razón de ser de los preceptos susodichos...

Sin embargo, contra lo anterior conspiraría el artículo 27 del Código Civil: "cuando el sentido de la ley sea claro no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu"... El *dura lex, sed lex* derrotaría al *summum jus, summa injuria*.

Luego el comerciante dueño de esos libros técnicos estaría sujeto a que las diferencias con su ocasional enemigo sean juzgadas por los de éste, *si estuvieren arreglados a las disposiciones legales y no se rindiere prueba en contrario* (art. 40 C. Co.). Entonces, o los cuadernos de su adversario tampoco se ciñen a la ley y el juez los desecha y desata el litigio por el mérito de otras demostraciones rendidas por las partes, o el comerciante prueba contra ellos. Aducir comprobaciones diferentes en la primera hipótesis, o dilacerar los libros de su contendor en la segunda, será para el negociante labor expedita de seguro, pues los modernos procedimientos contables posan sobremanera su atención en los documentos que respaldan los asientos. Por tanto, en los archivos guarda armas para vencer a su oponente. Además, el juez será muy amplio al apreciar tal prueba contraria, so pena de cometer aberrantes injusticias.

6.—2º) *Que el juicio sea entre comerciantes*. De esta suerte ambos litigantes disponen de equivalentes medios probatorios: si el demandante invoca sus libros, el demandado exhibirá los suyos. Recuérdese, en efecto, que apenas los empresarios están obligados a llevar contabilidad regular, y obsérvese que siéndolo entrambos contendientes, el cotejo puede neutralizar o confirmar lo inscrito en sus cuadernos.

(9) Los tribunales galos, v. gr., *pueden* no considerar las menciones de un libro correctísimo, construir presunciones sobre el principio de prueba que es el cuaderno irregular, y así proferir sentencia. Por donde fácil les resulta tener los libros dactilografiados como irregulares, establecer presunciones sobre ellos y fallar según aquéllas. Solución harto jurídica!

Se cumple el presente extremo cuando el litigio acaece entre dos excomerciantes o entre empresario y otro que lo fue, si el objeto del pleito procede de época en que ejercieron el comercio; lo mismo cabe afirmar cuando comparece legalmente en juicio un heredero de traficante ostentando esta calidad, o un administrador de sociedad anónima.

Y como corolario, no prueban los libros contra el factor y el dependiente, que no son mercaderes.

7.—3º) *Que se trate de causa mercantil*. Pueden plantearse tres hipótesis:

I.—Controversia entre dos comerciantes sobre asunto mercantil para ambos.

No hay dificultad: se aplica el artículo 43.

II.—Disputa entre dos comerciantes respecto a operación comercial para uno y civil para el otro (relación mixta).

Caso de difícil ocurrencia, ya que "se presumen actos de comercio todas las obligaciones de los comerciantes" (art. 21, C. Co.); mas puede suceder cuando se suministre la prueba contraria de que habla el artículo 40. Ejemplo: el mercader Z compra un automóvil para su uso personal en el almacén de A y se suscita pleito sobre el precio. Z es demandado por el pago. Palmario que la relación jurídico-procesal se traba entre dos comerciantes, pero indiscutible también que el acto fue mercantil para A y civil para Z. ¿Podrá el demandante invocar como prueba sus libros de contabilidad?

Sí, a nuestro parecer. El artículo 33 del Código le ordena a Z asentar no solamente sus operaciones comerciales sino "todas las que puedan influir de algún modo en el estado de su fortuna y de su crédito"; de forma que no podría argüir su carencia de medio probatorio análogo al de A.

III.—Litigio sobre acto mercantil entre comerciante habitual y otro accidental.

El artículo 10 de la mencionada obra dispone que quien ejecute accidentalmente una operación comercial queda sujeto, en cuanto a las controversias sobre ella, a las leyes mercantiles. Con todo, en la hipótesis comentada no se aplica el artículo 43; el 49 es especial para el caso (10), y según su tenor contra el no comer-

(10) Ley 57 de 1887: "Artículo 5º. ... Si en los Códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes:

1ª La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general..."

ciente los libros de su adversario sólo establecen “un principio de prueba, que necesita ser completado por los medios probatorios que sanciona el derecho”.

8.—Tocante al contenido del artículo 43 precisó nuestra Corte con envidiable donosura:

“El valor probatorio de los libros no es absoluto. Apenas respectivo. Así lo establece el Código del ramo. Hacen fe en las causas mercantiles que los comerciantes agiten entre sí... La ley admite pruebas especiales en asuntos mercantiles, por altas razones: como la de atender a costumbres o sistemas universales que consultan las necesidades del comercio; como la de sancionar con ineficacia probatoria los libros mal llevados; como la de reconocer que el comerciante conoce la verdad de lo atestiguado por él y tiene interés en evitar su propio engaño; como la de compensar con fe y crédito la diligencia de quien lleva sus libros regularmente; como la de hacer amable la obligación legal de tener libros; como la de interpretar que los comerciantes se han otorgado tácitamente el mandato recíproco de asentar en orden cronológico y día por día sus operaciones; y como la de admitir que los libros son comunes a quienes ejercen el comercio, porque dan el resultado y constituyen la prueba de relaciones también comunes. Todo naturalmente sobre la base de que los libros sean llevados con la regularidad requerida, como se dice en los artículos 53 y 57 del Código Mercantil...” (11).

9.—Resultados de la Prueba.

1º—Reunidas las tres condiciones anteriores, si concuerdan los libros de ambas partes “hacen fe” (art. 43), es decir, constituyen *plena prueba*, a diferencia de legislaciones extranjeras en las cuales pueden hacer fe a juicio del juzgador.

2º—Si los cuadernos de un litigante no están conformes a derecho, *a contrario sensu* del artículo 43 se aplicará el 40; no valdrán a su favor y el pleito será decidido por los de su contendiente, si éstos estuvieren arreglados a la ley y no se rindiere prueba contra ellos.

La facultad de impugnar la autenticidad de registros exteriormente perfectos que al comerciante afectado se confiere, me-

(11) Sentencia de casación (23 de Julio de 1936). Gaceta Judicial, tomo XLIII, pág. 778.

rece aplauso férvido. La regularidad externa no excluye la inexactitud o falsedad del contenido; ilógico sería e insospechadamente peligroso que bastase la satisfacción de requisitos para asignar a los asientos irrefutables categoría de plena prueba. Y muchas veces las formalidades no se observan por ignorancia o por error.

3º—Si ambas partes han llevado ilegalmente su contabilidad, el juez prescindirá de libros y fallará por otras comprobaciones (Art. 44 C. Co.).

No obstante, es imposible aplicar de modo aislado este precepto. El artículo 47 expresa que los libros hacen fe *contra* su dueño, sin exigir (¿cómo iba a exigirlo?) que para tal fin se ajusten a la ley; luego la hipótesis enunciada arriba preséntase cuando fueron irregularmente llevados y son contradictorias sus partidas, como que, por ser igual, su fuerza probatoria se destruye.

4º— *A fortiori*, si los cuadernos de los contendores son irrefutables pero están en desacuerdo, v.gr., cierto asiento que aparece en los de A no figura en los de B su opositor, su idéntico mérito probatorio queda eliminado.

5º—Una parte trajo al juicio los registros de su cuenta y razón, mas el adversario no exhibe los suyos. Dispone el artículo 45 que el juez “*podrá* fundar su resolución sobre esos hechos, atendidas las circunstancias del caso” (subrayamos). Como el Código Judicial faculta a los tribunales para dictar autos que completen pruebas (Art. 600), en el presente evento cabría una providencia de esa estirpe.

Pues bien, si el comerciante no presenta su contabilidad pudiendo defenderse con ella, es porque seguramente no la lleva o la lleva sin atender condiciones fijadas en la ley o suprimió la teneduría de algún libro principal. Entonces incurre en multa y es juzgado por los apuntes de su contendor, si están arreglados, sin que se le admita demostración en contrario (Arts. 39 y 45) (12).

Advertimos que sólo cuando el derecho del propietario de libros regulares aparece claro en éstos, debe ser reconocido (Art.

12) El artículo 39 reza textualmente:

“El comerciante que no llevare todos los libros que se exigen respectivamente en los artículos 27 y 28, u ocultare alguno de ellos, siéndole ordenada su exhibición, incurrirá en una multa de doscientos a ochocientos pesos, si fuere comerciante por mayor, y de cincuenta a trescientos pesos, si fuere comerciante por menor, por cada libro que hubiere omitido u ocultado.

Demás de ésto, en la controversia que hubiere dado motivo al descubrimiento de la omisión o en que se hubiere cometido la ocultación, el

43); y si ellos perjudican a su dueño, el sentenciador habrá de condenarlo (Art. 47).

En cuanto a la operancia del artículo 45 dijo nuestra Suprema Corte:

"...Se imputa a la sentencia (del Tribunal) la indebida aplicación del artículo 45 del Código de Comercio al calificar la fuerza probatoria de los datos que resultan de los libros exhibidos por una de las partes; y como está en las facultades de los Tribunales el apreciar esta prueba, según las circunstancias, cuando la parte contraria de la que presenta los libros no exhibe los suyos, es claro que al hacer el Tribunal sentenciador uso de esa facultad... cumplió con un deber de los que le incumben, y la Corte de Casación no puede, por tanto, variar la apreciación que el Tribunal ha hecho" (13).

Sea el momento de expresar que los artículos 39, inc. 2º, y 40 del Código Comercial contienen las sanciones que aseguran más eficazmente el cumplimiento de la obligación de llevar contabilidad clara y completa y ordenada.

Por último, la ley es menos dura con el negociante que atenta contra la autenticidad de sus libros necesarios, que con el mercader que no los lleva todos. Si el primero alteró la integridad material y formal de ellos o no los registró en la Cámara de Comercio, no puede presentarlos como prueba a su favor y ha de someterse a los de su enemigo si estuvieren arreglados a las disposiciones legales y *no se rindiere prueba en contrario* (Art. 40);

comerciante será juzgado por los asientos de los libros de su contendor, estando arreglados, sin que se le admita prueba en contrario".

Sobre su inciso 2º, opina el doctor Félix Cortés: "siendo esto una derogación de los principios que gobiernan la materia de las pruebas judiciales, como pena por no llevar los libros o por ocultarlos, no puede extenderse fuera de los casos taxativamente determinados: sólo en la causa que haya dado lugar al descubrimiento de la omisión o en que se hubiere negado la exhibición, se seguirá la norma aquí dada. Por lo demás, no sería justo proceder así contra el comerciante que se sabe no lleva contabilidad o la lleva incompleta. La disposición parece excesiva, principalmente en el caso de que no se lleven libros. Puede resultar de las pruebas del expediente la completa demostración de que la parte que sí los lleva carezca de razón, y sin embargo el juez tendrá que fallar a su favor y por sólo el dicho de sus libros, pues no se admitirá prueba en contrario. Menos grave es el caso de la ocultación, pues si una de las partes no quiere presentar sus libros, es fundada la presunción de que en ellos aparece el triunfo de su contrario". (Op. cit., pág. 27).

(13) Sentencia de casación (14 de Julio de 1891). Gaceta Judicial, tomo VI, pág. 228.

mientras el comerciante que no posee todos los cuadernos obligatorios, demás de la multa antedicha, "será juzgado por los asientos de los libros de su contendor, estando arreglados, *sin que se le admita prueba en contrario*" (Art. 39, subrayamos). O lo que es igual: las irregularidades privan a los libros de eficacia probatoria, pero su dueño puede allegar, en una causa mercantil, otras comprobaciones contra su oponente; mas la falta de los prescritos o de alguno de éstos deja al empresario a merced de la contabilidad de su contrincante, si la lleva adecuadamente, ya que se le prohíbe esgrimir pruebas a su favor.

6º—Si un litigante ofrece estar a lo que aparezca en los libros de su contraparte, quien se niega a exhibirlos, el juez *puede*, vistas las circunstancias, deferir juramento supletorio a la parte que demanda la exhibición (Art. 45) (Si ésta ya ha sido ordenada y la parte fuere renuente, el pleito debe desatarse por los libros de su adversario, estando arreglados, que así lo manda el artículo 39, inciso 2º Si no media tal circunstancia, es cuando puede seguirse la vía del 45).

Hay tres clases de juramento: a) decisorio o deferido por las partes; b) estimatorio, cuando ellas, autorizadas por la ley, estiman en metálico lo demandado por perjuicios u otra causa, y c) supletorio o deferido por el juez.

Sobre el último calla el Código Judicial en el ordenamiento de las pruebas, lo cual sin duda obedece a que la doctrina lo mira con desvío, al tiempo que acepta y justifica el decisorio. Con todo, dos aplicaciones del supletorio consagra el Código Mercantil: la del artículo 328, sobre equipajes perdidos con motivo del transporte, y la del 45 que estudiamos. Estotra encuentra fundamento en las especiales condiciones del caso allí tratado, y halla su raíz en el 17 del Código Francés: "Si la parte a cuyos libros se ofrece dar fe rehusa exhibirlos, el juez podrá deferir el juramento a la otra parte".

Se dice supletorio porque quien lo presta suple una prueba que se da por existente, o sean las anotaciones cuya exhibición se niega. En verdad, si el mercader dice al juez: "Ofrezco estar y pasar por lo que expresen los libros de mi contradictor" y éste no los presenta, presúmese que el primero demuestra así su buena fe y el último no los enseña porque carece de razón.

Empero, para el funcionario es discrecional deferirlo. "El Tribunal de comercio podrá, según las circunstancias", reza el precepto. Por manera que debe analizar los motivos invocados para

no mostrarlos, y, a otra parte, si tiene indicios de que quien insta, persona poco o nada honrada, hácelo convencida de que el comerciante no lleva los cuadernos principales, para poder jurar impunemente la existencia de su crédito o la inexistencia de su débito, no habrá de deferirlo.

Acerca de la profesión de los contendientes, el nombrado juramento cabe en litigio de un comerciante con otro, y en causa de quien no lo es contra un comerciante, pues en tal supuesto el castigo para éste por no exhibir sus libros no puede ser el resultado de los de su contraparte, a quien no cumple tenerlos, sino el del artículo 46. Así lo entendió la Corte:

“La regla consignada en el artículo 46 del Código de Comercio constituye una sanción contra el comerciante que rehusa cumplir la obligación que, en determinadas circunstancias, tiene de exhibir parcialmente los libros, y se funda en la consideración obvia de que solamente puede rehuir el cumplimiento de esa obligación aquel comerciante en cuyos libros aparecen constancias contrarias a los intereses que está defendiendo en el litigio. Es claro que aquella razón y este fundamento contribuyen a explicar que la expresada regla jurídica se aplique lo mismo que en el caso de que sea un comerciante quien ofrece estar y pasar por lo que constare en los libros de su contendor que en el caso de que sea un no comerciante quien tal cosa ofrece” (14).

No parece indispensable que la operación causante del litigio tenga calidad de mercantil; puede ser mixta, que con base en el artículo 10 del Código es procedente invocar el régimen probatorio del Derecho de los Negocios contra la parte para quien fue comercial el acto. El Profesor Antonio Rocha cita este ejemplo: “en sentencia de 31 de Julio de 1936, la Corte Suprema confirmó una sentencia del Tribunal de Cali para condenar a la Sociedad Obeso, Reyes, Niessem y Cía., al pago de una suma que le cobraba un empleado suyo, y en parte basó la condenación en la legalidad del juramento supletorio prestado por el empleado sobre constancias de la deuda que existía o debía existir en los libros de dicha sociedad, una vez que ordenada la exhibición de los libros contra ésta, se negó a exhibirlos” (15).

(14) Sentencia de casación (31 de Julio de 1936. — Gaceta Judicial, tomo XLIV, pág. 94.

(15) “De la Prueba en Derecho”, pág. 257.

7º—Los libros por sí solos no hacen fe si su propietario ha sido convencido de perjurio, quiebra fraudulenta o falsedad documentaria (Art. 54, C. Co.), esto es, siendo regulares, constituyen prueba incompleta o semiplena.

Asegúrase que lo preceptuado en el artículo 54 “se justifica ampliamente”, ya que es de “elemental prudencia negarles pleno valor a las pruebas confeccionadas en su favor” por el condenado en razón de esos delitos (16). Comedidamente disintimos de esta opinión. ¿Por qué no presumir la buena fe de quien ha sido durante luengos años espejo de honestos comerciantes, pese a que lo condenaron benignamente por perjurio hace varios lustros? (17). ¿O porqué dudar de ella si tiempo atrás lo convencieron de quiebra por no estar inscrito en la Cámara de Comercio de su jurisdicción (Decreto 750 de 1940, art. 3º), pero muy luégo lo rehabilitó el juez de la causa y desde entonces ha observado, con puritano escrúpulo y en lapso dilatado, las obligaciones todas que su profesión le impone? Más acertado hubiera sido facultar al juez para conceder a los libros mérito de plena prueba, atendidas las condiciones del mercader antaño condenado.

En concurrencia con el 39, el artículo 54 depara una dificultad: ¿cuál prefiere? X no lleva libros necesarios o los esconde, y el juez le ordena la exhibición; en consecuencia, debe ser juzgado por los libros —regulares— de su adversario Z, sin que se le tolere prueba en contrario (Art. 39). Mas Z fue convencido de falsedad. ¿Será admisible la prueba sobre la comisión del ilícito para disminuir la eficacia de esos cuadernos, o rige sin reserva el artículo 39?

Las comprobaciones que persiguen demostrar el derecho litigioso de quien no llevó libros o los oculta son las vedadas para el comerciante, y nunca las tendientes a establecer que su contendor no merece plena fe por ser reo de falsedad (o de quiebra, o perjurio), como tampoco se prohíbe mostrar, en la hipótesis del artículo 39, que la contabilidad no fue regularmente llevada.

10.—*Prueba a favor en asunto mercantil con no comerciante.* Por no ser negociante, la contraparte del mercader no posee libros, de suerte que apenas puede producir las comprobaciones del

(16) V. gr., que por haber declarado bajo juramento un hecho falso en asunto civil le hubiesen impuesto dos meses de arresto, conforme a los artículos 193 del Código Penal y 1º del Decreto 2184 de 1951.

(17) Cortés, “Comentarios al Código de Comercio Terestre”, pág. 31, Tipografía Moderna, Bogotá, 1933.

derecho común. No estaría la justicia *in equilibrio* si se resolviera el pleito únicamente al tenor de los registros del empresario llevados de manera regular.

Sin embargo, el comerciante siempre disfruta de ventaja: sus asientos son *principio de prueba*, completable con los medios probatorios que sanciona el Derecho (Art. 49). Singular privilegio que la ley le acuerda, pues que según el artículo 1767 del Código Civil “no se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito”, y según el 91 de la Ley 153 de 1887 constarán literalmente los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de bien que valga más de \$ 500.00, con excepción de los casos en que haya principio de prueba por escrito, vale decir, “un acto escrito del demandado o de su representante que haga verosímil el hecho litigioso”; y en el artículo 49 las anotaciones en los libros se tienen cual principio de prueba del demandante, no obstante provenir del acreedor y no del obligado (18).

La norma juega cuando los libros son correctos, que de lo contrario, lesionan a su dueño (Art. 47 C. Co.).

Sobre el artículo 49 expresó la Corte:

“Al aplicar la disposición del artículo 49 del Código de Comercio no debe perderse de vista que la ley no exige que respecto de cada una de las partidas de una cuenta se aduzca una plena prueba, requisito que por otra parte no sería dable llenar en la mayor parte de los casos, dado que las pequeñas operaciones que se ejecutan en el curso ordinario de una administración, tales como los pagos de jornales, las compras al por menor, etc., no son susceptibles por su naturaleza misma de una plena comprobación. Esta consideración ha tenido en cuenta la ley para no exigir ni aún a las personas que administran bienes ajenos, que al rendir cuentas justifiquen plenamente cada partida. Así, el artículo 2181 del Código Civil impone al mandatario la obligación de presentar documentada su cuenta, y eso únicamente en lo que concierne a las partidas importantes de ella. Cuenta documentada no es equivalente a cuenta plenamente comprobada. Una cuenta es documentada cuando a ella se acompañan documentos que la fundamenten, como recibos expedidos por terceras personas,

(18) En este sentido: Rocha, op. cit., pág. 403, y Cortés, op. cit., pág. 30.

aunque no estén legalmente reconocidos y no constituyan por lo mismo plena prueba ni aun respecto de quienes los han firmado” (19).

11.—Acéptase que la fe debida a los libros se acendra con los años. Las pruebas son mejores cuanto más antiguas. Empero, pierden el valor de principio de prueba en pro del comerciante en cuestiones con quien no lo es, gracias a la minoridad en que se halla éste para acreditar sus pretensiones frente a esotro. De ahí que el artículo 50 disponga:

“Transcurridos quince meses desde la fecha de cada asiento, los libros no constituyen ni aún principio de prueba a favor del comerciante, salvo que hubiere demandado a su deudor, o protestado contra él en los casos de ausencia o ignorancia de su paradero”.

¿Pasados quince meses desde la escritura del registro, los libros nada prueban? El legislador los destituyó de mérito respecto a la potestad de ser principio de prueba para su dueño, pero continúan probando contra él. El texto legal no los sustrajo de la órbita del artículo 47.

12.—*Prueba en materia civil*. Después de transitar por collados de excepción, retorna el Código a principios sempiternos:

“Artículo 51.—En materia civil, aún entre comerciantes, los libros no tienen más fuerza que las anotaciones privadas”.

Tal canon ha sufrido el reparo de ser extraño a la materia mercantil. Sus defensores argumentan que al legislador no le obliga “ceñirse a determinadas normas para dentro de ellas dictar sus mandatos” (20), por lo que bien está su presencia en el Código de Comercio.

Por modo que en materia civil rige el derecho común. No sirven los libros ni como principio de prueba, por no emanar del obligado (Ley 153 de 1887, Art. 93) . . . Los cobija el artículo 1763 del Código Civil:

“Los asientos, registros y papeles domésticos únicamente hacen fe contra el que los ha escrito o firmado, pero sólo en aquello que aparezca con toda claridad, y con tal que el que

(19) Sentencia de instancia, Sala Civil (17 de Agosto de 1937). — Gaceta Judicial, tomo XLV, pág. 446.

(20) Cortés, op. cit., pág. 31.

quiera aprovecharse de ellos no los rechace en la parte que le fuere desfavorable”.

Fuera de cuestiones mercantiles, allí queda indicada su fuerza probatoria. Sólo probarán a favor de su dueño si el obligado reconoce o confiesa la autenticidad de los asientos, no por el mérito de ellos mismos.

13.—PRUEBA EN CONTRA.—El artículo 47 del Código Comercial confirma el 1763 del Civil transcrito antes:

“Los libros hacen fe contra el comerciante que los lleva, y no se admitirá prueba que tienda a destruir lo que resultare de sus asientos”.

Este precepto se refiere tanto a los obligatorios como a los facultativos. Lo sustentan dos consideraciones esenciales. *Lógica* la una: es racional suponer que el empresario conoce la verdad de su aserción; *psicológica* la otra: el hombre, propenso a huir del propio daño, sin duda obedece a la voz de la verdad cuando escribe en desmedro de su personal interés. Y así nadie debe dolerse de que valgan contra sí los documentos salidos de su pluma. Por donde las partidas de los cuadernos de contabilidad son estimadas en todas las legislaciones como verdadera confesión escrita del mercader. Y no olvidemos que la confesión sigue siendo la prueba por excelencia, si no cual *probatio probatissima*, si a lo menos como la más completa y fuerte, como la que más tranquiliza las conciencias judicial y popular.

14.—Anteriormente expusimos que los cuadernos deben conformarse a la ley para que prueben en pro del empresario, lo cual entraña concesión especialísima; de lo contrario baja o desaparece el valor de la probanza. Mas contra él hacen fe, estén o no ceñidos a mandamientos legales, puesto que ya no se contempla salvedad o privilegio sino el regreso al derecho ordinario. Que si no ocurriera así, el traficante que los hubiese llevado ilegalmente, prevalido de su violación de los preceptos, eludiría esa prueba resultante en contra suya.

15.—Contra tal prueba perfecta no se aceptará comprobación que tienda a destruirla, estatuye el artículo 47.

Presunción *juris et de jure* (en muchos países *juris tantum*) que conlleva severidad inusitada y repugnante a la razón! Es de conciencia que los intérpretes de la norma atenúen rigor tan extremado; lo opuesto sería negarse a descubrir la verdad y caer en la injusticia, so pretexto de tributar pleito homenaje a un dog-

ma de confesión extrajudicial sobremodo deleznable, como pasamos a mostrarlo:

Qui errat non fatetur, proclamaron los romanos. “Quien erra no confiesa”. Imbuido de esta doctrina dijo el artículo 606 del Código Judicial que la confesión no admite prueba en contrario, *a menos de demostrarse que el confesante ha incurrido en error inculpable o explicable*. Ya el 605 de la misma obra había puesto una condición *sine qua non* para la validez de ella: “que quien la rinda se halle en el uso de su razón”. Todo lo cual concuerda con el 1769 del Código Civil: “...No se admitirá prueba contra la confesión sino en el caso de que se justifique debidamente que la parte que la rindió sufrió un error de hecho, o que no estaba en completo uso de sus sentidos al tiempo de rendirla”. En diferentes palabras, ningún vicio (error de hecho, fuerza o dolo) debe lacerar la confesión; si por cualquiera de ellos se produjo, demostrando el vicio puede desvirtuarla el confesante.

Entonces, si la confesión en general es revocable por las citadas causas, idéntica posibilidad cabe con las partidas de los libros. *Ubi eadem ratio, ibi idem jus*. La doctrina mercantilista permite desde antiguo que el comerciante pruebe la inexactitud de registros enervados por vicios del consentimiento...

Pero la contraprueba parece perpetuamente desterrada por el artículo 47... Y sin embargo dos soluciones son factibles:

α) si bien el artículo 47 no trae la modalidad de que el negociante pruebe su error de hecho, ella es deducible del 38, cuyo tenor copiamos:

“Los errores y omisiones que se cometieren al formar un asiento, se salvarán en otro nuevo, en la fecha en que se notare la falta”.

Luego contra la prueba que surge de las partidas puede alegarse error de hecho —exactamente como en la confesión— y salvarlo en otro asiento.

β) la propuesta por Garrigues (21), que a su vez brinda dos caminos: Tras de fustigar, por absurda, la tesis de que los únicos errores irreparables sean los anotados en los libros mercantiles, dice el catedrático ibérico: “Lo que no quiere el Código es que los comerciantes desvirtúen sus propios libros mediante apuntes o

(21) “Tratado de Derecho Mercantil”, vol. 3º, págs. 368 y 369, Revista de Derecho Mercantil, Madrid, 1949.

documentos diversos de la contabilidad. Pero... otra cosa sería negarles la posibilidad de anular el asiento erróneo por medio de declaración judicial, y en el procedimiento adecuado". El cual sería: 1º demanda entablada para demostrar que el asiento no corresponde a la realidad, o 2º demanda de reconvencción, "porque la reconvencción" —agrega— "no es propiamente contraprueba, y ésta es la única prohibida al comerciante para enervar la fuerza probatoria de sus libros. En resumen, lo que no cabe es la defensa... por vía de excepción". Apoyado en flamantes autores (Chioventa, Plaza, Prieto Castro) concluye que, según la doctrina procesalista, la reconvencción es una demanda del demandado que por motivos de economía procesal se inserta en el procedimiento, destacándose su carácter independiente (22). Y basado en decires de Chioventa: "con la reconvencción adquiere la relación procesal un contenido nuevo que habría podido constituir objeto de una relación procesal separada", y en el rechazo que el expositor italiano da a la distinción entre excepciones simples y reconvenccionales, pues de suyo la excepción no puede ampliar los límites de la controversia jurídica, Garrigues remata así su razonamiento: excepción y reconvencción son términos antitéticos. La primera no procede contra los vicios de los asientos (Art. 47 del Código Colombiano); la otra sí por no constituir excepción.

16.—En sentencia de casación calendada el 27 de Julio de 1936 se pronunció la Corte Suprema sobre aquel artículo:

"En los litigios entre un comerciante y un no comerciante los libros de comercio no hacen prueba en favor del comerciante sino excepcionalmente, pero en contra del comerciante constituyen siempre una prueba, dentro de la regla general de la indivisibilidad de tales libros. (Lessona, "Juramento y prueba escrita", Nº 647). 'Los libros de comercio hacen siempre prueba contra el comerciante que los ha llevado, en provecho del que invoca su contenido' dicen Lyon Caen et Renault (5ª edición, tomo III, Nº 68). 'Poco importa que el debate se suscite con otro comerciante o con un no comerciante, a propósito de un acto de comercio o de una operación

(22) El tratadista colombiano Hernando Morales M. la define: "Acción del demandado por la cual tiende a obtener la tutela jurídica a favor propio dentro del mismo pleito promovido por el actor, pero independientemente de la demanda de éste". — "Curso de Derecho Procesal Civil, Parte general", pág. 314, 3ª edición, Talleres Editoriales de la Universidad Nacional, Bogotá, 1951).

civil. Poco importa también que esos libros se hayan llevado irregularmente. Las enunciaciones de un libro de comercio contrarias a las pretensiones de un comerciante constituyen especies de confesiones escritas; la negligencia de aquel que los lleva no puede disminuir su valor'. En el mismo sentido dicen Lacour et Bouteron: 'Contra aquel que los ha llevado, los libros hacen plena prueba, cualquiera que sea la naturaleza del pleito y la profesión de la otra parte, cualquiera que haya sido la jurisdicción seguida y aunque ellos se hayan llevado irregularmente. En efecto, las menciones escritas en estos libros constituyen confesiones formales del comerciante'. No menos explícito es Rocco ("Principios de Derecho Mercantil", Nº 149) sobre este particular: '*Eficacia probatoria de los libros contra quien los ha llevado*. Aquí recobran vigor los principios generales del C. C.; por eso el Art. 50 no hace sino reproducir literalmente el 1329 del C.C. que dice: ... 'de modo que quedan sin efectos cuantas condiciones y limitaciones imponen los Arts. 48 y 49, en el caso de invocarse los libros contra quien los ha llevado; hacen fe también los libros auxiliares y aun los irregulares llevados; y hacen fe también entre comerciante y no comerciantes y aun en materia no mercantil. En resumen, los asientos de los libros constituyen una confesión escrita extrajudicial hacia la parte contraria'. De acuerdo con la doctrina que acaba de exponerse deben ser interpretados y aplicados los artículos 47 y 48 del Código de Comercio, sin que pueda argüirse en contra de la aplicabilidad a nuestro derecho positivo de la expresada doctrina el contenido de los artículos 43, 49 y 51, pues estos últimos textos obviamente enfocan —para resolverla, en general de la misma manera que la doctrina francesa— la cuestión concerniente a la prueba de los libros en favor del comerciante que los lleva. Consecuencia lógica del principio que acaba de exponerse sobre la fuerza probatoria de los libros contra el comerciante que los lleva, cualquiera que sea la naturaleza del litigio y la profesión de la otra parte, es la de que el derecho consagrado en el artículo 46 puede ser invocado por un no comerciante, en un litigio con un comerciante, pues como acaba de verse la razón en que se apoya el aludido principio es la de que las enunciaciones de un libro de comercio contrarias a las pretensiones de un comerciante constituye especies de confesiones escritas, cuyo alcance pro-

batorio es absolutamente independiente de la profesión de la contraparte en el juicio. Esta conclusión, por lo demás, concuerda con los principios generales sobre pruebas en los litigios suscitados entre comerciantes y no comerciantes, principios según los cuales el demandante, aunque no sea comerciante ni haya celebrado actos de comercio, puede usar contra su adversario, cuando éste es comerciante o ha celebrado actos de comercio, todos los medios de prueba que autoriza el derecho comercial (Lacour et Bouteron, tomo I, Nº 785)" (23).

17.—INDIVISIBILIDAD DE LA FE DEBIDA. El principio de la indivisibilidad de las anotaciones favorables y adversas acogido hoy por doquier (consenso unánime de la humanidad!) se funda —lo recuerda Bolaffio, invocando el concepto de Borsari (24)— en el motivo intrínseco de que quien acepta la existencia de un hecho de cierta manera no entiende admitirla de manera diversa, y en la razón extrínseca de que quien utiliza lo declarado por su contendor cual una prueba, no teniendo otras, debe tomarlo como le fue suministrado. Empero, no todos los autores respaldan la equiparación entre las escrituras de los libros y la confesión extrajudicial del mercader. Tal así Carnelutti (25), quien sostiene que cuando el contratante apunta su declaración no confiesa, pues si la confesión alude al momento de firmarse la escritura, el concepto de aquélla está fuera de lugar por no haber confesión de hecho presente, y si refiérese al momento de llevar lo literal al proceso, el abuso de dicho concepto es peor aun, por cuanto en el juicio el manantial probatorio no es el acto de formar el documento sino el documento como objeto. A semejantes razones opónese Bolaffio persuasivamente (26): El empresario que registra el acto celebrado no hace declaración contractual: anota un hecho del que asegura memoria; se traba la litis, presenta el libro, y es tal presentación la que causa efectos jurídicos. ¿Y qué diferencia hay entre declarar en posiciones cómo y cuándo se realizó determinada operación, y respaldar un aserto exhibiendo el documento que lo puntualiza?

(23) Gaceta Judicial, tomo XLIV, pág. 94.

(24) Op. cit., pág. 425.

(25) C/fr. Garrigues, Op. cit., pág. 1366.

(26) Op. cit., pág. 424.

18.—En rigor, ilógico sería que los litigantes escindiesen el contenido de los libros, aceptando las partidas favorables a su pretensión y repudiando las adversas. Por eso nuestro Código provee en su artículo 48:

“La fe debida a los libros es indivisible; y el litigante que aceptare en lo favorable los libros de su adversario, estará obligado a pasar por todas las enunciaciones perjudiciales que ellos contengan”.

Es principio gemelo al del 1763 del Código Civil, que reproducimos otra vez:

“Los asientos, registros y papeles domésticos únicamente hacen fe contra el que los ha escrito o firmado, pero sólo en aquello que aparezca con toda claridad, y *con tal que el que quiera aprovecharse de ellos no los rechace en la parte que le fuere desfavorable* (subrayamos).

O sea el mismo principio que rige en Derecho Probatorio sobre la confesión.

De forma que quien ofrece sus libros como prueba debe estar tanto a lo amable de sus constancias como a lo dañoso de ellas (27). Ocurrirá idéntico fenómeno cuando sea obligado a la exhibición o a la comunicación: el contendor que pueda obtener ventaja de ellos no puede dividir su contenido. Y tal sucederá aunque sean irregulares. E igual principio rige en tratándose de necesarios o voluntarios. Valga un ejemplo. el asiento que acredita la cancelación de cierta deuda, aunque aparezca en otro libro, hace tanta fe como el que informa de la existencia de ella, pues la ley no habla de que los registros sean complexivos o figuren en un solo cuaderno. Como enseñaron los antiguos doctores, *in conjunctis capitulis qui unum adprobat, aliud reprobare nequit* (28).

¿Basta cualquier “conexión de hechos con el hecho principal” (29) para que se tenga la prueba por no dividida?

En qué consiste la conexión es punto muy controvertido. Para algunos expositores —Laurent, v.gr. (30)— radica en cualquier hecho que extinga o modifique la obligación primitiva; para

(27) “Estar a las verdes y a las maduras”, exclamaría Sancho...

(28) C/fr. Bonnier, Op. Cit., pág. 339. — “En capítulo conjuntos quien aprueba uno, no puede reprobare el otro”.

(29) Giorgi. — C/fr. Gay de Montellá, “Código de Comercio Español comentado”, 2ª edición, tomo I, pág. 214, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1948.

(30) Gay de Montellá. op. y pág. cit.

otros —Larombiere, por ejemplo (31)— en todas las convenciones posteriores extintivas, salvo la compensación fundada en deuda distinta de la que es objeto del litigio; quiénes sólo el pago admiten como hecho conexo —en este sentido Aubry y Rau (32)—, o como predica Pescatore (33) no lo es el que rebasa los linderos de la acción instaurada.

En Colombia el artículo 609 del Código Procesal Civil resuelve diáfananamente la cuestión:

“La confesión se admite tal como se hace, con sus modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al mismo hecho; pero si el confesante agrega hechos distintos y separados que no tengan íntima relación con el primero, constituyen verdaderas excepciones que tiene obligación de probar”.

19.—Por diverso aspecto, si el demandante tiene pruebas que invalidan las partidas para él perjudiciales, puede producirlas, que así también sucede en la confesión. Según la obra citada, ésta debe aceptarse “con sus modificaciones, aclaraciones y explicaciones”, mas si el actor demuestra la falsedad de tales modificaciones o explicaciones, subsiste el pleno valor de la confesión sin la modificación desvirtuada.

Finalmente, la indivisibilidad apenas rige cuando la parte acepta lo favorable a ella, ya que puede rechazar ambos asientos —el fasto y el nefasto— y aducir otras probranzas.

20.—Acerca del artículo 48 del Código de Comercio ha dicho la Corte Suprema:

“No imputar una o más partidas que figuran en un libro comercial a determinado negocio cuando la imputación no consta en el libro, no es negarle a éste la fe que hace como elemento probatorio” (34).

“El artículo 48 del Código de Comercio contempla el caso de que aceptadas las cuentas por un litigante en lo favorable, estará obligado a pasar por todas las enunciaciones perjudiciales que aquéllas contengan. Pero él se refiere a los libros de contabilidad mercantil regularmente llevados y a las

(31) Ibidem.

(32) Gay de Montellá, op. y pág. cit.

(33) Ibidem.

(34) Sentencia de casación (22 de Abril de 1919). — Gaceta Judicial, tomo XXVII, pág. 186.

cuestiones de índole comercial que se debaten entre comerciantes; y no es aplicable al libro de cuentas que lleva el albacea” (35).

“Los libros del comerciante, por no tratarse de una causa mercantil con otro comerciante, no hacen plena prueba contra éste último, pero el primero tiene derecho a que se tomen tanto a su favor como a su contra, puesto que la fe debida a ellos es indivisible (artículos 43 y 48 del Código de Comercio)” (36).

21.—VALOR PROBATORIO DE LOS AUXILIARES. Los libros facultativos prueban contra el comerciante por las mismas razones que los obligatorios. En cambio no revisten mérito por sí a favor suyo, aunque sean llevados en regla, pues su contendor, si no los tiene, quedaría colocado en situación desventajosa. Pero prueban junto con los necesarios (Art. 52 C. Co.). Con todo, solos hacen fe cuando su dueño perdió los principales sin su culpa —en caso de incendio, por ejemplo— (Art. 52 *ibidem*), evento en el cual comprobará primero esa pérdida inculpable de los principales.

Hay pugna entre los mercantilistas sobre la anterior excepción. Otholenghi (37) la ataca haciendo notar que los cuadernos auxiliares no están provistos de garantías legales y, en consecuencia, andan expuestos a cambios y sustituciones. El doctor Félix Cortés también la impugna, porque si el comerciante —son sus términos— “ha perdido los principales sin su culpa, es de suponer que menor culpa pesa sobre el tercero, que no los ha tenido en su poder ni bajo su guarda” (38). Mas Bedarride (39), Castagnola (40) y Gay de Montellá la respaldan “por razones de equidad y de justicia”, que no es posible abandonar al mercader que, habiendo perdido fortuitamente sus libros necesarios,

(35) Sentencia de casación (30 de Abril de 1920). — Gaceta Judicial, tomo XXVIII, pág. 18. A nuestro entender, el alcance del artículo 48 es más vasto que el indicado por la Corte en este fallo cuando dice: “él se refiere... a las cuestiones de índole comercial que se debaten entre comerciantes...”. (Ver el N.º 102, supra).

(36) Sentencia de casación (23 de Julio de 1936). — Gaceta Judicial, tomo XLIV, pág. 313.

(37) Gay de Montellá, op. cit., pág. 217.

(38) Op. cit., pág. 31.

(39) Gay de Montellá, op. cit., pág. 217.

(40) Ibidem.

puede con elementos análogos, o afines a lo menos, reconstruir las partidas que aquellos contenían.

Consideramos que la prudencia del juez ha de apreciar el mérito probatorio de los facultativos en el caso dicho, teniendo muy presente la seriedad o pulcritud de su teneduría.

22.—Ordena el artículo 53 del Código:

“Los tribunales de Comercio tomarán en cuenta las irregularidades de los libros auxiliares, para apreciar y decidir la fe que merezcan los que se exigen por este Código”.

23.—LIBROS DE TERCEROS. Si un comerciante extraño al pleito surgido entre dos personas entrega sus libros a una de ellas (voluntariamente desde luego: nadie en este caso, podría obligarlo a exhibirlos) para que los aduzca en su provecho, ¿cuál será su valor probatorio?

Se equivoca el Juez que los equipare a testimonio, pues faltan la oralidad y el juramento, o a principio de prueba por escrito, que no proceden del obligado. Pero si valen como presunciones o indicios, cuya evaluación queda al criterio del juzgador (41). Al respecto consideró la Suprema Corte de Justicia:

“Si esta prueba es peligrosa aún entre comerciantes, porque libros de apariencia regular pueden esconder engaños o dar ocasión a sospechas, no obstante el control de los llevados por la parte contraria, bien se ve cuán peligroso sería generalizar esta prueba extendiéndola a negocios en que el dueño de los libros no sea litigante. Cuando un comerciante extraño al pleito presta sus libros a una parte para que los exhiba, o cuando uno de los litigantes logra del juez la inspección de tales libros, no puede verse en estos la prueba especial de comercio; tampoco una testimonial específica, a que faltarían oralidad y juramento; ni siquiera un principio de prueba por escrito, puesto que emanado de persona ajena del litigio no haría verosímil el hecho litigioso; a lo más pudiera verse en ellos algún elemento probatorio en cuya apreciación tendría gran libertad el fallador” (42).

(41) En este sentido: Lessona, “Teoría general de la prueba en Derecho Civil”, 3ª edición, Editorial Rens S. A., Madrid, 1929, pág. 580 y Rocha, “De la Prueba en Derecho”, páginas 405 y 406.

(42) Sentencia de Casación (23 de julio de 1936). Gaceta Judicial, tomo XLIII, pág. 778. Magistrado ponente: Dr. Miguel Moreno Jaramillo.

Y más adelante dijo:

“...en los libros de persona extraña al litigio sería posible ver algún elemento probatorio de valor infirmante o corroborante... Pero es el juez de instancia, no el de casación, a quien compete ponderar esas pruebas indirectas” (43).

24.—LIBROS DE ALGUNOS COMERCIANTES. *Corredores*. Expusimos en otro Capítulo que los corredores de mercancías y los de bolsa han de tener un cuaderno manual foliado para consignar las operaciones en que intervengan tan pronto como las celebren, y el Diario, que llenará los mismos requisitos extrínsecos e intrínsecos de los libros exigidos al comerciante ordinario, a donde trasladarán los registros del primero.

Pues bien, ese Diario servirá para esclarecer las cuestiones judiciales surgidas de los negocios que menciona (art. 79 C. Co.), con aplicación del artículo 638 del Código Judicial:

“Por regla general, los asientos de los corredores... equivalen al dicho de un testigo; pero cuando la parte contra quien se aducen no produzca pruebas suficientes que los desvirtúen, tienen fuerza de plena prueba”.

Lo cual se explica en que por ser privado el oficio de corredor (art. 66 C. Co.), los documentos de éste no son auténticos de suyo.

¿Y cuál libro prefiere en caso de discordancia? Autores hay que escogen el manual, cuyas partidas se escribieron en el momento de realizarse la negociación y cuyas cifras y abreviaturas pudieron ser mal entendidas cuando se pasaron al Registro o Diario. Quiénes aseguran que éste priva (44), basados en que el legislador lo rodeó de formalidades (art. 79 de nuestro Código) y en que su dueño únicamente puede entregar a los contratantes minuta del asiento hecho en él sobre la operación concluida (art. 81 *ibidem*). Y alegan otros que debe estarse a las circunstancias de cada caso (45).

Nos inclinamos por la segunda solución.

Tocante a cómo prueban, distinguimos:

a) En las relaciones entre contratantes y corredor prueban en favor y en contra de éste según las reglas estudiadas, y

(43) *Ibidem*, página 779.

(44) Obarrio, Siburo y Malagarriga. c/fr. “Tratado elemental de Derecho Comercial — Contratos y papeles de comercio — Primera parte”, pág. 46 de éste.

(45) Segovia, C/fr. Malagarriga, *ibidem*.



b) Sobre la relación entre contratantes dijo don Carlos Martínez Silva: "Si apareciere divergencia entre los ejemplares de un contrato que presenten los contratantes, y en su celebración hubiere intervenido corredor, se estará a lo que resulte de los libros de éste, siempre que se encuentren arreglados a derecho" (46).

Agentes de cambio.—Sus asientos, generalmente, "equivalen al dicho de un testigo", salvo cuando el litigante contra quien se allegan no los desvirtúe con probanzas suficientes, pues entonces cobran poder de plena prueba (art. 638 del Código Judicial).

Acerca de cómo prueban, es valedero lo explicado sobre los corredores.

25.—**QUE PRUEBAN LOS LIBROS.** De la índole de cada libro depende su eficacia probatoria. Con el Copiador de Cartas se podrán demostrar la existencia de epístolas y, consiguientemente, las ofertas y aceptaciones de contratos celebrados por correspondencia: nunca jamás la verdad de su contenido ni que tales documentos fueron despachados y recibidos. El Diario comprobará la realidad de transacciones efectuadas cotidianamente por su propietario, no la de pactos generadores de dichas operaciones ni la de créditos activos o pasivos producidos por estos o aquellos convenios; es decir, probará el cobro o el pago de cierta suma, la remisión o el recibo de mercaderías, etc., mas no el ser de los contratos que originaron esos desplazamientos patrimoniales. Y la falta de anotación de suyo no supone la inexistencia del acto litigioso, que así sencillísimo sería para el comerciante no apuntar determinada operación e impedir su prueba por los demás medios legales. El de Cuentas Corrientes demostrará la realidad de los abonos y los saldos, no la naturaleza de los acuerdos de voluntades.

Ahora bien, el mérito de los libros es puramente *probatorio*, no *constitutivo*. Ello es que no podrán ser invocados para mostrar la existencia de un contrato que exija documento público *ad substantiam actus*, v. gr., venta de bien inmueble. Los actos jurídicos que demandan formalidades especiales para existir válidamente, no nacen a la vida del derecho a fuer de figurar en libros mercantiles.

26.—De lo tratado en este Capítulo dedúcese una conclusión trascendental, a saber: *Ei incumbit probatio qui dicit, non qui*

(46) "Tratado de las Pruebas judiciales", pág. 119, Imprenta Nacional, Bogotá, 1935.

negat es el principio reinante en materia civil, y en contabilidad comercial prima su contrario: *Ei incumbit probatio qui negat, non qui dicit*.

Los libros de comercio regularmente llevados hacen fe. Presúmese verdadero lo que en ellos aparece, y como su propietario no necesita comprobarlo, si alguien discute su exactitud, deberá demostrar la negativa. En la contabilidad civil u ordinaria el asiento del no comerciante equivale a lo afirmado verbalmente por éste: habrá de probarlo para que en juicio surta efecto.

27.—Las mutaciones al Código propuestas por la Comisión Revisora referidas en Capítulos anteriores, imponen variación substancial a ella en los cánones que hoy gobiernan la fuerza demostrativa de la contabilidad. Los mandamientos sugeridos al respecto reemplazan la tarifa legal vigente ahora, por el sistema de persuasión racional para el fallador; consecuentemente, éste entra a desempeñar invaluable función en el proceso. He aquí la somera reseña de ellos:

a) Subsiste la regla de que la cuenta y razón regularmente llevada hace fe en las causas mercantiles que los comerciantes agiten entre sí (art. 43 del Código actual), pero se le permite al juez graduar el mérito de la prueba, según las circunstancias, o sea que puede tenerla hasta como plena. Así lo dispone el artículo 55 del Proyecto:

"La contabilidad llevada de conformidad con las exigencias de este Código, hace fe en las causas mercantiles que se susciten entre comerciantes. El Juez determinará su mayor o menor valor probatorio según el orden, exactitud y corrección con que se hayan llevado las cuentas y la armonía de éstas entre sí y con los comprobantes, cartas y documentos que se presenten".

b) El artículo 56 *ibidem* reza que si un contendiente presenta sus cuentas ajustadas a las exigencias legales y el otro no las exhibe siéndole ordenada la exhibición, el juzgador fallará de acuerdo con la contabilidad presentada, en defecto de documentos que la desvirtúen.

Por consiguiente, el artículo 39 del Código sufre profundas modificaciones: 1ª es suprimida la multa para el empresario que no lleva libros obligatorios o los oculta cuando se le ordena su exhibición; y 2ª se acepta prueba contraria al correcto orden de cuenta y razón que uno de los adversarios presentó.

c) El 57 del Proyecto reitera con óptima claridad lo dispuesto en el artículo 46 del estatuto en vigencia:

“Si uno de los litigantes ofreciere estar y pasar por lo que constare en las cuentas de su contendor, y éste rehusare exhibirlas, el Juez podrá, según las circunstancias, deferir el juramento supletorio de la parte que hubiere pedido la exhibición, fallando conforme a éste, a falta de otros documentos que lo desvirtúen”.

d) El 58 *ibidem* es del siguiente tenor:

“La contabilidad, en todo caso, hace fe contra el comerciante que la lleva”.

La férrea norma de no admitir comprobación que tienda a destruir lo que resultare de los cuadernos, empotrada en el artículo 47 del Código, desaparece en el texto transcrito. Triunfa por ende la equidad: la presunción del artículo 58 es dilacerable (*juris tantum*).

e) Y el 59 conserva la prescripción del 48 en vigor:

“La fe debida a la contabilidad de un comerciante es indivisible; y el litigante que la aceptare en lo favorable, estará obligado a pasar por todas las enunciaciones perjudiciales que ella contenga”.

f) El 60 reproduce exactamente al 49 actual:

“En las cuestiones mercantiles con personas no comerciantes, la contabilidad sólo establece un principio de prueba que necesita ser completado con los medios de prueba que sanciona el derecho”.

Lo complementa el 61:

“En el caso del artículo anterior, transcurridos dos años, la contabilidad no constituye ni aun siquiera principio de prueba a favor del comerciante, salvo que hubiere demandado a su deudor, o protestado contra él en los casos de ausencia de su paradero”.

El lapso de quince meses establecido en el artículo 50 del Código se amplía a veinticuatro.

g) Por último, el artículo 62 del Proyecto repite lo dicho en el 51 que ahora rige:

“En materia civil, aún entre comerciantes, la contabilidad no tiene más fuerza que las anotaciones privadas”.

BIBLIOGRAFIA

Alvarez del Manzano, Bonilla y Miñana: “Códigos de Comercio”, vol. III.
Bolaffio: “Derecho Comercial”, vol. III.—*Bonnier*: “Tratado teórico y práctico de las pruebas en Derecho Civil”, vol. II.—*Bravard et Verger*: “Traité de Droit Commercial”.—*Cerdá y Richart*: “La correspondencia y documentación mercantil”.—*Cortés*: “Comentarios al Código de Comercio Terrestre”.
Escarra: “Cours de Droit Commercial”. Gaceta Judicial, tomos VI, XXVII, XXVIII, XLIII, XLIV, XLV.—*Garrigues*: “Tratado de Derecho Mercantil”, vol. III.—*Gay de Montellá*: “Código de Comercio Español comentado”, vol. I.
Gorphe: “De la apreciación de las pruebas”.—*Hamel et Lagarde*: “Traité de Droit Commercial”, vol. I.—*Langle*: “Manual de Derecho Mercantil Español”, vol. I.—*Lessona*: “Teoría general de la Prueba en Derecho Civil” vol. I.
Malagarriga: “Derecho Comercial” y “Tratado elemental de Derecho Comercial — Contratos y papeles de comercio— Primera parte”.—*Messineo*: “Manual de Derecho Civil y Comercial”, vol. II.—*Morales*: “Curso de Derecho Procesal Civil - Parte General”.—*Palma Rogers*: “Derecho Comercial”.—*Pinzón*: “Principios de Derecho Comercial” y “La libertad de prueba en materia comercial”.—*Puente y Calvo*: “Derecho Mercantil” Revista Trimestral de Derecho Comercial, Nº 30-31.—*Ricci*: “Tratado de las pruebas”, vol. I.—*Ripert*: “Tratado elemental de Derecho Comercial”, vol. II.—*Rocco*: “Principios de Derecho Mercantil”.—*Rocha*: “De la prueba en Derecho”.—*Soroas y Planas*: “Libros de Comercio”, Diccionario de Derecho Privado.—*Thaller et Percerou*: “Traité élémentaire de Droit Commercial”.—*Zuleta Angel*: “Conferencias de Derecho Mercantil”.