

## **INCIDENCIA DE LA CONTABILIDAD EN LA DETERMINACION DE LA CUANTIA DEL SINIESTRO**

### **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN CIVIL**

Magistrado Ponente: ALBERTO OSPINA BOTERO

Bogotá, D.E., diez (10) de Octubre de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por x.x.x. contra la sentencia del 28 de julio de 1989, que profirió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el proceso ordinario instaurado por Ovidio Carmona Ríos y Cía. Ltda. Para Soldar Ltda.. contra la aquí recurrente.

#### **ANTECEDENTES**

1.- Por demanda presentada ante el Juzgado 4º. Civil del Circuito de Medellín solicitó el mencionado demandante, que con audiencia de la referida demanda se declarase que ésta "debe pagar a la Sociedad de este domicilio Ovidio Carmona Ríos y Cía. Ltda.. Para Soldar Limitada el monto del siniestro asegurado a través de la Póliza de sustracción con violencia No.x.x.x expedida el 28 de Enero de 1986, siniestro que asciende a la suma de \$15.802.736.31 o la suma que se llegare a probar en este proceso.

"Declarará también que la demandada está obligada a pagarle a Para Soldar Ltda.. los perjuicios causados al negarse abusivamente a cubrirle el monto del siniestro a pesar de habersele hecho la reclamación formal y haber cumplido las exigencias necesarias para probar la ocurrencia de dicho siniestro y su cuantía, lo cual se hizo a partir del 20 de marzo y se perfeccionó con el envío de la documentación efectuada el 10 de junio de 1986.

"Subsidiariamente solicito se declare que en lugar de los perjuicios la demanda debe pagar a la demandante, además del monto del siniestro, intereses del 18% anual y hasta que se efectúe el pago".

II.- Las pretensiones transcritas las apoyó el demandante en los hechos que se resumen de la manera siguiente:

- A) Para Soldar Ltda. Celebró con x.x.x. un contrato de seguro contra el riesgo de "sustracción con violencia" que amparaba mercancías y enseres en su establecimiento comercial, ubicado en Medellín, calle 30 No. 54 - 25, por la suma de \$22.230.000.00, en razón de lo cual se expidió la póliza x.x.x., el 28 de Enero de 1986, con amparo retroactivo del 9 de diciembre de 1985, culminando así un proceso que tomó varios días.
- B) Estando vigente la póliza, Para Soldar Ltda.. fue víctima de una sustracción violenta de mercancías de su propiedad, en su establecimiento, según se denunció ante la inspección de permanencia No.4 de Medellín, el 10 de febrero de 1986, sustracción ocurrida entre el viernes 7 y el 10 de febrero, a través de un boquete que los ladrones hicieron en un local colindante que se

encontraba vacío, de lo que se dio aviso a x.x.x mediante carta del 11 de febrero, para cumplir la cláusula doce de la póliza.

- C) Efectuados los inventarios se concluyó que lo sustraído equivalía a \$15.802.736.31, y así se le hizo saber a x.x.x. en carta de 20 de marzo de 1986, con la cual se formuló la reclamación del siniestro y se ofreció la documentación que requiriera, por lo que ésta designó a Ajustadores Asociados Ltda.. para recibir y estudiar el reclamo, según carta de 8 de marzo de 1986, en la que además solicitaron la prueba de la cuantía de la pérdida, al desestimar los inventarios de diciembre de 1985 y enero de 1986, que le fueron remitidos, momento a partir del cual el proceso de reclamación se tornó difícil.
- D) En comunicación del 14 de abril siguiente x.x.x objetó la reclamación y pidió una documentación que le fue remitida a Ajustadores Asociados con carta de 15 de mayo, pero en nota de 19 del mismo mes, ratificada por x.x.x. el 3 de junio de 1986. Ajustadores Asociados pidió documentación adicional, manifestando que todavía no podían considerar la carta de mayo 15 como una reclamación formal, con lo cual empezaron a eludir la responsabilidad contractual "al no aceptar ninguna reclamación como formal, y al no darle pautas claras a Para Soldar Ltda., sobre que tipo de documentación debía acompañar para hacer efectiva la póliza".
- E) Para Soldar Ltda. Envío documentación adicional con carta de 10 de junio de 1986, y puso a disposición de Ajustadores Asociados la que estimó imposible de remitir, sin embargo el 2 de julio de 1986 Ajustadores Asociados pidió a Para Soldar nueva información, ajena a determinar la ocurrencia del siniestro y cuantía de la pérdida. En carta del 17 de septiembre, enviada a Ajustadores Asociados, se le dieron las explicaciones pedidas, no obstante "x.x.x. ha guardado desde la fecha un mutismo absoluto", por lo cual se le pidió respuesta en teles del 12 de noviembre de 1986, contestado con teles del 14 de noviembre siguiente, en el sentido de que el reclamo estaba en estudio y que "definirían la situación en el curso de la siguiente semana".
- F) "De conformidad con la cláusula doce de las condiciones generales de la póliza, la aseguradora está en libertad de pedir al asegurado toda la información referente a la reclamación," al origen y a la causa del siniestro y a las circunstancias bajo las cuales las pérdidas o daños se han producido, **siempre que sean tendientes a acreditar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida** (subrayas fuera del texto). x.x.x. al pedir información no pertinente está abusando del derecho conferido, con lo cual le está causando perjuicios a PARA SOLDAR LTDA.- incluido el abuso del derecho mencionado en el numeral anterior, x.x.x no ha reconocido ni mucho menos pagado el monto de la reclamación presentada a pesar de habersele acreditado el siniestro y su cuantía por parte de PARA SOLDAR. Lo peor de todo y que nuevamente pone en claro el abuso del derecho por parte de la aseguradora es que sus objeciones carecen de fundamento y de pautas claras para que PARA SOLDAR pueda tratar de satisfacer sus pedidos".

III.- La demandada compareció oponiéndose y formulando excepciones denominadas petición antes de tiempo, incumplimiento del contrato, inexistencia de la mora, nulidad del contrato, terminación del contrato de seguros por incumplimiento de la garantía y terminación del contrato de coexistencia de seguros. Por aparte presentó demanda de reconvencción solicitando la declaratoria de nulidad del contrato de seguros con

indemnización de perjuicios, fundada en una falta de capacidad del Gerente de Para Soldar Ltda., de quien dice requería para suscribirlo autorización previa de la Junta de Socios, por tener cuantía superior a \$500.000.

IV.- La primera instancia terminó con sentencia de 20 de enero de 1989, mediante la cual se condenó a la demandada a pagar indemnización conforme con la póliza, definiendo la determinación de las mercancías sustraídas y su valor a un trámite incidental, y con intereses al 18% anual a partir del 10 de junio de 1986. Se declararon infundadas las excepciones y se denegaron las súplicas de la demanda de reconvencción.

V.- Inconforme la demanda inicial con la resolución precedente interpuso el recurso de apelación, al cual adhirió la demandante, habiendo terminado el segundo grado de jurisdicción con fallo de 28 de Julio de 1989, modificadorio del proferido por el a-quo, en el sentido de que la condena se hizo en suma concreta \$15.802.736.31, con sus intereses en la forma señalada por el Juzgado, razón por la cual la parte demandada interpuso el recurso extraordinario de casación de que ahora se ocupa la Corte.

## **LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL**

Una vez que el Tribunal determina las características, partes y forma como se perfecciona el contrato de seguro, dice que el asegurado-demandante dio aviso dentro del término legal a la Aseguradora sobre la ocurrencia del siniestro, de conformidad con el artículo 1075 del C.Co., y que formuló reclamación formal a partir de marzo 20 de 1986 (folios 21 y 24 C. 1º). Que luego de un abundante intercambio de correspondencia entre las partes x. .x .x reiteró objeción a la reclamación, afirmando que no se demostró el siniestro ni la cuantía de la pérdida resultante, afirmación que, agrega el Tribunal, desconoce la abundante prueba aducida como evidencia del siniestro.

Relaciona luego el Tribunal esas pruebas señalando, respecto del siniestro, la denuncia penal formulada ante la inspección 4º de permanencia - tercer turno, del Barrio Belén (Medellín), el 10 de febrero de 1986, por parte de Ovidio Cardona Ríos, la prueba testimonial que ratificó ese acontecer, proveniente de Heriberto Villada Pérez, Jesús Eduardo Palacios Marín, Jaime de Jesús de los Ríos Mosquera y Nicolás Humberto Marín Duque; y la manifestación hecha por x. x. x. al relacionar el hecho 8 de su demanda, afirmando que con ocasión del siniestro sufrió perjuicios, "lo que es un reconocimiento de tal evento".

Pasa luego el Tribunal a ocuparse de la cuantía de la pérdida y dice que la Aseguradora apoya su dialéctica en la doble contabilidad que advierten los peritos en su estudio, pero que básicamente se trata de un faltante de mercancía de la Bodega del Asegurado, con ocasión del hurto de que fue víctima, lo cual es un hecho físico, que se demuestra "mediante una simple operación matemática que se obtiene de tomar la referencia del inventario del día conforme al Kardex de tarjetas, al cual se suma la cantidad de mercancías obtenidas por compra, y se le resta el volumen de mercancía deducible por venta o devolución o por otros conceptos: de esta operación ha de resultar una cantidad igual a la de la existencia física a la fecha, o sea de su estado real. Si la cifra es inferior, obviamente de esa diferencia aparece el faltante.

Analiza el Tribunal lo dicho en los dos dictámenes periciales, el inicial y el de la objeción al primero, para señalar que contiene los elementos físicos a que se ha

referido, y agrega "Con fundamento en una sencilla operación ya referida, tomando el inventario físico actual, al que se le suman las compras y se le restan las ventas efectuadas durante ese día quedando siempre un saldo, que es el que se denomina saldo permanente que debe coincidir con el inventario físico. Si de compararlo con el Kardex que se lleva por el sistema de tarjetas, resulta inconformidad, es por causa de los faltantes. Para lo cual no se requiere utilizar los libros registrados, pues el Kardex no necesita registro ni es exigido legalmente, porque la contabilidad fiscal no maneja esta forma contable. Solo el estado financiero que se hace cada año el 31 de Diciembre, y que presenta el inventario final se lleva en el libro de inventarios y balances, en el que se exige su registro.

"Como en el caso de estudio, se pretende concretar la cuantía de la pérdida con ocasión del siniestro y la única forma según lo expresado de determinar el faltante, es con fundamento en el estudio del inventario por Kardex, que conforme a lo explicado concurrentemente en ambos estudios periciales, para nada se ha utilizado ni se requiere el auxilio de la contabilidad fiscal o de libros registrados. Síguese que como la empresa asegurada no tuvo que echar mano de esa forma de contabilidad, y por supuesto tal información lejos de ser fraudulenta, es expresión de validez y de la realidad del faltante de la mercancía amparada.

"Como los dos estudios periciales, ambos objeto de aclaración, tiene clara y sería fundamentación y convergen en relacionar íntegramente la forma contable de la empresa asegurada, no hay lugar a declarar el error grave conque fue atacado el primer dictamen. Todo lo contrario su ponderado análisis de gran utilidad para la demostración de la cuantía de la pérdida se adopta como un medio de convicción serio científico, que conduce a darle plena evidencia al valor demandado por la asegurada. Por consiguiente, se confirmará la decisión recurrida en cuanto deduce plena responsabilidad de la compañía aseguradora demandada y la obliga a pagar el valor de indemnización conforme a la póliza x. x. x. emitida a favor de la accionante asegurada. Condenación que se verá modificada por que concretará su valor a la suma de \$15.802.736.31. como se analizó con lo que se resuelve la apelación de la actora.

A continuación se refiere el Tribunal a las principales excepciones formuladas por la demandada, manifestando que adopta los argumentos del fallador de primera instancia.

Complementa el Tribunal su referencia a las excepciones en la siguiente forma. Con relación al punto de que se debía allegar por el actor al demandado mensualmente, una relación de las mercancías existentes al finalizar el mes; también por sustracción de materia hay que rechazarlo por cuanto si la póliza fue constituida el 28 de Enero de 1986 y el siniestro asegurado se produjo entre el 7 y el 10 de febrero siguientes conforme a la cláusula 2<sup>a</sup> de la póliza no hubo oportunidad de la información solicitada.

"Respecto de la nulidad del contrato fundada en que el representante legal de la accionante, para comprometer a su representada por encima de \$500.000.00. debía tener la autorización de la junta de socios, por sustracción de materia es también inconsistente toda vez que el valor de la prima de \$2.915.00 que es en realidad a lo que equivale el compromiso en esta negociación, está muy por debajo del limitante citado. Las demás consideraciones del proveimiento atacado, son válidas tanto para el rechazo de éste medio de oposición, como para las pretensiones de la acumulada. Por lo que se les acogerá.

"En relación a la `terminación del contrato de seguros por incumplimiento de la garantía y por coexistencia de seguros,´ apenas esbozados en su precariedad nominal- pues nada comprueban también es innecesario otras consideraciones a las expuestas con suficiencia en la sentencia de la A-quo por lo que se mantendrá su rechazo".

## **EL RECURSO DE CASACIÓN**

Tres cargos formula el recurrente, los dos primeros, con fundamento en la causal primera de casación y el tercero con fundamento en la causal segunda, de los cuales se estudiará el tercero en primer lugar, por corresponder a un error in procedendo.

### **TERCER CARGO**

Sostiénese en esta censura que el Tribunal Incurrió en la segunda de las causales de casación, por incongruencia de la sentencia, al fallar extrapetita, con manifiesta violación de los artículos 82-2 y 305 del C. de P.C.

Dice el censor que el demandante formuló, como segunda pretensión principal, petición para que la Aseguradora demandada fuera condenada al pago de los perjuicios causados por la mora en cubrir el valor del siniestro, o sea, que demandó una indemnización plena por el incumplimiento, de conformidad con el derecho otorgado por el segundo inciso del Art. 1080 del C. de Co.

Que el pago de intereses moratorios a partir del vencimiento del plazo para el pago del siniestro, a la tasa del 18% anual, prevista al inciso 1º del mismo artículo, sólo se pidió por el demandante como pretensión subsidiaria.

Que no obstante lo anterior el Tribunal condenó a la compañía demandada al pago de la pretensión subsidiaria como si fuera principal.

"Una simple comparación entre lo pedido por el demandante y lo otorgado por el sentenciador muestra que al paso que el demandante pidió, como pretensión principal, la reparación compensatoria total del daño sufrido por la falta de pago de la prestación del asegurador, y tan sólo en subsidio el pago de intereses por retardo a la tasa del dieciocho por ciento anual el Tribunal, sin tener en cuenta la condicionalidad de la acumulación subjetiva de las pretensiones contenidas en la demanda le atribuyó como principal lo que el demandante pidió en subsidio, o sea los intereses por retardo al 18% anual contados desde que presentó la reclamación al asegurador.

"Al no tener en cuenta la subsidiariedad de la pretensión de intereses y condenar al demandado a pagar como principal tales intereses, sin tener en cuenta que la acumulación de pretensiones era condicional, causa el fallador de segundo grado grave perjuicio a la Compañía Aseguradora demandada porque le impone una condena a resarcir un perjuicio por un concepto distinto al que fue pedido, sin considerar que el demandante no había comprobado en el proceso que el no pago de la prestación del asegurador le hubiere inferido perjuicio".

## **SE CONSIDERA**

1.- La causal por inconsonancia requiere interés en el recurrente que la alega, esto es, que la misma le cause un agravio, puesto que los recursos son medios establecidos

por la ley para que las partes obtengan la corrección de los errores judiciales que les afectan. Sin ese perjuicio el recurrente carece de legitimación para impugnar el fallo.

Ahora bien, cuando se condene una pretensión subsidiaria sin que se hubiera considerado la principal, el afectado es el demandante, en cuanto en ese preciso punto el fallo peca por mínima petita. El demandado no resulta afectado por ese hecho, dentro del ámbito de la causal segunda, que constituye un error in procedendo y no uno in iudicando. Es el demandante, en este caso, quien ve insatisfecho el estudio de la totalidad de sus pretensiones.

En sentencia del 22 de Agosto de 1974, dijo la Corte: "Presupuesto indispensable para la procedencia del derecho de impugnación de las resoluciones judiciales, y, por ende, para el recurso extraordinario de casación, es la existencia de interés legítimo en el impugnador, el que se concreta en el agravio que la providencia atacada cause al recurrente... es vano el cargo por inconsonancia ha dicho la Corte cuando, aunque la sentencia no esté acorde con las pretensiones deducidas por la parte demandante, quien invoca la causal segunda por tal motivo no es esta parte sino el demandado, a quien no perjudica esa inconsonancia" (G.J.T. LXXIX, P.855 y CXLVIII P. 207 Ordinario de Compañía Eléctrica de Doima S.A. contra Honorio Pérez Salazar).

2.- No está pues llamado a prosperar este cargo.

### **PRIMER CARGO**

Se hace consistir en quebranto de los arts. 1077-1, 1080, y 1085 del C. de Co. por aplicación indebida y 2, 822, 1045-4, 1047-9, 1054, 1056, 1072, 1082, 1088 y 1089 del C. de Co., 1541, 1542, 1608-3 y 1615 del C.C. por falta de aplicación, a consecuencia de errores de hecho en la apreciación de unas pruebas y de derecho en la apreciación de otras, éstos con violación medio de los artículos 185 y 226 y siguientes y 271 del C. de P. C. y 71, 72, 73 y 74 del C. de Co.

Dice el censor que el Tribunal en su fallo estima demostrados el siniestro y la cuantía de la pérdida sufrida por el asegurado. Que para ello asimila siniestro a "ocurrencia material de un hecho ilícito", es decir, a la violencia ejercida sobre los lugares donde se encontraban tales cosas" (la mercancía), y no a la realización del riesgo asegurado, como lo define la ley, y que concretamente aquí consiste en la sustracción con violencia de mercancías en el sitio indicado en la póliza para que ellas permanecieran, es decir en el Almacén del Asegurado. Y que da por demostrada la pérdida sufrida por Para Soldar Ltda. con los dictámenes periciales que arrojan cantidad líquida de dinero deducida de un libro auxiliar de inventarios que forma parte de la doble contabilidad del asegurado".

Que esos yerros del fallo son el resultado de errores evidentes en la apreciación de las pruebas.

En relación con el siniestro dice que el Tribunal no miró la Póliza contentiva del contrato de seguro (folio 13 y ss. C. 1º.) y por ello no vio cual era el riesgo asegurado, incurriendo así en error de hecho, y que la sustracción de la mercancía no se demuestra "por la presencia en los autos de copia de la denuncia penal", ni con su ratificación, como lo sostuvo el Tribunal. Que eso son simples afirmaciones del demandante sin valor de testimonio, y que además no se cumplieron los requisitos para su traslado, pues en el asunto penal no fue parte la Aseguradora, por lo que incurrió aquí el Tribunal en error de derecho.

Agrega luego el censor que los testimonios recibidos a terceros sólo demuestran, "probablemente", que hubo violencia en el local donde estaban las mercancías del asegurado "pero jamás que el tal local se encontraban mercancías del asegurado, ni cuales eran esas mercancías". Que se adicionaron las declaraciones para deducir hechos que los testigos no mencionaron. Relaciona luego el censor los testimonios de Heriberto Villada Pérez, Jesús Eduardo Palacios Marín, Jaime de Jesús de los Ríos, y Nicolás Humberto Marín transcribiendo algunos apartes de sus declaraciones, y concluye afirmando que ninguno da razón de cuáles fueron las cosas sustraídas, por lo cual el Tribunal incurrió aquí también en yerro táctico.

En relación con la cuantía de las pérdidas afirma que el Tribunal otorgó valor probatorio, a través de la estimación de los dictámenes periciales rendidos en el proceso, a una doble contabilidad de Para Soldar Ltda.. y que en últimas apoyo, el valor de esa cuantía, en las constancias de un Kardex de inventarios, que forma parte de la doble contabilidad,, con el argumento de que no se trata de un libro de contabilidad que deba registrarse, incurriendo así en error de derecho.

Los dictámenes que advierten sobre la existencia de la doble contabilidad, dice, son los visto a folios 14 a 19 y 25 a 26 del cuaderno llamado "demanda de reconvencción, y 3 al 13 y 15 a 16 del cuaderno número 6, correspondientes al dictamen inicial y su aclaración y al dictamen decretado como prueba de la objeción al primero, y su aclaración.

Destaca luego dos puntos en el razonamiento del Tribunal a) Da a entender que no es necesario acudir a la contabilidad del asegurado para establecer el valor de las mercancías, a lo cual llegó a consecuencia del error de hecho al no mirar la póliza, pues desconoció así su cláusula octava, del siguiente tenor: "El asegurado debe llevar contabilidad de sus negocios de acuerdo con las normas establecidas por la ley y se obliga con la Compañía a exhibir sus libros en horas hábiles de trabajo, durante la vigencia de la póliza": b) Admite que la doble contabilidad acredita el valor de las mercancías, sin tomar en cuenta que es prueba prohibida por la ley, al tenor de los arts. 48, 49, 50, 51,52,53, 55, 56 y 59 del C. de Co.

Desconoce entonces el Tribunal que los libros de contabilidad registrados y regularmente llevados prueban plenamente, según los artículos 68, 69 y 70 del C de Co. pero que en cambio los irregularmente Llevados nada prueban y " menos aún si son fraudulentos", según los artículos 72 y 74 del C. de Co., y 271 del C. de P. C.

Recuerda que al asegurado le corresponde la demostración del siniestro y de la cuantía de las pérdidas, y que tiene una mayor responsabilidad en caso de siniestro cuando el seguro recae sobre un conjunto de cosas, conforme con el artículo 1085 ibidem.

Concluye el censor en la siguiente forma: "Por todo ello, cuando el juzgador de segundo grado encuentra demostrada la ocurrencia del siniestro, o sea la realización del riesgo asegurado, riesgo que, en este caso, era la sustracción de las cosas que se encontraban en el local del asegurado, y encuentra también demostrado en el proceso que el asegurado sufrió como consecuencia de ese hecho una pérdida que evalúa en cantidad líquida de dinero, sin que en realidad de verdad ninguna de estas dos circunstancias estén comprobadas, aplica indebidamente al caso las normas que le

dan derecho al asegurado para obtener del asegurado el pago de la prestación prometida para el caso de siniestro por el contrato de seguro.

"Y al aplicar indebidamente los efectos jurídicos previstos en esas normas, correlativamente el sentenciador de segundo grado deja de aplicar a favor del asegurador demandado las normas del mismo Código que prevén que el seguro es un contrato del cual surge para el asegurador obligación condicional, que esta condición es suspensiva de su obligación, que para que nazca la obligación del asegurador es necesario que la condición se realice totalmente, así como las complementarias del Código Civil que regulan estos mismo puntos y que ha debido aplicar el sentenciador por mandato de los artículos 2 y 822 del Código de Comercio.

"Y como la violación de la ley provenientes de los errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, lleva al sentenciador de segundo grado a condenar al asegurador demandado a pagar una prestación que no debe, porque no está cumplida la carga del asegurado de demostrar la ocurrencia y cuantía del siniestro, con intereses moratorios que tampoco pueden ser impuestos, si es que el Tribunal de Medellín leyó alguna vez los artículos 1077 y 1080 del Código de Comercio, como los correlativos del Código Civil que rigen las consecuencias de la mora, sin duda alguna que resulta ser la sentencia perjudicial para el asegurador demandado, lo cual autoriza el quiebre total del fallo impugnado, como comedidamente lo pido a la Corte a través de este cargo".

## **SE CONSIDERA**

1.- Como se dejó visto el ataque contra la sentencia del Tribunal, por errores de hecho y de derecho en la apropiación probatoria, se extiende a sus decisiones fundamentales, a saber: tener por demostrada la ocurrencia del siniestro objeto del contrato de seguros y su cuantía.

2.- El Tribunal apoyó la primera decisión, ocurrencia del siniestro, en tres soportes probatorios expresos: La denuncia por el delito de hurto formulada por el asegurado ante la inspección de permanencia No. 4. B. Belén, Medellín, el 10 de febrero de 1986 (folios 19 y 20 C.1º.) los testimonios rendidos en el proceso ordinario por Heriberto Villada Pérez, Jesús Eduardo Palacios Marín, Jaime de Jesús de los Ríos Mosquera y Nicolás Humberto Marín Duque, y el contenido de la demanda de reconvención presentado por x. x. x. específicamente lo dicho al relacionar el hecho 8 de la demanda principal. Tácita o implícitamente se apoyó también en la póliza contentiva del contrato del seguro.

Se expresó así el Tribunal en relación con el tercer soporte mencionado:

"pero es que incluso, en la demanda de reconvención de x. x. x. al relacionar el hecho 8 de su demanda, manifiesta, que con ocasión del siniestro la Aseguradora sufrió perjuicios, lo que es un reconocimiento de tal evento".

3. El casacionista, sin embargo, no impugna ese tercer soporte, pues todo su ataque se endereza contra los dos primeros, es decir contra el valor probatoria que dice le dio el Tribunal a la denuncia penal formulada por el asegurado, y contra la apreciación de los testimonios rendidos por terceros. También ataca la interpretación dada al contrato de seguros contenido en la póliza, en punto a la naturaleza del siniestro, pero ningún comentario le merece la apreciación probatoria de la demanda de mutua petición.

4.- Reiteradamente ha dicho la corte que cuando el ataque en casación radica en la infracción de norma sustancial, causal primera del Art.368 del C. de P. C., sólo puede aspirarse al quiebre de la sentencia acusada si se impugnan exitosamente todos los cimientos en que viene edificada. "Atacar apenas alguno o algunos de ellos, pues, pugna con la técnica que informa al recurso extraordinario de casación, como que se entiende que aún cuando ellos saliesen airosos, los que se dejaron al margen de la censura continuarían sirviendo de soporte al fallo combatido, desde luego que la Corte estaría por lo mismo impedida para examinarlos" (30 de noviembre de 1988, Ordinario de Rigoberto Segura Paz contra María Donelia Hernández).

5.- No está pues llamado a prosperar el cargo en esta primera parte, es decir, en relación con la ocurrencia del siniestro, que el Tribunal dio por establecida.

6.- En punto a la cuantía del siniestro el Tribunal se apoyó en los dos dictámenes periciales rendidos en el proceso, el segundo con ocasión de la objeción del primero, y en las aclaraciones hechas al uno y al otro. Específicamente encontró que eran atendibles las conclusiones de los peritos, según las cuales del estudio de las tarjetas de kardex de inventarios diarios llevados por el demandante, ajustadas con los comprobantes de compras y ventas del día del siniestro. Y comparado el resultado con el inventario físico posterior, se establecía el monto de las pérdidas, igual a los faltantes.

7.- Como quedo dicho el casacionista ve en el acogimiento de esta prueba por parte del Tribunal un error de derecho, en primer lugar porque también los peritos afirmaron, en términos generales, que el asegurado llevaba una doble contabilidad, a la cual el artículo 74 del C. de Co. le resta eficacia probatoria, en el sentido de que sólo prueba en contra y no a favor de quien la lleva.

No se advierte sin embargo el error de derecho por ese aspecto, en la apreciación de la prueba, pues en realidad el tribunal no acogió como demostrada la cuantía del siniestro a pesar de la doble contabilidad, es decir, desconociendo su idoneidad probatoria. Sino que estimo que la doble contabilidad no podía predicarse en lo atinente a los inventarios permanentes llevados a través de las tarjetas de kardex, pues no se llevaban por partida doble.

Los peritos encontraron que el asegurado llevaba, respecto de algunos movimientos, una contabilidad 1 y una contabilidad 2, la primera registrada y la segunda sin registrar, pero también concluyen que "este inventario permanente lo lleva la empresa en forma real y no tiene nada que ver con la contabilidad "1" ni con la contabilidad "2", pues en éste se recopila la totalidad de las compras de la empresa, lo mismo que la totalidad del costo de ventas y éste solamente indica el monto o valor de la mercancía existente en el negocio en un momento dado. Es decir el inventario permanente de la empresa se maneja independientemente de las dos contabilidades antes citadas" (folio 10, C. 6, dictamen de la objeción).

Esa fundamentación, como quedó dicho, fue acogida por el Tribunal, sin reservas.

En realidad, de los dictámenes periciales no se infiere la existencia de una doble contabilidad en el sentido del Art.74 del C. de Co. sino la existencia simplemente de una contabilidad dividida. La doble contabilidad, según el inciso 2 del artículo citado, ocurre cuando "un comerciante lleva dos o más libros iguales en los que registra en forma diferente las mismas operaciones, o cuando tenga distintos comprobantes sobre los mismos actos". Puede advertirse, del contenido de la disposición, que lo que el

legislador califica de doble contabilidad es la circunstancia de llevar el comerciante libros paralelos, con unas mismas operaciones pero registradas en forma distinta, o respaldadas en comprobantes distintos, es decir la incompatibilidad de los libros.

Los peritos no dan fe de una tal incompatibilidad en los libros de comercio del asegurado, sino de que las operaciones no se asientan todas en un libro único, según su función, puesto que se asientan por separado, dividiendo lo que debe permanecer unido, con fines tributarios, según aparece confesado (C.1º. fl. 66). Así

Pues los libros no registran las mismas operaciones, ni están éstas respaldadas en comprobantes contradictorios entre si, lo cual constituye el supuesto de hecho de la llamada doble contabilidad del Art, 74 del C. de Co.

Dijeron los primeros peritos que " en los libros registrados en la Cámara de Comercio no está asentada la totalidad de la contabilidad de la empresa", pues encontraron asentada parte de ella en los libros no registrados; la primera es la que se ha llamado contabilidad 1 y la segunda contabilidad 2. Los peritos designados a propósito de la objeción al primer dictamen confirmaron lo anterior, según ellos las dos contabilidades requieren sumarse para llegar a la contabilidad total: "y al haber dos contabilidades éstas sumadas deben coincidir con los libros auxiliares que abarcan las dos. . . En conjunto reflejan el movimiento económico de la empresa".

8.- En segundo lugar, ve el casacionista el yerro de derecho fundado en que la ineficacia predicada por el inciso 1 del Art.74 del C. de Co. cobija cualquier fraude en la contabilidad del comerciante.

Sin embargo, la norma, después de mencionar la doble contabilidad, se refiere a "cualquier otro fraude de la naturaleza", es decir, de la misma naturaleza que el fraude de la doble contabilidad, o sea cualquier otro fraude por contabilidad contradictoria o incompatible, aunque no se traduzca formalmente en una contabilidad llevada doblemente, lo cual, según se dejó visto, no ocurre en el caso que ocupa a la Corte, pues la contabilidad dividida que lleva el demandante-asegurado no ofrece esas características, ni los peritos establecieron que en alguna otra forma la contabilidad no correspondiera a los hechos reales, todo lo contrario, la encontraron congruente y respaldada, tomada en su conjunto:

No se advierte tampoco el yerro de derecho por este aspecto.

9.- Pero el casacionista también cita en su apoyo el artículo 271 del C. de P. C., que otorga valor probatorio a los libros de comercio "siempre que estén llevados en legal forma", y los artículos 68, 69 y 70 del C. de Co. que en conjunto establecen regla similar, para concluir que sólo la contabilidad regular y legalmente llevada constituye plena prueba.

Son dos los motivos legales de ineficacia probatoria de los libros de comercio; la doble contabilidad o fraude similar y la contabilidad irregularmente llevada. En ninguno de los dos casos los libros prueban a favor.

La doble contabilidad, o fraude similar, suponen la existencia de una contabilidad para engañar a terceros, que puede estar regularmente llevada, es decir acomodada formalmente a los requisitos legales, pero que no obstante resulta ineficaz, por ocultar las operaciones verdaderas. La contabilidad irregular por su lado también es ineficaz, por no ajustarse a las formalidades legales, así refleje operaciones verdaderas.

Aquí ocurre lo segundo, pues según quedó visto la contabilidad del asegurado no es regular, dado que en parte está registrada y en parte no, en cuanto a libros que no tiene por qué llevarse separados.

Según el primer dictamen pericial, que detalló el asunto, el asegurado tiene registrados los libros mayor y balances, cada diario, y cuenta y razón, pero respecto de este último se llevan dos cuentas, la segunda sin registrar, es decir, hay compras, ventas y devoluciones en libros no registrados, que sirvieron de fundamento a los peritos para determinar la mercancía faltante a causa del siniestro y su monto, según ellos mismos lo afirman.

Además, anotaron los peritos que el libro mayor y balances "presenta varias enmendaduras y borrones". el Caja Diario "presente saldos a lápiz enmendaduras y borrones a folios 21 de agosto de 1983, 39 de enero de 1984, 47 de marzo de 1984, 80, de marzo de 1986". No dicen los expertos que se hubieran hecho las salvedades correspondientes a esas correcciones, como lo determina el numeral 3 del Art.57 del C. de Co. cuestión aclarada en parte por los segundos peritos: " tal como lo dice el dictamen objetando, el Caja-Diario presenta este tipo de anomalías y no están en enmendadas o salvadas con nuevo asiento en la fecha en que se advierten".

Estas irregularidades se constataron también en forma directa, en diligencia de exhibición del libro

De inventarios y balances, en lo correspondiente a febrero de 1986, diligencia llevada a cabo por el Juzgado el 6 de mayo de 1988 (C. 6 F.2), y dentro de la cual se observaron borrones sin salvar y folios sin terminar.

Pues bien, al tenor del Art.28 No. 7 del C. de Co. los comerciantes deben inscribir en el registro mercantil sus libros de contabilidad, entendiéndose por éstos "los que determine la ley como obligatorios y los auxiliares necesarios para el completo entendimiento de aquellos (Art.49 ibidem). Si bien el legislador no ha determinado cuáles son los libros obligatorios, para desarrollar ese Art.49, ninguna duda puede haber de que se viola el espíritu de esas disposiciones legales cuando se registran los libros esenciales a las exigencias básicas de la contabilidad en forma dividida, es decir, unas operaciones sí y otras no.

Cabe notar que el decreto 1798 de 1990, expedido, publicado y vigente desde el 6 de agosto del mismo año, y que desarrolla, según su texto, los artículos 50 y 56 del C. de Co., relativos a la forma de llevar la contabilidad- insistiendo en que debe ser registrada- faculta a los comerciantes y a los establecimientos del comercio para registrar únicamente los libros que estimen necesarios, con lo cual el Gobierno, al menos por ahora, se ha abstenido expresamente de señalar libros de registro obligatorio, sin dejar de lado, puesto que no podría hacerlo, la obligatoriedad misma del registro, sólo que dejando librado al criterio de los comerciantes la determinación de cuáles son sus libros básicos de contabilidad a registrar.

Pero aún hoy día, esa facultad, no significa que se puedan escindir las operaciones comerciales , pues en esta forma se atenta contra la finalidad misma del registro, es decir, contra la publicidad, seguridad y fidelidad que con el se buscan.

Por otra parte el art.58 del C. de Co., refiriéndose a los libros con enmendaduras y correcciones sin salvar, dispone: "Los libros en que se comentan dichas irregularidades carecerán, además, de todo valor legal como prueba en favor del comerciante que los lleve".

Si, pues, los libros de comercio de Para Soldar Ltda., están irregularmente llevados, no podían constituirse en prueba del monto del valor del siniestro, es decir en prueba a favor del propietario de los mismos, como equivocadamente lo preció el Tribunal, desconociendo el tenor del Art.271 del C. de P. C., y sus correspondientes del Código de Comercio, e incurriendo, por lo mismo en el error de derecho que le endilga el censor.

10.- Está llamado entonces a prosperar el cargo en relación con la condena líquida impuesta por el Tribunal, y como subsisten las demás decisiones del fallo, debe estudiarse el siguiente cargo.

## SEGUNDO CARGO

Se hace consistir en quebranto directo de los artículos 1077 y 1080 del C. de Co., por interpretación errónea, y, 2.822, 1045-4, 1047-9, 1054, 1056, 1073, 1082, 1088 y 1089 del C. de Co. 1541, 1542, 1742, 1608-3, y 1615 del C.C., por falta de aplicación.

Dice el censor que según el Tribunal la prueba de la ocurrencia del siniestro y cuantía de las pérdidas se suministró por el asegurado dentro del proceso, y no ante el asegurador, y que si eso fue así no entiende cómo pudo aplicar el Art. 1080 del C. de Co. para condenar a la Compañía a pagar "intereses sobre el valor de la indemnización debida al asegurado", ni cómo pudo contarlos "desde que el asegurado presentó la reclamación al asegurador".

Que si de hecho y con fundamento en el citado Art. 1080 se condenó al asegurador al pago del siniestro, e intereses del valor liquidado, a partir de la fecha en que se presentó la reclamación, fue por interpretación equivocada de la norma, "pues el artículo 1080... lo que verdaderamente dice es **que mientras el asegurado no de la prueba a que se refiere el Art.1077 del C. de Co., el asegurador no debe nada, però dándose, todavía no se encuentra el asegurador en mora de pagar suma alguna de dinero porque disfruta de un plazo para pagar**, contado a partir del momento en que el asegurado suministra la prueba de la ocurrencia del siniestro y la del valor de la pérdida que sufrió".

En otras palabras, argumenta el censor que si la prueba del siniestro y su cuantía sólo ocurrió dentro del proceso no podía el Tribunal condenar al pago de intereses a partir de la reclamación extrajudicial al asegurado, precisamente por falta de esas pruebas para ese momento, y que además, si se hubieran aportado, tampoco procedería su pago a partir de la reclamación, por otorgar la ley un plazo de sesenta días.

Más adelante agrega "Si el asegurador no se encuentra en mora sino después de transcurridos los sesenta días siguientes al en que el asegurado le demuestre que ocurrió el siniestro y cuando lo que perdió como consecuencia de su ocurrencia, evidentemente no puede ser condenado a pagar intereses por retardo culpable, ni mucho menos indemnización por el retardo, como lo hizo el Tribunal de Medellín en este caso".

"Al proceder así, derechamente viola el Tribunal las citadas normas sustanciales, por interpretación errónea, pues entendiéndolas en el sentido de que el asegurador está en mora cuando no paga el siniestro, claramente aplica los efectos jurídicos en ellas previstos con un sentido que no tienen, causando así notorio agravio a la parte demandada".

Concluye el casacionista su ataque en la siguiente forma: "Y deja de aplicar el sentenciados como consecuencia de la interpretación errónea de los artículos 1077 y 1080 del Código de Comercio, las siguientes normas del mismo Código: el artículo 1045-4 que establece que la obligación del asegurador es condicional, el artículo 1047-9 que ordena insertar en la póliza los riesgos que el asegurador toma a su cargo; el artículo 1054, en cuanto dispone que la realización del riesgo da origen a la obligación del asegurador; el 1056 que establece que con las restricciones legales, el asegurador puede, a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurador; el artículo 1072 que llama siniestro a la realización del riesgo asegurado, el 1082 que dispone que los seguros de daños pueden ser reales o patrimoniales; el 1088 que prevé que respecto del asegurado los seguros de daños son contratos de mera indemnización y jamás pueden constituir para el asegurado fuente de enriquecimiento; y el artículo 1089 en cuanto dispone que la indemnización no excederá en ningún caso del valor real de interés asegurado en el momento del siniestro ni del monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o beneficiario.

"Y por falta de aplicación, viola también el sentenciador como efecto propio de la interpretación errónea antes apuntada, las siguientes regla del Código Civil que ha debido aplicar por mandato de los artículos 2 y 822 del Código de Comercio, es a saber: el artículo 1541 que ordena que las condiciones deben cumplirse literalmente en la forma convenida y el 1542 que dispone que no puede exigirse el cumplimiento de la obligación condicional sino cumplida la condición totalmente; el artículo 1615 que dispone que se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora y el 1608-3 que ordena que el deudor de obligación condicional como la del asegurador- no está en mora sino desde que sea requerido judicialmente por el acreedor, norma esta que es modificada para efectos del contrato de seguro por el establecimiento del plazo de sesenta días consagrados en el artículo 1080 del Código de Comercio".

## **SE CONSIDERA**

1.- Al prosperar el cargo anteriormente estudiado se cae la condena líquida impuesta por el Tribunal, pero subsiste la obligación de pagar, sobre el monto que pudiere llegar a determinarse, intereses de mora, a la tasa del 18% anual, desde el 10 de junio de 1986. Esta es la condena objeto de ataque en el cargo de que ahora se ocupa la Corte.

2.- Se pretende, como quedó expuesto, que se impuso la condena al pago de intereses de mora como si ésta se debiera a partir de la ocurrencia del siniestro, y no de la presentación ante la Aseguradora de la reclamación correspondiente, aparejada de las pruebas del siniestro y su cuantía, y una vez transcurrido un plazo de 60 días, según el contenido de los artículos 1077 y 1080 del C. de Co., vigentes a la sazón, interpretación errónea que se atribuye al Tribunal sobre la base de que éste afirmó que la prueba de la ocurrencia del siniestro y su monto sólo se dio en el curso del proceso.

3.- Pero del estudio de la sentencia del Tribunal no aparece una afirmación semejante. Ciertamente que el Tribunal no hizo afirmación expresa en el sentido de que durante el proceso de reclamación se hubieran aportado a la aseguradora las pruebas del siniestro y su cuantía, pero si está implícita tal consideración dentro de la argumentación que fundamentó su fallo.

Como ya se había visto el Tribunal considero demostrada la ocurrencia del siniestro, en primer lugar, con la copia de la denuncia penal formulada ante la inspección de Permanencia número 4 del Barrio Belén -Medellín-, de la cual dijo que era una relación circunstanciada de los hechos que configuran la entidad delictiva que dio lugar a la sustracción violenta de los bienes". Esta prueba la encontró ratificada con las declaraciones testimoniales recibidas en el proceso, y con el reconocimiento que dijo se hizo en la demanda de reconvención. Ahora bien, la denuncia penal a que se refirió el Tribunal obró como parte de la documentación presentada extrajudicialmente a la aseguradora, en el proceso de reclamación, y así está entendido en la sentencia.

De otra parte el Tribunal al estimar la prueba pericial practicada en el proceso fundamento su convicción sobre la cuantía del siniestro en las inferencias hechas por los expertos a través del estudio de las tarjetas del kardex de inventarios y los comprobantes de compras, ventas y devoluciones, para la época del siniestro.

Dijo el Tribunal: "...y la única forma según lo expresado de determinar el faltante, es con fundamento en el estudio del inventario por Kardex...".

Pues bien, ese sistema de inventarios formó parte de la documentación que en un momento dado tuvo a su disposición la aseguradora, dentro del proceso de reclamación, y así lo señala el Tribunal al relacionar los antecedentes del litigio.

4.- Si, pues, el Tribunal encontró como pruebas del siniestro y su cuantía las que estuvieron a disposición de la aseguradora, en el curso complejo que siguió la reclamación, mal puede afirmarse que desconociera el sentido y alcance de los arts. 1077 y 1080 del C. de Co. en ese aspecto.

5.- En cambio, desconoció sí la sentencia del Tribunal el alcance de lo dispuesto en el Art. 1080 del C. de Co., en cuanto no observó que la obligación de pagar el valor del siniestro estaba sujeta al plazo suspensivo de 60 días, contados a partir de "la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite aún extrajudicialmente, su derecho ante el asegurador de acuerdo con el Art. 1077", fecha que el demandante Para Soldar Ltda., señaló como el 10 de junio de 1986, al formularse sus pretensiones, y que fue acogida por el Tribunal como punto de partida de la obligación a pagar intereses de mora, sin más explicaciones. Olvidando la existencia del plazo para la exigibilidad del capital.

Por ese equivocado entendimiento de la disposición legal se condenó a la demandada a pagar intereses moratorios anteriores a la exigibilidad de la obligación, con clara violación de la ley sustancial.

6.- Así las cosas, el cargo resulta fundado.

## **SENTENCIA SUSTITUTIVA**

Para efectos de proferir la sentencia de instancia correspondiente, la Corte considera:

1.- Como se dijo, prospera el recurso de casación en cuanto al monto líquido del valor del siniestro a pagar por la Compañía demandada a la sociedad demandante, según la determinación del Tribunal.

2.- No encuentra la Corte manera de decretar pruebas de oficio para determinar dicho monto, dado que no podría insistir en el análisis de unos libros y documentos

contables mal llevados, es decir llevados contrariando las disposiciones legales y las estipulaciones contractuales (Cláusula Octava).

3.- El artículo 307 del C. de P.C., reformado, dispone que "la condena al pago de frutos, intereses, mejoras, perjuicios u otra cosa semejante, se hará en la sentencia por cantidad y valor determinados", lo que resulta imposible en este proceso, por carencia de pruebas idóneas.

4.- Se impone entonces la absolución de la Compañía demandada, puesto que correspondía a la Sociedad demandante la carga probatoria, no sólo en punto a la ocurrencia del siniestro sino también de su cuantía (Art.177 C.P.C.).

La obligación objeto de las pretensiones de la demanda no quedó así debidamente configurada en todos sus elementos.

### **RESOLUCIÓN:**

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de fecha 28 de julio de 1989, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en este proceso ordinario instaurado por Ovidio Carmona Ríos y Cía. Ltda., Para Soldar Ltda. Contra x. x. x. y situándose como fallador de instancia resuelve.

1º - REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado 4º. Civil del Circuito de Medellín el 20 de Enero de 1989.

2º - DENEGAR Las pretensiones de la demanda y por tanto, absolver a la sociedad demanda x. x. x.

3º - Costas de las dos instancias a cargo de la parte demandante.

No hay lugar a costas en el recurso extraordinario de casación.

COPIESE, NOTIFIQUESE, DEVUELVA EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN Y PUBLIQUESE EN LA GACETA JUDICIAL.

CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS. EDUARDO GARCIA SARMIENTO, PEDRO LAFONT PIANETTA. HECTOR MARIN NARANJO. ALBERTO OSPINA BOTERO, ARTURO VALENCIA ZEA- Conjuez.