

Examen de los libros de comercio.

Algunos comentarios a una sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Salvador R. Yannuzzi Rodríguez*

RVDM, Nro. 5, 2020. pp- 17-33

Resumen: Un tema que se ha prestado a confusión en el Derecho venezolano, es el correspondiente al examen de los libros de comercio, en el sentido de cuál es el alcance para su escrutinio o indagación dentro de un proceso, y cuáles serían -de acuerdo a la ley- las razones o motivos para que se lleve adelante la indagación de los libros del comerciante, y cuál es la manera correcta para que se proceda. Esos aspectos son los que se tratan en este trabajo, con la intención de aclarar la interpretación de la normativa que hace referencia a ello.

Palabras Claves: Código de Comercio, Comerciantes, Examen, Libros de comercio.

Trade books examination.

Some comments on a decision of the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice.

Abstract: *An issue that has been confused in Venezuelan law is that of the examination of trade books, in the sense of what is the scope for their scrutiny or investigation within a process, and what would be - according to the law- the reasons or motives for carrying out the investigation of the merchant's books, and what is the correct way to proceed. Those aspects are those that are treated in this work, with the intention of clarifying the interpretation of the regulations that refer to it.*

Keywords: *Commercial Code, Merchants, Examination, Commercial books.*

* Profesor de las asignaturas Prácticas de III Nivel (UCAB), Teoría General de la Prueba y Pruebas en el Proceso (UCAB - UCV). Jefe del Departamento de Derecho Privado y Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Jefe de Catedra de las asignaturas Teoría General de la Prueba, Pruebas en el Proceso y Prácticas. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Examen de los libros de comercio.

Algunos comentarios a una sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Salvador R. Yannuzzi Rodríguez*

RVDM, Nro. 5, 2020. pp- 17-33

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. *1.- El régimen probatorio en Venezuela. 2.- Naturaleza del examen de los libros de comercio. 3.- El examen de los libros de comercio. 4.- ¿El examen de los libros de comercio se extiende a los libros de terceros?* .CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Al revisar el Código de Comercio de Venezuela, nos percatamos de la existencia de una sección que regula la contabilidad mercantil, en la que se dispone cuáles son los libros obligatorios que debe llevar todo comerciante, así como aquellos libros facultativos; además, se indica la manera que deben llevarse, el contenido de cada uno de esos libros, y las formalidades que deben cumplirse para que se consideren que sus asientos se han efectuado regularmente. Igualmente, se revelan las prohibiciones en que puedan incurrir los comerciantes, a fin de mantener la certeza y pulcritud de la contabilidad y les enseña la forma de hacer las correcciones ante omisiones o errores en que se hayan podido incurrir en los asientos.

El mismo Código de Comercio estipula el valor probatorio de los libros obligatorios y auxiliares. De seguidas, dicho cuerpo legal establece la prohibición de pesquisa de oficio para determinar si los comerciantes llevan o no los libros, y en el primer caso si se ajustan a las disposiciones establecidas legalmente. Por otro lado, se refiere a la prohibición del examen general de los libros de comercio y regla la “exhibición” parcial de los libros y las consecuencias de la negativa a exhibirlos.

Precisamente, en estos últimos aspectos es que ha habido discrepancias de orden doctrinario, en el sentido de la manera cómo se podría hacer el examen de la contabilidad de un comerciante y el alcance de dicho examen, y cuál es la forma apropiada para

* Profesor de las asignaturas Prácticas de III Nivel (UCAB), Teoría General de la Prueba y Pruebas en el Proceso (UCAB - UCV). Jefe del Departamento de Derecho Privado y Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Jefe de Catedra de las asignaturas Teoría General de la Prueba, Pruebas en el Proceso y Practicas. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

poder efectuarlo. En ese sentido, es que se dirige este trabajo, es decir, con la finalidad de tratar de aclarar estos aspectos, en particular con el pronunciamiento que sobre “el examen de los libros de comercio”, hizo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 16 de febrero de 2006, (Acción de amparo interpuesta por U21 Casa de Bolsa, C.A.).¹

1.- El régimen probatorio en Venezuela

Con la promulgación del vigente Código de Procedimiento Civil, se cambió definitivamente el régimen de pruebas en Venezuela, al establecer dicho cuerpo legal que los litigantes para comprobar sus afirmaciones de hecho,² podrían utilizar -por ser admisibles- los medios de pruebas nominados en el Código Civil,³ las designadas en el propio Código de Procedimiento Civil,⁴ y las que estuvieren estipuladas en otras leyes de la República.⁵ Adicionalmente, el Código Adjetivo dispone que las partes pueden valerse de cualquier otro medio de prueba no prohibido expresamente por la ley, y que consideren conducente a la demostración de sus pretensiones, con lo cual consagró la libertad probatoria en el sistema judicial venezolano.

De acuerdo a lo expuesto, tenemos que existen cuatro vertientes que pueden utilizar los litigantes a fin de demostrar sus alegaciones, las que podemos dividir en legales y libres, las primeras son aquellas que están establecidas o nominadas en las leyes, como se ha mencionado precedentemente, las catalogadas en el Código Civil, en el Código de Procedimiento Civil y en cualquier ley de la República; mientras que las segundas, quedan a la discrecionalidad del litigante, siempre y cuando no estén prohibidas expresamente por la ley.⁶

¹ RAMIREZ y GARAY. Jurisprudencia Venezolana. Tomo 230. 106-06

² Ver artículo 395 del Código de Procedimiento Civil.

³ Debe recordarse que los medios de pruebas dispuestos en el Código Civil, eran los únicos que podían utilizar las partes en un juicio, por disponerlo así el Código de Procedimiento Civil de 1916. En el Código Civil se indican los siguientes medios de prueba: a) La prueba por escrito, es decir, la documental; b) Las tarjetas; c) La confesión; d) El juramento decisorio; e) La prueba de testigos; f) El peritaje o experticia; g) La inspección ocular y h) Las presunciones, las que están incluidas entre los medios de prueba.

⁴ Los medios de pruebas establecidos en el Código de Procedimiento Civil, son los siguientes: a) La inspección judicial; b) La prueba de informes; c) La reproducción; d) La reconstrucción de hechos; y e) La pericia experimental.

⁵ Entre otras Podemos indicar las siguientes: a) En la Ley Organiza para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, el informe del equipo multidisciplinario; b) En la Ley de Comercio Marítimo, el protesto de mar; c) En el Código de Comercio, el juramento supletorio y el examen de los libros de los comerciantes, al que no referimos en este trabajo. Debemos observar que el perito testigo que estuvo previsto en las abrogadas leyes sobre sustancias estupefacientes y psicotrópicas y la de salvaguarda del patrimonio público, fue restituido por decisión de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

⁶ En el caso de las pruebas libres, el juez puede determinar la inconducencia para demostrar el hecho que aspira el promovente e inadmitirla; así mismo, no podría admitirse una prueba libre cuyo resultado sea producto del azar.

En el caso que nos ocupa tenemos una prueba que existe expresamente establecida en el Código de Comercio, como lo es el examen de los libros de los comerciantes, que si bien fue creada con una intención específica, como lo es la revisión de la contabilidad de los comerciantes, sobre aspectos específicos, de acuerdo a las estipulaciones establecidas en el mencionado Código; consideramos puede ser utilizada en otros procedimientos, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil, aunque no se trate de comerciantes, a los fines de examinar los libros de contabilidad que se deben llevar por mandato de la ley.⁷

2.- Naturaleza del examen de los libros de comercio

Consideramos oportuno, que antes de referirnos al examen de los libros de comercio, establecer la naturaleza del medio de prueba previsto en el artículo 42 del Código de Comercio.

En efecto, señala la mencionada norma que “podrá el juez ordenar, aun de oficio, la presentación de los libros de comercio, solo para el examen y compulsas de los que tenga relación en la cuestión que se ventila”; por lo que la aludida disposición, a fin de promover y sustanciar el referido medio de prueba, hace referencia a los aspectos que deben cumplirse para su viabilidad, que son las siguientes: a) La presentación de los libros de comercio; b) El objeto de la presentación es para su examen y compulsas; c) Debe tener relación con lo que se ventila, lo que debe ser anunciado previamente; y d) La orden de presentar los libros puede ser oficiosa por parte del juez, aunque la parte contraria puede solicitarlo.

Al revisar el contexto indicado en la disposición, conseguimos observar que, si bien la revisión a que alude la normativa de referencia, puede tener elementos de otros medios de prueba, consideramos que “el examen de los libros de comercio” es característico del derecho mercantil,⁸ cuya finalidad es la de acopiar información parcial, contenida en los libros que el comerciante debe llevar por mandato legal o aquellos que facultativamente estime conveniente llevar para esclarecer u ordenar sus operaciones de comercio.

Ante la indicación que hace la norma que hemos transcrito parcialmente, y de la cual hemos catalogado aquellos elementos que conciernen al examen de los libros de

⁷ Podemos poner como ejemplo, los casos de los condominios, que, si bien no son comerciantes, los administradores deben llevar una contabilidad, a fin de rendir cuentas anuales a los condóminos, y en caso de inconformidad, a los fines de hacer la revisión de dichos libros, consideramos que podría usarse la prueba nominada en el Código de Comercio.

⁸ En ese sentido se pronunció la sentencia proferida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 16 de febrero de 2006, (Acción de amparo interpuesta por U21 Casa de Bolsa, C.A.), antes aludida; y al referirse a la normativa contemplada en los artículos 41 y 42 del Código de Comercio, indicó que el examen general de libros de comercio regulados en dichas normas, constituye un medio de prueba típico del derecho mercantil.

comercio, podemos observar que este medio de prueba participa de algunas actividades que corresponden a otros medios de prueba catalogados tanto en el Código Civil como en el Código de Procedimiento Civil, pero ello no significa que corresponda, en semejanza, a alguno de los que expresaremos. En ese sentido, vamos a indicar las semejanzas y las diferencias que estimamos existen entre el medio de prueba nominado en el Código de Comercio y los que están listados en el Código Civil y en el Código de Procedimiento Civil; sin embargo, antes de revelarlas, es conveniente señalar con respecto a los libros lo que a continuación se enuncia porque ello podría variar la mecánica de la sustanciación del examen de los libros.

De manera general se puede indicar que los libros de comercio son aquellos, prescritos por la ley, destinados a registrar y asentar las operaciones que realicen los comerciantes, sean personas naturales o jurídicas, cuya finalidad es llevar el control de la actividad comercial, pudiéndose determinar con ellos tanto a los acreedores y deudores, así como el patrimonio del comerciante.

Estos libros de manera tradicional son de papel, empastados, con una secuencia numérica, en cuya primera página se debe estampar una nota de apertura del libro, por el funcionario competente, mientras que en las demás hojas se estampará el sello de la oficina.⁹ Sin embargo, modernamente, se ha establecido que la normativa podrá autorizar usos de sistemas informáticos, a los fines de llevar la contabilidad, y facilitar el sistema de archivo por medio de microfilmación u otros semejantes, no solamente por el volumen de las operaciones que se realizan, sino por el ámbito geográfico en que se desarrollan, y no es más que la aplicación de la tecnología al desenvolvimiento de la actividad comercial, siempre y cuando ello garantice que la información que se acopie sea clara, completa e inequívoca en relación con los asientos individuales que deben realizarse y el estado general de los negocios del comerciante. Por tanto, el mecanismo en cuanto a la revisión de los libros de los comerciantes va a variar de acuerdo a su forma, pero la esencia será la misma.

Aclarado ese aspecto, vamos a referirnos a las semejanzas y diferencias que puede tener el examen de los libros de los comerciantes, previsto en el Código de Comercio, con otros medios de prueba legales. En consecuencia, hacemos las consideraciones siguientes:

1. Con la exhibición documental. La exhibición está referida a la presentación de un documento, que se halle o se ha hallado en poder del adversario de quien solicita su exposición, para lo cual el peticionario -con la solicitud de exhibición- debe

⁹ Ver artículo 33 del Código de Comercio.

acompañar copia del documento, o en su defecto, afirmar los datos que conozca -el solicitante- de su contenido y aportar un medio de prueba que constituya presunción grave de la posesión del documento por parte del adversario. Es decir, la promoción no se limita a exigir que se muestre el documento que se requiera, sino que la solicitud es más compleja, y de no cumplirse con dichos requerimientos, no será admitida.

Si no se concretare la exhibición del documento, se tendrá como exacto el texto del documento, de acuerdo a la copia aportada por el promovente, y en defecto de ello, se tendrán como ciertos los datos afirmados por este; salvo que quien deba mostrar el documento demuestre que el documento no se encuentra en su poder.

La exhibición no puede ser ordenada oficiosamente por el juez, por lo que necesariamente debe ser promovida o por una de las partes en el juicio. Mientras que el examen de los libros de comercio, en lo que corresponda, puede ser ordenada por el juez de oficio, si lo considera conveniente.

Al promover el examen de los libros de comercio, no se debe aportar copia alguna, tampoco se deben afirmar los datos que contengan los libros, aunque es necesario indicar claramente que es lo que se aspira examinar o comprobar, a fin de determinar si tiene relación con lo que se discute en el proceso.

Obviamente, que el comerciante requerido debe poner a la disposición del tribunal los libros de comercio solicitados, pero no tiene la obligación de presentarlos en el tribunal, por lo que su revisión debe hacerse en el lugar donde se lleven los libros. Mientras que en la exhibición documental es necesario que el intimado presente el documento en el tribunal, en la oportunidad fijada para ello.

En la exhibición documental el juez se limitará a recibir el documento si el intimado se aviene a entregarlo, o a compulsarlo, en caso de que el requerido no quiera o no pueda dejar el documento exhibido agregado al expediente. Mientras que, en el examen de los libros, estos deben inspeccionarse y se compulsará aquello que tenga relación con lo discutido en el juicio. Veremos que el juez puede apoyarse para ello en expertos, mientras que en la exhibición la compulsión del contenido del documento, de ser el caso, es un acto mecánico, mediante el cual se transcribe el documento o se obtiene una copia de él, y el juez certifica que corresponde al traslado o copia del original presentado por el requerido.

En caso de negativa del comerciante a mostrar sus libros de comercio, de acuerdo a la orden del juez, la ley no establece sanción o consecuencia alguna, salvo en el caso de que el peticionario ofrezca estar y pasar por lo que conste en los libros del contrario, y ante la negativa a exhibir, el juez puede deferir el juramento al solicitante para establecer el hecho, o decidir de lo que resulte de los libros de

quien haya formulado la solicitud, si fuere comerciante y los libros estuvieren bien llevados.¹⁰

2. Con el reconocimiento judicial. Al aludir al reconocimiento judicial, nos estamos refiriendo a la inspección judicial prevista en el artículo 472 del Código de Procedimiento Civil.¹¹

La inspección judicial, es un reconocimiento directo que realiza el juez sobre personas, lugares, cosas o documentos, con el fin de constatar o aclarar algo.

Obviamente que, en el examen de los libros del comerciante, existe la necesidad de que el juez, por mandato legal, haga el reconocimiento de ellos, a fin de ordenar realizar la compulsa de lo que se relacione con lo que se debate en el proceso, de acuerdo a lo peticionado por una de las partes o por la resolución oficiosa del juez. Este reconocimiento debe hacerlo el juez, y ante la negativa del comerciante requerido de presentar sus libros, de trasladarlos fuera de su oficina, el examen debe realizarlo un juez del lugar donde se llevaren los libros.¹² Es decir, que existe un mandato legal para que sea el juez el que debe realizar la vista de los libros, por lo que, en este aspecto, se asimila a la inspección judicial, que debe realizarla el juez, porque esta se lleva a cabo intralitem; mientras que la inspección ocular anticipada, puede ser realizada por un funcionario administrativo, como lo es el Notario.

Es necesario aclarar que el requisito de validez de la inspección judicial es la objetividad, y en ese sentido el juez que realiza el examen debe compulsar exactamente lo que se expresa en el libro o en los libros inspeccionados, que tengan relación con lo que se ventila en el juicio.

3. Con la experticia. Si bien la experticia es una actividad que se realiza en el proceso o en un procedimiento de orden judicial (como podría ser el establecido para adelantar pruebas), por personas calificadas por sus conocimientos, sobre hechos cuya percepción escapa del común de las personas; tenemos que en el caso de los libros de los comerciantes, y en los juicios en los que estén involucrados individuos que se dedican al ejercicio del comercio, no sería extraño, ni estaría fuera de su entendimiento, lo que se expresa en los libros obligatorios y facultativos que llevan para dejar asentadas sus operaciones.

¹⁰ Ver artículo 43 del Código de Comercio.

¹¹ No se hace alusión a la inspección ocular prevista en el artículo 1428 del Código Civil, habida cuenta de que ha caído en desuso, dada la versatilidad de la inspección judicial, además de estar contenida en esta.

¹² En este supuesto, se le otorgará al juez del lugar una comisión, con las instrucciones, para que proceda a realizar el examen. Ver artículo 234 del Código de Procedimiento Civil.

Como se indicó supra, corresponde al juez examinar y compulsar de los libros, aquello que tenga relación con la cuestión que se ventila, lo que eventualmente puede ser complicado para el juez, si debe correlacionar lo asentado en los libros que obligatoriamente debe llevar el comerciante requerido de presentación, así como lo estampado en los libros auxiliares o facultativos, que aclaren dichas operaciones, con lo que se discute en el juicio, por lo que podría necesitar de asistencia para ello.

Aunque el examen de los libros, no se trata de una experticia, el juez podría designar algún experto o auxiliar, a los fines de que lo asesore para ubicar aquel o aquellos aspectos vinculados a lo que se dirime en el pleito, que es lo que corresponde al espíritu de la norma.

Obviamente, que no se trata de una pericia, pero puede ser necesario este asesoramiento para ser preciso en la ubicación del punto específico y de su compulsas, a lo que nos referiremos más adelante.

Insistimos, que, si bien es cierto que podemos encontrar algunas similitudes entre los medios de pruebas enunciados y el examen de los libros de los comerciantes, esta es una prueba autónoma e independiente de los medios de prueba con los que se ha hecho la comparación.

3.- El examen de los libros de comercio

Como principio, existe una prohibición de proceder a realizar un examen general de los libros de comercio, ni por decisión oficiosa del juez ni a solicitud de parte, salvo las excepciones que establece la propia normativa, como los son: a) Los casos de sucesión universal; b) Los de comunidad de bienes; c) Los de liquidación de sociedades legales o convencionales; y d) Los casos de quiebra o atraso.

En relación con este aspecto, cabe señalar que en la sentencia a la que se ha hecho referencia, proferida en fecha 16 de febrero de 2006, por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (Acción de amparo interpuesta por U21 Casa de Bolsa, C.A.), dicha Sala expresó lo que a continuación se transcribe:

“Pero el artículo 41 citado, no impide que la contabilidad de personas extrañas a una causa pueda ser objeto de prueba, en los juicios a que se refiere esa norma, ya que en casos de sucesión universal o comunidad de bienes, muchos de los haberes partibles podrían estar en posesión de terceros, o ser el resultado de negocios con terceros y la única forma que tendrían las partes del juicio sucesoral o de partición, para que sean reconocidas sus acreencias, podría ser acudir a la contabilidad general de esos terceros. Una situación similar surge cuando se liquidan sociedades legales (como la conyugal o la concubinaria) o convencionales, ya que los bienes a partir pueden estar en poder de terceros, o ser el resultado de operaciones globales o continuadas realizadas con terceros, a veces difícil de ubicar...”

Estamos en desacuerdo con la opinión vertida en la sentencia aludida, la que se ha transcrito, habida cuenta de que consideramos que el aludido artículo 41 no se refiere a los terceros propiamente, por una parte; por la otra, esos terceros a los que alude la sentencia de la Sala Constitucional no necesariamente deben ser comerciantes, caso en el cual no están obligados a llevar la contabilidad a que se refiere el Código de Comercio. Adicionalmente, no se puede perder de vista que la norma prohíbe el examen general de los libros de comercio, y las excepciones, en nuestro concepto, están referidas a la sucesión universal del comerciante, es decir, el comerciante falleció, caso en el cual es necesario revisar la contabilidad completa, a los fines de determinar el patrimonio del causante, para precisar tanto su activo como su pasivo, no solamente a los fines de la distribución de los haberes entre sus herederos, sino que debe considerarse la carga fiscal que impone la Ley sobre sucesiones, donaciones y demás ramos conexos.

Con respecto a la segunda excepción establecida en la normativa, es decir, los casos que se refieren a liquidación de sociedades convencionales, que estén conectadas con la actividad del comerciante, es la razón por la cual se permite -en esos supuestos- hacer un examen general de los libros de comercio del comerciante que participe en la liquidación; ahora bien, si la liquidación de alguna sociedad fuere entre comerciantes, todos los involucrados estarían incluidos en la excepción legal. Si la liquidación de la sociedad convencional fuere entre un comerciante y uno que no lo es, no habría lugar a la revisión de los libros de este, debido a que no está obligado a llevarlos porque su oficio no es el ejercicio del comercio.

Dentro de la misma excepción, pero en los casos de liquidación de comunidad de bienes derivada del matrimonio, necesariamente deben respetarse los derechos del otro cónyuge, es decir, aplicar las disposiciones del Código Civil relativas a la comunidad conyugal, aplicables a la liquidación de la comunidad de gananciales, y podrá hacerse valer las capitulaciones matrimoniales, de existir estas. Si ambos cónyuges fueren comerciantes, estarían incluidos en la excepción, ya que deben llevar los libros de comercio, por mandato legal.

Así mismo, en los asuntos relativos a quiebra y a atraso, es obvia la excepción consagrada en la ley, ya que es una carga del solicitante del atraso presentar con la solicitud sus libros de comercio regularmente llevados, el balance comercial, el inventario, la lista de deudores, un estado nominativo de sus acreedores, etc.,¹³ a fin de poder realizar un examen integral de la contabilidad, con el objeto de determinar la procedencia o no de la solicitud. Mientras que, en las quiebras, el tribunal, por disponerlo la ley, procede a ocupar todos los bienes del fallido, sus libros, correspondencia y documentos, por lo

¹³ Ver artículos 898 y siguientes del Código de Comercio.

que se encuentra a disposición de la autoridad judicial todos los elementos necesarios, a los fines de hacer un examen general de la contabilidad del fallido,¹⁴ y determinar si la quiebra fue fortuita, culpable o fraudulenta. Por tanto, en estos casos es necesario examinar de manera integral la contabilidad del comerciante.

Los no comerciantes no debemos llevar ninguna especie de libros, salvo aquellos que correspondan en virtud de trámites impositivos; si bien en muchos casos, personas naturales o jurídicas, que no se dedican a la actividad comercial, llevan una contabilidad en libros, es por razones organizativas y de orden, pero la obligación de llevar una contabilidad, de acuerdo a los parámetros establecidos en el Código de Comercio, solamente aplica a los comerciantes, mientras aquellos que se dedican a otras ocupaciones que no sea el comercio, llevarán un control de su patrimonio (activos y pasivos), de conformidad con la normativa de derecho común.

En consecuencia, dejando a salvo las excepciones enunciadas, solamente podrá llevarse a cabo el examen parcial de los libros del comerciante, para lo cual es necesario atenerse a los requisitos que dispone el artículo 42 del Código de Comercio, que son los siguientes:

- a) El examen debe realizarse en el transcurso de un juicio. En efecto, la citada norma establece que “en el curso de una causa”, por lo que debe entenderse que solamente puede realizarse en un litigio.¹⁵
- b) La orden para examinar los libros debe impartirla el juez, bien porque la parte contraria lo haya solicitado, en la oportunidad que corresponda, o porque el juez oficiosamente lo considere conveniente,¹⁶ por ello la norma expresa que “podrá el juez ordenar”,¹⁷ lo que es potestativo del juez.

¹⁴ Ver artículos 914 y siguientes del Código de Comercio.

¹⁵ No puede perderse de vista de la existencia en Venezuela del procedimiento (juicio) del Retardo Perjudicial por temor fundado, que permite anticipar o adelantar pruebas ante la posibilidad de que el hecho que se aspira probar puede desaparecer o modificarse con el transcurso del tiempo. Aunque solamente la legislación (artículo 816 del Código de Procedimiento Civil), expresa que dicho procedimiento no será aplicable respecto de la prueba de confesión (debe entenderse que se refiere al mecanismo de las posiciones juradas), doctrinariamente se ha establecido de que tampoco es aplicable al juramento decisorio ni a la prueba documental, en virtud de que esta es permanente; sin embargo, estimamos que puede considerarse lo dispuesto en el artículo 44 del Código de Comercio, en cuanto al lapso que estipula la ley (10 años, computados desde el último asiento), para conservar los libros y sus comprobantes, por lo que podría darse el caso de solicitar de manera anticipada -por el interesado- el examen de los libros, que podrían destruirse por el vencimiento del lapso estipulado en la ley.

¹⁶ Esta potestad concedida al juez puede ejercerla durante la sustanciación de la causa, debido a que la norma no establece lapso alguno para ello, por lo que puede hacerle cuando lo juzgue conveniente.

¹⁷ El artículo 11 del Código de Procedimiento Civil, dispone que el juez, en materia civil, puede proceder de oficio cuando la ley lo autorice. Si bien en materia comercial, las facultades del juez son más amplias, estimamos que esta norma se puede relacionar con el mandato contenido en el artículo 42 del Código de Comercio, que es el caso en comento. Así mismo, debe considerarse lo dispuesto en el artículo 23 del Código de Procedimiento Civil que establece “Cuando la ley dice: “El juez o tribunal puede o podrá”, se entiende que lo autoriza para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y la imparcialidad”.

- c) Para los efectos del examen el juez está facultado para ordenar de oficio o a solicitud del contrario, que se presenten los libros que la ley obligatoriamente establece que el comerciante debe llevar. Así mismo, podría decidir la presentación de los libros auxiliares, cuya existencia consten en el expediente, que el comerciante lleva, ya que, de otra manera, es decir, de no constar en autos la existencia de los libros auxiliares o facultativos, se estaría imponiendo una carga -a la parte- que no podría cumplir, ante la falta de certeza de la existencia de esos libros discrecionales.
- d) La orden de presentar los libros debe estar fundamentada, bien por indicación de la parte peticionaria o por la orden oficiosa del juez, y se debe indicar el alcance del examen que se va a realizar, el que debe estar relacionado con los hechos que se debaten en el juicio.¹⁸
- e) Si el comerciante aviniera presentar los libros en la sede del tribunal, se procederá a realizar el examen, para lo cual el tribunal, de manera previa, constatará que los libros presentados cumplen con las exigencias legales para su uso, y que están llevados de acuerdo a las prescripciones de ley; una vez que se deje constancia de ello, el juez ordenará compulsar aquellos aspectos sobre los cuales se decretó el examen, que tengan relación con lo que se discute en el juicio, compulsas que pueden efectuarse bien sea por algún medio mecánico, o mediante su transcripción, por lo que quedará acreditada en el expediente, y certificada por el juez de que corresponde al traslado de los libros objeto del examen.
- f) Si el requerido para la presentación de los libros, adujere su derecho a no trasladarlos fuera de su oficina¹⁹; el examen y compulsas, de ser el caso, se llevará a cabo en dicha oficina, previa la fijación de la oportunidad para ello, por parte del tribunal de la causa, o se dará comisión para que el examen lo realice el juez del lugar donde se llevaren los libros, si esta no estuviere en el mismo sitio de la residencia del tribunal. En la citada sentencia del 16 de febrero de 2006, la Sala Constitucional dictaminó que “en estos casos el Juez debe trasladarse para hacer el examen y compulsas de tales libros en el sitio donde ellos se encuentren. Después del examen se procederá a la compulsas de los asientos que se pretenden llevar al proceso, lo que corresponde al secretario del Tribunal”. Obviamente, que la sentencia aludida se refiere al supuesto de que la oficina del comerciante y la sede del tribunal se encuentren en la misma jurisdicción.

¹⁸ Esta decisión es apelable por el interesado.

¹⁹ El Código Orgánico Tributario, ordinal 1 del artículo 145, establece el sitio en el que deben permanecer los libros y registros especiales de los contribuyentes, referentes a actividades y operaciones que se vinculen a la tributación, que por supuesto están relacionadas con las operaciones que realice el comerciante en ejercicio de su actividad.

La sentencia en comento parte del supuesto de que el juez debe conocer sobre contabilidad, por lo que está en capacidad de hacer el examen, y luego de efectuado, ordene al secretario que haga la compulsión de los asientos. Consideramos errónea esa interpretación otorgada por la Sala Constitucional, y estimamos que ante esta situación, si bien el juez debe estar presente, o su comisionado, de acuerdo a lo establecido en el aludido artículo 42, en el supuesto de que los libros a examinarse se encontraran en un lugar distinto a la residencia del tribunal de la causa; el juez puede, con fundamento a lo establecido en el artículo 1105 del Código de Comercio, para cuando le corresponda hacer examen, entre otros, de las cuentas, los libros, los documentos o registros, designar uno o tres expertos, a los fines de que procedan a efectuar el reconocimiento que corresponda e indiquen lo que tenga relación con lo que se ventila en el proceso, a fin de que establezca lo que deba compulsarse de los libros o registros, de acuerdo a los aspectos indicados para la presentación de los libros, que debe estar en consonancia con la orden emitida por el tribunal.

- g) Por el principio de publicidad de la prueba, el examen se debe realizar en un acto público, salvo que el tribunal por estimarlo necesario, determine que se procederá a puertas cerradas.
- h) Las partes podrán hacer las observaciones que estimen pertinentes al realizarse el examen de los libros.
- i) De toda la sustanciación del examen se dejará constancia en un acta que al efecto debe levantarse, por disponerlo así el artículo 25 del Código de Procedimiento Civil, que ordena que los actos del tribunal y de las partes se realicen por escrito.
- j) Es evidente que en esta oportunidad no va a existir ningún pronunciamiento del juez, ya que se limita a sustanciar la prueba, y de los aspectos que se dejen constancia es sobre lo que debe pronunciarse en la sentencia de mérito, para lo cual, de ser el caso, puede decidir qué expertos rindan un informe sobre los puntos por los que se ordenó el examen de los libros, o en todo caso, puede el juez ordenar la experticia con fundamento a los artículos 401 o 514 del Código de Procedimiento Civil, es decir, en uso de las iniciativas probatorias contempladas en dichas normas.

4.- ¿El examen de los libros de comercio se extiende a los libros de terceros?

La citada sentencia proferida por la Sala Constitucional, el 16 de febrero de 2006, determinó que el artículo 42 del Código de Comercio prevé el preciso examen y compulsión en el curso de una causa sin restringir el mismo a las partes del proceso donde se somete, sean partes o terceros. Es decir, que, de acuerdo al criterio sustentado por dicha Sala, se pueden examinar los libros de comerciantes ajenos a la controversia.

La referida conclusión no nos parece acertada, habida cuenta de que -de acuerdo al señalado criterio- se va a proceder a efectuar un examen de la contabilidad de un tercero, quien no ha tenido la oportunidad de efectuar alegato de especie alguno en el juicio, habida cuenta de que no es parte en el juicio.

En la sentencia indicada, como fundamento de la decisión, la Sala Constitucional expresa que el artículo 1104 del Código de Comercio, prevé la comparecencia de testigos (terceros) y además señala que dicha norma, también le confiere al juez la potestad de requerir la presentación de libros y documentos, por lo que debe interpretarse que son libros y documentos de terceros, ya que la iniciativa probatoria que en este sentido se otorga al juez, está en el mismo plano que la orden de comparecencia a los testigos.

Debemos discrepar de la interpretación de referencia, ya que si bien la aludida norma (artículo 1104) debe entenderse como una disposición que le otorga al juez diversas iniciativas, algunas de ellas probatorias, estas no están referidas -exclusivamente- a los terceros. Estas actividades, según el Alto Tribunal de la República, deben interpretarse de manera restrictiva. En efecto, en cuanto a esta potestad, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 8 de marzo de 1967 (Gaceta Forense 55, 2ª. Etapa. Pág.403), dictaminó: “La facultad otorgada al juez mercantil, en el artículo 1104 del Código de Comercio, constituye una excepción a la norma consagratoria del principio dispositivo y, por tanto, su estricta interpretación no da cabida para extender dicha facultad hasta el extremo de sostener que el juez puede suplantar a la parte remisa en la asunción de sus cargas procesales para suministrarle la prueba de la acción mediante un auto para mejor proveer”.

En efecto, el citado artículo le confiere al juez la facultad de ordenar la práctica de diversas diligencias, las que -repetimos- no todas tienen alcance probatorio, y en algunas de ellas no participan terceros, ya que tienen por finalidad buscar soluciones amistosas o aclarar dudas del juez. Dichas diligencias son las siguientes:

- a) La comparecencia personal de las partes para promover su conciliación. Debe notarse que este supuesto no se refiere a actividad probatoria de especie alguna, ya que la previsión es para que el juez, con vista del material existente en autos, incite a las partes a procurar un acuerdo conciliatorio, con lo que se pondría fin a la controversia de manera consensuada entre los litigantes. Si bien no es la realización de ninguna diligencia de carácter probatorio, nada tiene que ver con terceros incitar a las partes a buscar un acuerdo que ponga fin a sus diferencias.
- b) La comparecencia personal de las partes para ser interrogadas en cualquier estado de la causa. La norma no aclara si la potestad se extiende para interrogarlos sobre algún hecho que aparezca dudoso u obscuro, o para comprobar un hecho. Posiblemente, pueden ser ambas posibilidades, ya que la disposición determina

que el llamamiento se puede efectuar en cualquier estado o grado de la causa, por lo que puede ser con la intención de establecer algún hecho o de aclararlo.

En virtud de que dicha norma no lo prevé, estimamos que al no mencionarse que se debe juramentar al interrogado, no podría procederse a ello, porque se estaría imponiendo una carga a la parte no prevista en la ley, por lo que el interrogatorio sería libre.

En este supuesto, tampoco se refiere a los terceros.

- c) La comparecencia de testigos. El artículo 1104 aludido, no hace mayor referencia a este aspecto, por lo que debe considerarse que el juez tiene conocimiento de la existencia del testigo, porque aparece mencionado en alguna de las actas del proceso, bien por hacer referencia a una actividad realizada -por el testigo- conexa con lo que se discute, o de él hay noticias por la declaración de algún testigo promovido por las partes, es decir, en su deposición hizo mención de ese testigo, y de la diligencia desplegada, que corresponde a algún hecho discutido en el juicio, que al juez le parezca importante. En este supuesto, deben cumplirse con todos los requerimientos previstos en la ley para sustanciar la prueba de testigos.
- d) La presentación de libros o documentos. La norma de referencia no aclara si se trata de libros y documentos de las partes o de terceros, por lo que podría referirse a ambos. Sin embargo, estimamos que debe diferenciarse, con respecto a las consecuencias; si se trata de la parte y no concurriere al llamamiento o si concurriendo no presentare los libros o documentos exigidos, sin justificar el motivo, la ley no establece ninguna secuela a dicho comportamiento, pero el juez con vista a la doctrina de los actos propios pudiera derivar alguna conclusión de esa conducta,²⁰ o de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 505 del Código de Procedimiento Civil, el que consideramos es aplicable al “examen de los libros”, previsto en el artículo 42 del Código de Comercio, podría permitirle al juez, que ante la negativa a colaborar del intimado, interpretar la certeza de lo afirmado por el contrario, si ello ha sido el motivo del requerimiento del juez; mientras, que, si se tratare de un tercero, y este no concurriere o se negare a presentar sus libros o los documentos exigidos, ninguna sanción o consecuencia prevé la ley a su falta de colaboración.

²⁰ La Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia 000176, proferida el 20 de mayo de 2010, acogió dicha tesis, siguiendo al autor Marcelo Sebastián Miden. En dicha sentencia la Sala transcribe lo expresado por autor mencionado, que es del tenor siguiente: “la teoría de los actos propios permite otorgarle valor probatorio a determinadas conductas procesales inconsecuentes o heterogéneas de las partes -observadas inclusive en etapa probatoria-. De tal manera que, si el comportamiento procesal desplegado por la parte significa una contradicción con un obrar anterior, tal contradicción implicaría una modificación de trascendencia, pues conduciría la dirección de la litis trabada inicialmente, en sentido positivo a favor de la parte que es incitada o perjudicada por tal conducta”.

La sentencia, a la que hemos aludido, proferida por la Sala Constitucional, hace referencia a la exhibición de documentos, y obviamente que los libros lo son, y agrega que puede ser solicitada a terceros, de conformidad con lo previsto, en el artículo 437 del Código de Procedimiento Civil. Aunque ciertamente la aludida disposición estipula la obligación de terceros a exhibir documentos que se encuentren en su poder, relativos al juicio, no puede perderse de vista, que en este supuesto quien puede hacer la solicitud es una de las partes y no se encuentra dentro de las iniciativas probatorias concedidas al juez. Tampoco la norma establece consecuencia alguna a la contumacia del tercero, salvo la exigencia que el interesado pueda hacerle, de manera separada.

En consecuencia, pensamos que la disposición de referencia no está dirigida al juez, a fin de que este realice diligencias probatorias, exclusivamente, con respecto a terceros, ya que, si bien existe esa posibilidad, abarca también a los litigantes.

Así mismo, consideramos que no sería posible hacer un examen general de los libros de comercio del tercero; en primer lugar, por la prohibición establecida en el artículo 41 del Código de Comercio, salvo que se encuentre en uno de los supuestos de excepción establecidos en la citada disposición, tal y como se expresó precedentemente; y en segundo lugar, porque el examen debe hacerse sobre un aspecto determinado, establecido previamente en la orden, ya que el tercero puede argüir de que lo requerido nada tiene que ver con sus operaciones o cualquier otro motivo que pueda constituir una justa causa para no presentar sus libros.

CONCLUSIONES

Como corolario de lo expuesto, consideramos oportuno señalar lo siguiente:

- a) El examen de los libros de los comerciantes es un medio de prueba nominado en el Código de Comercio.
- b) El examen de los libros de los comerciantes es un medio de prueba típico del derecho mercantil, tal como también lo ha señalado la Sala de Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia a la que se ha hecho referencia, del 16 de febrero de 2002.
- c) Dicho medio de prueba puede ser promovido por las partes, pero también el juez puede ordenar oficiosamente el examen de los libros de comercio.
- d) En ambos casos debe indicarse lo que se aspira probar con dicho examen, a fin de determinar si tiene relación con lo que se discute en el juicio.
- e) El examen solo alcance los libros que obligatoriamente debe llevar el comerciante, de acuerdo con ley; los libros facultativos pueden exigirse siempre y cuando se acredite indudablemente, cuales libros auxiliares lleve el comerciante.

-
- f) El examen de los libros del comerciante no puede ser general, salvo en los casos de sucesión, liquidación de sociedades legales o convencionales, y en los casos de atraso y quiebra.
 - g) No obstante que el examen de los libros de los comerciantes es un medio de prueba típico del derecho mercantil, puede utilizarse para realizar un examen de otras contabilidades, de conformidad con lo establecido en el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil.
 - h) La sustanciación de dicho medio de prueba es compleja, y participa de algunos elementos para tramitar otros medios de prueba, como sería la exhibición documental, la inspección judicial y la experticia, aunque no es aplicable la normativa de dichos medios de prueba para realizar el examen de los libros de los comerciantes, no puede obviarse que hay actividades que pueden considerarse comunes.
 - i) Necesariamente la evacuación de dicho medio de prueba, debe ser dirigida por el juez, bien sea el juez de la causa o su comisionado, de no encontrarse los libros del comerciante en la jurisdicción del tribunal de la causa.
 - j) El juez puede asesorarse por expertos, en la realización del examen, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1105 del Código de Comercio.
 - k) El examen de los libros de los comerciantes no puede extenderse a terceros, no obstante, la postura en contra de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.
 - l) Podría el juez, en uso de las iniciativas que le confiere el artículo 1104 del Código de Comercio, solicitar la exhibición de los libros de las partes o de terceros.

BIBLIOGRAFÍA

- Código de Comercio Venezolano. Editorial La Torre. Caracas. Venezuela. 1970
- Código de Procedimiento Civil. Legislación Económica. Gráficas Arauca, C.A. Caracas.
- Ramirez y Garay. Jurisprudencia Venezolana. Tomo 230. Caracas, noviembre de dos mil veinte (2020)