

no haber satisfecho el exceso de tasa a que estaba sujeta la entrega del telegrama: culpa que habrá de calificarse, según la diligencia media de un buen comerciante, sin pedir una especial o excesiva.

Si la Administración fué la culpable del error o retraso, para el expedidor y el destinatario constituiría un *caso fortuito*, cuyo daño debe soportar cada uno en la proporción que lo sufra.

*Se presume* exento de responsabilidad el remitente, si ha recomendado o mandado cotejar (colacionar) el telegrama, colación que consiste en exigir y obtener que lo repita la oficina de destino, con intervención de las otras intermedias que hayan cooperado a la transmisión. Contra la presunción de irresponsabilidad, dicho se está que cabe la prueba contraria.

§ 34.—LIBROS DE COMERCIO Y ANOTACIONES DE LOS AGENTES MEDIADORES.

SUMARIO: 147. Libros de comercio. Obligación de llevar libros. Distintas clases de ellos. Disposiciones reguladoras de la teneduría de libros.—148. Fuerza probatoria de los libros de comercio. Generalidades. Eficacia probatoria a favor del que los lleva. Condiciones y límites.—149. Eficacia probatoria de los libros contra quien los lleva.—150. Notas o libros de los agentes mediadores y su fuerza probatoria. Libros especiales de los agentes mediadores. Fuerza probatoria en las relaciones entre mediadores y las partes; en las relaciones entre las partes.—151. Procedimiento para alegar en juicio la fuerza probatoria de los libros de comercio. Exhibición y manifestación: su diferencia y formas. Sanciones en caso de negativa a exhibir los libros.

147. Los libros de comercio son aquellos registros en que el comerciante asienta sus negocios desde varios puntos de vista y en forma más o menos minuciosa y detallada: los particulares también suelen llevarlos y en ellos van registrando el movimiento de su haber privado. La diferencia entre unos y otros consiste en que es obligatorio para los primeros y no para los segundos, y en que los libros de comerciantes tienen *fuerza probatoria*, de que carecen los de los particulares.

A) *Obligación de llevar libros*.—Esta se impone: en interés del comerciante para que pueda estar al corriente de sus negocios mismos, de la situación patrimonial y obtener de ellos la prueba de sus derechos; en interés de quien con él contrata, para que pueda fundar en los mismos la defensa de sus derechos; y, sobre todo, en interés del público para que, en caso de quiebra, puedan reconstruirse exacta-

mente todas las operaciones realizadas, conocer la solidez verdadera de su patrimonio y averiguar si ha habido simulación o substracción (436). Y tan es ese el fundamento de la obligación de la teneduría de libros que las *sanciones* al incumplimiento de esta obligación sólo se aplican en caso de quiebra; el quebrado que no llevó legalmente sus libros incurre en bancarrota por ese sólo hecho (número 5 del 856, y 857; número 1 del 859 del Código de comercio) (437); tienen obligación de llevarlos todos aquéllos, aun los más modestos: el vendedor ambulante y aun el analfabeto, y si personalmente no pueden hacerlo, deberán encargar de ello a otro. Son *obligatorios* los libros siguientes:

1.º *Libro Diario* (art. 21 del Código de comercio), en el que el comerciante debe asentar separadamente, *día por día*, todas las operaciones de su comercio y todo cuanto recibe o paga por cualquier título, bien sea mercantil o civil.

En él deben anotarse también los gastos familiares, pero puede anotarlos globalmente, *mensualmente*; las grandes empresas que no pueden asentar en un solo libro sus operaciones todas, suelen dividir el Diario en otras tantas secciones como ramas del negocio en general, y sus resultados se resumen en un Diario complejo. El conjunto de los libros especiales forma el libro Diario exigido por la ley; el complejo no es un verdadero libro Diario a tenor del artículo 21, sino un auxiliar meramente voluntario, no obligatorio.

2.º *Libro de inventarios* (art. 22 del Código de comercio). Llámase inventario a la descripción que al final de cada año debe hacer el comerciante del estado de su patrimonio, en cuya descripción ha de comprender todos sus bienes muebles e inmuebles, deudas y créditos, cualesquiera que sean su índole y procedencia. Bienes son únicamente aquellos que *existen realmente y tasados por su valor exacto en la fecha del inventario*: los créditos se asentarán por su valor nominal si son saldos exigibles; de otra suerte, se asentarán con una adecuada deducción, y si no son exigibles no deberán figurar en él. Debe el inventario reproducirse *todos los años* y transcribirse en un registro especial o en

(436) Así Vivante: *Trattato*, vol. I, n. 156.

(437) Esta sanción no afecta al comerciante en pequeño, es decir, aquellos cuyo pasivo no exceda de 50.000 liras, porque la ley de 24 de mayo de 1903, n. 197, ha suprimido para estas quiebras pequeñas la acción penal nacida de bancarrota simple (apartado del art. 38); pero esto no impide la obligación que, como hemos dicho en el texto, tiene también el pequeño comerciante de llevar libros; discútese si la sanción es aplicable asimismo a los administradores de sociedades; véase, en sentido contrario, Vivante, en *Riv. di Dir. comm.* 1904, II, 540, y Bolaffio: *Comm.*, vol. I, pág. 708, nota 2.

el libro Diario, como hacen los comerciantes en pequeño, que al comenzar los asientos de cada año ponen en cabeza el detalle de su estado patrimonial. Precisa que se haga anualmente, pero no se requiere un libro especial de inventarios. Debe seguir al inventario el *balance*, en el que se resume el pasivo y el activo, y la cuenta de *pérdidas y ganancias*, cuenta en que se anotan sumariamente los negocios desde el punto de vista de las utilidades o pérdidas que han producido.

3.º El *copiador de cartas* (apartado del art. 21 del Código de comercio), en donde se reproducen a mano o mecánicamente todas las cartas y telegramas que envía el comerciante.

4.º *Legajos de correspondencia recibida* (apartado del art. 21 del Código de comercio), en donde se coleccionan todas las cartas y telegramas recibidos por el comerciante.

Además de los libros oficiales obligatorios, el comerciante puede llevar otros facultativos o auxiliares, y en realidad los llevan todas las empresas bien ordenadas.

Entre los libros auxiliares, los más importantes son:

1.º El *libro Mayor*, en que se reproducen *sistemáticamente* los asientos hechos en el Diario *cronológicamente*. A todo corresponsal se le abre una cuenta especial que consta de Debe y Haber.

2.º *Libro de vencimientos*, en donde se anotan los vencimientos de letras, de los cobros o pagos.

3.º *Libro de almacén*, en que se anota el movimiento de las mercancías.

4.º *Libro de caja*, en que se lleva cuenta de las cantidades pagadas y cobradas, etc.

Para que pueda decirse que los libros están *legalmente* llevados, es necesario:

1.º Que previamente sean *visados* (art. 23 del Código de comercio); operación que ha de realizar el juez del distrito correspondiente o el pretor, y, cuando no exista éste, un notario. El libro Diario y el de inventarios han de estar numerados y firmados todos sus folios, extendiendo en la última página una diligencia expresiva del número de folios de que consta, y que ha de suscribir el juez o el notario. El copiador de cartas habrá de firmarse al final, expresando el número de folios que contiene.

Los Juzgados de primera instancia deben llevar un registro en que conste el nombre de los comerciantes presentantes de los libros, la naturaleza de éstos, la cantidad de hojas firmadas; los pretores que hayan visado y firmado libros deben enviar esta nota anualmente al Tribu-

nal, y lo mismo deben hacer los notarios (art. 24 del Código de comercio).

2.º *Que se lleven con arreglo a las prescripciones legales* (artículo 25 del Código de comercio); la ley no prescribe método especial para la contabilidad y, por tanto, no es obligatoria la partida doble. Deben llevarse por orden de fechas, sin espacios en blanco, interlineados y salvar los márgenes.

No debe enmendarse de tal suerte que sea ilegible lo ya escrito, y, si hay que enmendar algo, debe practicarse de modo que la palabra tachada permanezca legible.

Deben conservarse durante diez años desde el último asiento hecho, es decir, por un tiempo igual al de la prescripción ordinaria en materia mercantil (art. 26).

148. B) *Fuerza probatoria de los libros de comercio* (arts. 48-52 del Código de comercio).

Los libros de comercio obligatorios llevados legalmente poseen fuerza probatoria especial; por excepción a aquel principio general de que nadie puede crear en su beneficio una prueba, los libros de comercio, no sólo hacen fe *contra* quien los lleva, sino también *a favor* del tenedor. Así como los artículos 1.329 y 1.330 del Código civil dicen que los libros de los comerciantes harán fe contra ellos, y que los libros y documentos privados hacen fe contra quien los escriba, los artículos 48 y 49 del Código de comercio declaran que los libros mercantiles no sólo hacen prueba entre los comerciantes y en materia mercantil, sino también a favor de los llevadores. En cambio, *todos los libros de comercio, aun los voluntarios*, y por más que se lleven irregularmente, hacen prueba *contra* quien los lleva, sea cualquiera el asunto en que se invoque.

1.º *Eficacia probatoria a favor del que lleva los libros* (arts. 48 y 49). El fundamento de la eficacia probatoria especial de los libros de comercio a favor del comerciante que los lleva consiste en la sucesión cronológica de los asientos que aseguran contra alteraciones posteriores a lo ya sentado y la correspondencia en que están los distintos libros, permitiendo una intervención recíproca.

Las condiciones exigidas por la ley para que los libros puedan hacer prueba a favor de quien los lleva son:

a) *Que se trate de libros obligatorios*; los voluntarios no disfrutaban de esta especial fuerza probatoria, como *a contrario* se deduce del artículo 49;

b) *Que estén llevados con arreglo a la ley*, o sea, que hayan sido

visados y se lleven conforme a los principios del artículo 25. Si en algún asiento se han infringido las reglas fijadas en ese artículo, el defecto *local* no invalidará más que el asiento mal extendido, pero no la legalidad *general* del libro y su fuerza ordinaria probatoria. Para considerar los libros normalmente llevados no es necesario que haga personalmente los asientos el comerciante: los asientos del empleado que lleva la contabilidad surten los mismos efectos que si estuviesen escritos por el principal (apartado del art. 48 del Código de comercio). Discútese si de los libros llevados irregularmente cabe inducir al menos algún principio de prueba a favor del comerciante: para nosotros carece de eficacia en este sentido el libro irregularmente llevado, porque desaparecen aquellos supuestos que sirven de base para atribuir especial fuerza probatoria a los libros de comercio. Tampoco cabe reconocer presunción a favor del comerciante de los libros irregularmente llevados, porque entonces, indirectamente, mediante la prueba indiciaria, se daría al libro una fe que le ha negado expresamente el legislador. Sólo en materia de quiebra (art. 49), en que se concede al juez, para comprobar la exactitud de los créditos, facultad de obtener elementos probatorios, aun a favor del quebrado, de los libros llevados irregularmente (consúltese el art. 761 del Código de comercio), sufre aquel principio una excepción, que obedece a que se han recogido inmediatamente los libros del fallido (art. 737 del Código de comercio) y, por consiguiente, aminora las sospechas de que esa tenencia irregular haya servido de medio fácil a asientos o alteraciones fraudulentas (438).

c) *Que se trate de una cuestión entre comerciantes.*—Si no lo es una de las partes, deja de ser de aplicación el principio contenido en los artículos 48 y 49, y entra en vigor el 1.328 del Código civil, que declara que los libros de los comerciantes carecen de fe contra los que no lo son, en cuanto a los suministros asentados en ellos, pero que autoriza el juez a deferir de oficio el juramento de una u otra parte (439). Se ha dicho que los libros de los comerciantes hacen fe a su favor aun cuando no sea comerciante la otra parte, a tenor del artículo 54; pero el principio de éste, de carácter *general*, queda ineficaz ante la norma *específica* del artículo 48, que expresamente requiere el carácter de comerciante en los dos litigantes.

d) *Que se discuta sobre un asunto mercantil.*—Si la controversia recae sobre un asunto mercantil *para ambas partes*, la cosa no ofrece

(438) Segrè, artículo 49, n. 13.

(439) Consúltese Cass. Roma, 26 octubre 1908 (*Giur. ital.*, 1908, I, 1, 1.009)

duda; pero surge cuando lo es sólo para una de ellas, aun cuando el caso se presente difícilmente, porque, siendo comerciantes ambos cuantos actos realicen se presumirán de carácter mercantil, a tenor del artículo 4.º; mas cabe que suceda cuando se suministre la prueba contraria de que habla el citado artículo 4.º; en este caso, creemos que debe aplicarse el 49, si recae sobre *materia mercantil*, según el 54, porque para éste es *materia mercantil* también la *relación mixta*, es decir, comercial por una parte y civil por la otra (440).

Una vez que concurren estos cuatro requisitos, los libros de comercio hacen prueba *aun a favor del que los lleva*. Sin embargo, la eficacia probatoria de cada libro está limitada, por lo que se deduce de la función del libro mismo; así, por ejemplo, el copiador de cartas, que prueba el hecho y los términos de la correspondencia mediada entre ambas partes, sirve para probar la *celebración* del contrato, pero el libro Diario, que indica día por día las operaciones del comerciante, servirá para probar la *ejecución*.

La eficacia de los libros de comercio a favor del comerciante es meramente *probatoria*, no *constitutiva*; y así se desprende literalmente de la dicción de los artículos 48 y 49; por consiguiente, los libros jamás podrán invocarse para probar la existencia de un contrato que exija el documento público *ad substantiam*, como, por ejemplo, una compraventa de bienes inmuebles.

Pero hay más: la eficacia probatoria de los libros, sancionada por el artículo 49 del Código de comercio a favor del comerciante que los lleva, no podrá transformar los libros en lo que no son, esto es, en documentos privados emanados de la parte *contra* quien se invoca; ni tampoco podrán substituir los documentos privados en su función *normal* probatoria que presupone la procedencia de la persona contra quien la prueba se aduce. Por eso, cuando la ley exige la prueba por escrito y su consecuencia sabida, de la exclusión de la prueba testimonial (art. 53 del Cód. de com.), la existencia de asientos en los libros por la parte a favor de la cual se invoca el hecho que hay que probar, no

(440) De este parecer son la mayoría de los escritores. En contra: Vivante: *Trattato*, vol. IV, n. 1.601; Bolaffio: *Comm.*, vol. I, págs. 21-22, y vol. II, pág. 405, quien opina que en el artículo 48 ha usado la ley impropriamente la frase: «en materia mercantil». La principal razón que dan estos escritores para negar que los libros mercantiles hagan prueba en este caso es que no podría haber cotejo entre los libros de ambas partes, porque el comerciante no está obligado a asentar en forma especial en sus libros los gastos de familia (Ap. Roma, 6 julio 1907: *Riv. di Dir. comm.*, 1907, 178).

basta para constituir la prueba escrita querida por la ley y dar paso a la prueba de testigos. Por la misma razón de que falta la procedencia de la parte contra quien se invoca la prueba, no pueden constituir los libros principio de prueba escrita a favor del que los lleva.

En resumen, que el principio de los artículos 48 y 49 es un principio *excepcional* que hay que mantener en los *límites rigurosos* señalados por la ley, la cual, entre otros, confiere expresamente un poder discrecional al juez para apreciar el resultado de la prueba de libros a favor de quien los lleva (los libros de comercio *pueden dar fe*) (441).

149. *Eficacia probatoria de los libros contra quien los ha llevado* (art. 50).—Aquí recobran vigor los principios generales del Código civil; por eso el 50 no hace sino reproducir literalmente el 1.329 del Código civil, que dice: «Los libros de los comerciantes harán fe contra éstos, pero el que pretenda obtener beneficio de los mismos habrá de atenerse a lo que de ellos resulte en su contra»; de modo que quedan sin efecto cuantas condiciones y limitaciones imponen los artículos 48 y 49, en el caso de invocarse los libros contra quien los ha llevado; hacen fe también los libros auxiliares y aun los irregularmente llevados, y hacen fe también entre comerciantes y no comerciantes, y aun en materia no mercantil. En resumen, que los asientos de los libros constituyen una *confesion escrita extrajudicial hacia la parte contraria* (arts. 1.356 y 1.358 del Código civil).

La eficacia probatoria de los libros de comercio contra quien los lleva es plena en el sentido de no necesitar complemento alguno. Por ello *a fortiori* puede integrarse con otra clase de prueba, como el juramento y la de testigos; de suerte que los asientos de los libros de comercio permiten acudir a la prueba testimonial como principio de prueba por escrito.

Sin embargo, la eficacia probatoria plena asignada por el artículo 50 del Código de comercio a los libros, cuando se invoca *contra* el que los lleva, no basta para transformar el libro en lo que *no es*, es decir, en un verdadero documento privado. Por tanto:

a) La eficacia de los libros es también aquí puramente *probatoria*, pero no *constitutiva*, y por ello no bastan para crear negocios jurídicos en que se requiera el documento *ad substantiam*.

(441) Véase, por último, Tribunal Supremo del Reino, 27 marzo 1925 (*Repertorio del Foro ital.*, 1925, palabra *Libri di comm.*, n. 6), que destaca el que la fuerza probatoria de los libros de comercio regular o irregularmente llevados no impide que el juez critique la resultancia de ella y la posibilidad de un convencimiento contrario mediante otros elementos de prueba.

b) A la prueba que suministran los libros no se aplica la limitación del artículo 1.341 del Código civil, que impide oponer la prueba de testigos al contenido del acto por escrito. Por ello, el comerciante podrá siempre impugnar los resultados de sus propios asientos, rectificar alguna partida, demostrar el error de ella y hacerlo con todos los medios reconocidos por la ley, entre los cuales están la prueba de testigos y las presunciones; pero esta prueba contraria incumbe pedirla a quien ha llevado los libros, y hasta que no la practique hacen fe los resultados de los asientos.

150. C) *Libros de los agentes mediadores y fuerza probatoria de los mismos* (arts. 33 y 52 del Código de comercio).—Los agentes mediadores deben llevar algunos libros especiales conforme a las exigencias de su profesión; estos libros son:

1.º Una libreta en hojas sueltas en la que deben anotar, aunque sea con lápiz y sumariamente, pero por separado, todos los negocios realizados como mediador, tanto en Bolsa como fuera de ella, a contado o a plazo, y aunque los contratantes hayan desistido.

2.º Un libro diario, que debe reproducir día por día las condiciones de los negocios en que él ha mediado.

3.º Copiador de cartas y legajos de correspondencia recibida.

En cambio, no se les obliga a llevar el libro de inventarios.

Además:

4.º El agente mediador, apenas haya celebrado el contrato y anotado en la libreta, debe entregar a cada una de las partes una nota que contenga copia del asiento.

Sobre el valor probatorio de estos libros o notas de los mediadores hay que distinguir:

a) *En las relaciones entre el mediador y las partes*, los libros hacen prueba en favor y en contra del mediador, conforme a los artículos 49 y 50.

b) *En la relación entre las partes* que han celebrado un contrato interviniendo agente mediador, el art. 52 deja en libertad al juez de dar a los libros y asientos de aquél la fuerza probatoria que merezcan, según las circunstancias.

Si las notas entregadas por el mediador estuviesen firmadas por las partes, adquieren carácter de verdaderos documentos privados, y llevan consigo la eficacia probatoria y constitutiva que se reconoce a éstos.

151. D) *Procedimiento para alegar en juicio la fuerza probatoria de los libros de comercio* (arts. 27, 28 y 51 del Cód. de com.).