

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACION CIVIL**

Magistrado Ponente: Dr. JORGE SANTOS BALLESTEROS

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil uno (2001).

Ref.: Expediente No. 6492

Decide la Corte los recursos de casación interpuestos por la demandada GASES DEL CARIBE S.A. y la llamada en garantía SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR S.A. contra la sentencia proferida el 30 de mayo de 1996 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, dentro del proceso ordinario que contra la primera instauró AMINTA ARCINIEGAS DE FLOREZ y ANGEL BENJAMIN, YOLANDA, YOHNNYS ANTONIO, JAIME, WILLIAM JORGE, EUCARIS AIDE y LUZ MARINA FLOREZ ARCINIEGAS.

A N T E C E D E N T E S:

A. En demanda que por reparto correspondió conocer al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Santa Marta, los demandantes indicados pidieron que con citación y audiencia de GASES DEL CARIBE S.A., y previo el trámite correspondiente al proceso ordinario, se declarase a la demandada civilmente responsable de los perjuicios morales y materiales por la muerte de José Antonio Flórez Alvarado, ocurrida el 19 de noviembre de 1990 en Santa Marta, a consecuencia del estallido de un cilindro de gas propano; perjuicios morales tasados en la demanda en el equivalente en pesos a un mil gramos oro liquidados a la fecha de ejecutoria de la sentencia que los reconozca; y perjuicios materiales, en sus modalidades de daño emergente y lucro cesante, e intereses comerciales y moratorios, amén de reajuste de las sumas por razón de devaluación, determinables esos perjuicios con base en que el occiso al momento de su muerte percibía "una remuneración de noventa mil pesos (\$90.000) y había nacido el 10 de diciembre de 1933". Pidieron además que la demandada fuese condenada al pago del valor de la vivienda destruida por razón de la explosión.

B. Las súplicas tuvieron como fundamento los hechos que a continuación se compendian:

Narra la demanda que el 19 de noviembre de 1990, Luis Carlos Elías Castro, yerno de José Antonio Flórez Alvarado, a la sazón víctima fatal de la explosión, pidió al joven Víctor Manuel Nieves que le hiciera el favor de llevar a las dependencias de Gases del Caribe S.A., un cilindro de 8 libras para ser llenado. Ya en el sitio, el joven entregó el cilindro al empleado encargado de llenarlo, quien lo tomó y lo llenó con la manguera conductora del gas, la que no contaba con medidor alguno, por lo que su labor la realizó "al ojo. Esto ocurrió a las 9.00 a.m. del día 19 de noviembre de 1990".

"Víctor Manuel Nieves regresó a la casa de la familia Flórez Arciniegas y le hizo entrega del cilindro lleno al Sr. Luis Carlos Elías Castro, yerno del señor José Antonio Flórez Alvarado (q.e.p.d.), quien lo tomó y lo puso sobre una mesa, junto a su cama, acto seguido se acostó a dormir". Y aproximadamente a las 11:00 a.m. del mismo día, el cilindro "hizo explosión solo, sin que nadie lo hubiese movido ni existiera causa externa alguna que hubiera dado lugar a dicha explosión, ya que la única persona que se encontraba en la habitación era el señor Luis Carlos Elías Castro, quien se encontraba dormido".

Se dice en el libelo que al momento del estallido, que hizo volar el techo de la casa, el señor José Antonio Flórez se encontraba arreglando el vehículo de su propiedad en la puerta de su casa. El 19 de noviembre de 1990 fue internado en el Hospital San Juan de Dios, con quemaduras de tercer grado que le causaron la muerte el 27 de noviembre de 1990.

Por conducto de apoderado judicial, la demandada compareció al proceso en el que además de oponerse a las pretensiones y manifestar no constarle la mayoría de los hechos, formuló llamamiento en garantía a SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR S.A. por haber tomado la demandada con esta aseguradora, un seguro de responsabilidad civil extracontractual hasta por la suma de \$150 millones, según la póliza No. 1652. Y así, compareció al proceso SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR S.A., para oponerse a las pretensiones de la demanda, manifestar no constarle ningún hecho de la misma y formular como excepciones las que denominó "exoneración de responsabilidad frente al demandante y al demandado" y "exoneración de responsabilidad de la llamada en garantía por ausencia de cobertura". En su escrito de contestación a la demanda y al llamamiento en garantía, la aseguradora expresó que en efecto Gases del Caribe tenía con ella una póliza de responsabilidad civil extracontractual, en virtud de la cual la compañía de seguros entraba a responder "hasta el límite de cobertura por evento que existiese en el amparo respectivo, en el evento de que contractualmente existiere dicha cobertura para la fecha del accidente, es decir, si las causas presuntas del incendio tuvieran cobertura dentro de dicho contrato y no haya sido objeto de exclusión dentro de las condiciones generales de la póliza o contrato de seguro, o por exclusión especial; así como deberá resultar probada la responsabilidad del asegurado". Formuló dos excepciones de mérito; una, que denominó "exoneración de responsabilidad frente al demandante y al demandado", para el caso de que la entidad llamada en garantía "llegase a ser excluida del proceso por circunstancias de carácter procesal no generadas por la llamada en garantía". Y otra, "por ausencia de cobertura", fundamentada en la falta de cobertura y exclusión de la póliza, para el evento de que se probasen los hechos manifestados por el demandante en el hecho 3º de la demanda", referido éste a la manera como ocurrieron los hechos antecedentes inmediatos de la explosión.

B. La primera instancia concluyó con sentencia desestimatoria de las pretensiones de la demanda, porque el a quo consideró que a pesar de la existencia del accidente, no se puede afirmar que el cilindro de gas fue el que lo ocasionó. Los actores impugnaron en apelación la decisión, ante lo cual el Tribunal resolvió en la sentencia objeto de la casación, revocar íntegramente la del a quo, por lo que la demandada y la llamada en garantía interpusieron cada una sendos recursos de casación de los que ahora se ocupa la Sala.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Previo resumen del litigio, del fallo del juez a quo y de los argumentos de la apelación, y tras evidenciar que no existe causa invalidatoria de lo actuado, el Tribunal recuerda que quien por sí o a través de sus agentes cause daño a otro, originado en hecho o culpa suyos, está obligado a resarcirlo, que las personas jurídicas –de conformidad con pautas jurisprudenciales ya decantadas- responden de manera directa por el comportamiento de sus agentes por los daños por ellos cometidos en el ejercicio o con ocasión de sus funciones y que cuando el daño tiene su fuente en una actividad peligrosa, la culpa se presume, por lo que la víctima debe sólo demostrar que los hechos provienen de una actividad peligrosa y que los perjuicios sufridos tienen su causa en esos hechos, quedando entonces a cargo del demandado la prueba del caso fortuito o fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o de un tercero, para exonerarse de la responsabilidad endilgada. Y en amparo de tales asertos, reproduce apartes de jurisprudencia de la Corte sobre el punto.

Enmarcado en esos parámetros, desciende el Tribunal al caso sometido a su decisión, con el análisis del daño y del nexo causal. Del primero dice que su existencia resulta totalmente clara pues "del caudal probatorio se tiene que efectivamente el 19 de noviembre de 1990, en la casa de la familia Flórez Arciniegas, estalló un cilindro de gas propano, ocasionando un incendio que destruyó la vivienda y causó quemaduras a varias personas entre ellas al señor José Antonio Flórez Alvarado, quien falleció el día 27 del mismo mes y año, según certificado de defunción" aportado.

Esta conclusión la soporta el Tribunal con las declaraciones de José Miguel Elías Castro -hermano de Luís Carlos, a la sazón dueño del cilindro de gas que mandó llenar- y Alfredo Rafael Mendoza Zambrano, de las que copia apartes y predica que "coinciden en las circunstancias de modo, tiempo y lugar y dan por consiguiente razón de sus dichos".

Del nexo causal, previene que "en este tipo de reclamaciones es indispensable que aparezca plenamente establecida la relación de causalidad entre el daño y la culpa del agente que lo ocasionó, salvo cuando éste último elemento debe presumirse". Manifiesta que es evidente que el daño se produjo por el estallido del cilindro de gas que compró Víctor Manuel Nieves Mejía a la empresa Gases del Caribe S.A., pues si bien en la habitación donde se produjo la explosión había dos cilindros, es totalmente cierto que uno de ellos estaba vacío, lo que descarta que éste hubiese sido el que explotó, como así se desprende de la declaración de José Miguel Elías Castro, la cual reproduce parcialmente. También le resulta claro al Tribunal que las quemaduras producidas por la conflagración fueron la causa de la muerte de Flórez Alvarado.

Concluye el Tribunal: "dentro de los derroteros de una lógica elemental se impone inferir, con seguridad plena, que la conflagración que causó el daño tuvo su origen en el cilindro lleno de gas propano que compró el señor Víctor Manuel Nieves Mejía a la empresa Gases del Caribe S.A., compra que se acredita en el proceso mediante el recibo No. 12344 del 19 de noviembre de 1990 y por los testimonios que se han relatado"

Resalta y copia luego apartes de los testimonios de Jorge Eliécer Acuña, del que dice que es de importancia suma, y de Víctor Manuel Nieves Mejía, para deducir que de los testimonios obrantes en el proceso se dan los elementos axiológicos de la acción indemnizatoria incoada, por lo que no queda alternativa distinta a la de declarar civilmente responsable a la empresa Gases del Caribe S.A.

Se ocupa enseguida del llamamiento en garantía que esta demandada hizo de Seguros Comerciales Bolívar S.A., para lo cual esboza algunos razonamientos teóricos en torno de la solemnidad del contrato de seguro, que requiere la expedición y suscripción de la póliza por el asegurador con inclusión de los requisitos consagrados en el artículo 1047 del Código de Comercio. Alude a la póliza flotante, de la que explica que doctrinalmente se ha concluido que los solos certificados, autónomamente considerados, no prueban el seguro pues corresponde apenas a anexos de la póliza. Y así, deja establecido que en este caso Gases del Caribe presentó copias de los certificados de seguro y de la póliza 1652, con los cuales prueba el contrato de seguro, vigente para la época del siniestro y de la que no tiene duda acerca de que ampara las lesiones o daños causados a terceros, por lo que no están llamadas a prosperar las excepciones propuestas por la llamada en garantía, sin que lo anterior signifique que la suma asegurada cubra el total del valor de los perjuicios que debe pagar la demandada, "lo cual no obsta para que la compañía aseguradora pague hasta el monto del valor asegurado, en virtud del convenio".

Pasa a ocuparse de la liquidación de los perjuicios materiales, para lo cual tiene en cuenta que se halla acreditado "fehacientemente en el proceso que el occiso, José Antonio Flórez Alvarado, desarrollaba una actividad lucrativa y productiva, la

cual le generaba unos ingresos estimados en la suma de \$90.000,00 mensuales aproximadamente. Por consiguiente y por esa misma razón se le reconocerá a la cónyuge superviviente y a su hijo menor lo correspondiente al salario que devengaba para la época del infortunio, desde luego, actualizados con base en el índice de precios al consumidor, de noviembre de 1990 (inicial) y abril de 1996 (final); de dicho resultado se deducirá un 25% como gastos propios de la víctima y el resto se dividirá en partes iguales. La víctima percibirá hasta la vida probable, es decir, hasta los 68 años de edad –como se tiene establecido en nuestro país-, y el hijo hasta la mayoría de edad”.

En desarrollo de lo anterior y con las operaciones matemáticas que incluye en el fallo, concluye el Tribunal que bajo el rubro de “indemnización debida”, para Aminta Arciniégas de Flórez (cónyuge superviviente) debe la demandada la suma de \$8.016.470,38 y para Angel Benjamín Flórez Arciniégas (hijo) la suma de \$8.016.470,38. Bajo el rubro “indemnización futura” destina el Tribunal a la cónyuge la cantidad de \$4.431.870,38 y al hijo mencionado la suma de \$4.491.111. Como daño emergente, constituido por la vivienda destruida, el Tribunal actualiza el avalúo pericial (\$2.732.400,00) que arroja la suma de \$8.512.676,80 para un gran total por perjuicios materiales de \$33.470.598,94.

En cuanto a los perjuicios morales, señala el Tribunal que estos deben ser probados aunque han de presumirse si se acredita la relación de parentesco entre víctima y demandantes y de que estos no son cuantificables. De estos supuestos parte para concluir que en el presente caso está plenamente demostrado que el occiso José Antonio Flórez Arciniégas fue el esposo legítimo de Aminta Arciniégas y que Angel Benjamín, Yolanda, Yohnys Antonio, Jaime, William Jorge, Eucaris Aideé y Luz Marina Flórez Arciniégas eran sus hijos, por lo que el Tribunal considera prudente reconocer por concepto de daños morales puramente subjetivos una suma de dinero equivalente a trescientos (300) gramos oro a cada uno de los demandantes.

Y así, resuelve el Tribunal infirmar la sentencia del a quo y en su lugar declarar civilmente responsable a Gases del Caribe S.A. de los perjuicios que el fallecimiento de José Antonio Flórez causó a Aminta Arciniégas de Flórez, Angel Benjamín, Yolanda, Yohnys Antonio, Jaime, William Jorge, Eucaris Aideé y Luz Marina Flórez Arciniégas. Como consecuencia, condenó a la demandada a pagar a cada uno de los actores acabados de mencionar la suma de trescientos gramos oro “dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, por concepto de perjuicios morales subjetivos”. Igualmente condenó a la demandada a pagar a todos los demandantes anotados la cantidad de \$33.470.598,94 “conforme a la liquidación practicada en la parte motiva de este fallo, también dentro de los diez (10) siguientes a su ejecutoria”. Y accedió “parcialmente a las peticiones contenidas en el llamamiento en garantía, propuestas por la empresa Gases del Caribe S. A. en el sentido de ordenar a Seguros Comerciales Bolívar S.A. pagar los perjuicios hasta el monto de la suma asegurada”.

LAS DEMANDAS DE CASACION

La Corte entrará a estudiar en primera medida el recurso de casación de la demandada en vista de que si prospera el quiebre del fallo a consecuencia de los cargos allí enunciados se hace inútil el estudio de la demanda de casación de la llamada en garantía.

SEGUNDO CARGO DE LA PRIMERA DEMANDA

Se abordará en primer lugar el segundo cargo de la primera demanda en virtud de que su alcance infirmativo abarca toda la sentencia, a pesar de que el primero sea por violación directa de la ley y aquel por violación indirecta, dado que el primer cargo sólo hace referencia a la cuantía de los perjuicios morales deducidos en la sentencia y a la inclusión de todos los hijos en los perjuicios materiales.

Como se dijo, en el segundo cargo se acusa la sentencia de violar indirectamente, por el concepto de aplicación indebida, los artículos 1612, 1613, 1614, 1615, 2341, 2342 y 2356 del Código Civil, 875 del Código de Comercio y 8 y 48 de la ley 153 de 1887. Y por falta de aplicación violó el artículo 2357 del Código Civil, todo a consecuencia de manifiestos errores de hecho en la apreciación de las pruebas.

Se afirma que sin identificar el hecho que generó el estallido del tanque de gas propano, el Tribunal señaló a Gases del Caribe S.A. como culpable de los daños causados en esa conflagración, fundado en que José Miguel Elías Castro y Alfredo Rafael Mendoza Zambrano dieron testimonio del estallido del cilindro, del consiguiente incendio y de los daños causados, sin percatarse el Tribunal de que tales testigos eran de oídas. Se fundó el Tribunal también en que Víctor Manuel Nieves Mejía compró a Gases del Caribe S.A. el cilindro mencionado, lo que acreditó con el recibo No. 12344 del 19 de noviembre de 1990; en que otro testigo, Jorge Eliécer Acuña, dijo que estaba presente cuando se envió a Víctor Manuel a llenar el cilindro pero que estaba ausente cuando lo trajeron y que sólo intervino después de la explosión. Relata la censura que principalmente el Tribunal respaldó sus conclusiones en la declaración de Víctor Manuel Nieves Mejía, quien manifestó que se le pidió el favor de hacer llenar el cilindro, para lo cual compró el bono –no el cilindro– y, entonces, en Gases del Caribe le recibieron el cilindro que era de 8 libras. Continúa el cargo con otros pormenores de la declaración de Nieves para concluir que ninguno de los declarantes presencié el momento en que el cilindro estalló y ninguno depone cuál fue la causa de la explosión. “Solamente el testigo Nieves Mejía insinúa que la conflagración pudo ocurrir porque el cilindro se rellenó mucho y a ojo, y porque cuando lo trajo estaba botando gas”.

Acusa al Tribunal de haber pasado por alto la diligencia de inspección judicial en la que el *a quo* dejó constancia de que en las instalaciones de Gases del Caribe se encontró un equipo de prueba hidrostática con el que se establecen las condiciones de los cilindros de gas dañados ya sea por su base o por su manija, que luego encontró el equipo de llenado de cilindros, el cual se detiene cuando se llena el cilindro hasta la cantidad predeterminada. Con cita de la experticia, dice el censor que el Tribunal no vio tampoco que en el dictamen pericial se afirma que en las instalaciones de Gases del Caribe ‘la plataforma de llenado se hace con las técnicas requeridas’, pruebas que acreditan el llenado técnico de los cilindros en la empresa demandada contrariamente a lo insinuado por los testigos Nieves (se llenan a ojo) y Acuña (se llenan sin medidor).

Prosigue con la declaración de José Miguel Elías Castro, hermano de Luis Carlos Elías, en cuya habitación explotó el cilindro, de la que dice que el Tribunal le hizo decir más de lo que ella expresa, pues no advirtió esa Corporación que “tener noticia” –son las palabras usadas por el testigo– de un acontecimiento no es lo mismo que haberlo presenciado, y tampoco advirtió que el testigo dijo que sabe que el cilindro explotó porque él antes lo había visto lleno en la mesa del cuarto donde su hermano dormía, contestación que no es demostrativa de que exista relación íntima de causa a efecto, pues él no estaba presente en el momento de la explosión. Dice que el Tribunal no tuvo en cuenta que el declarante afirmó que el cilindro estaba “bien cuidado” y que cuando entró al cuarto todo estaba normal, lo cual indica que no es cierto que el gas se estuviera saliendo del cilindro por exceso de su llenado, como lo asevera Nieves Mejía.

Asimismo, erró el Tribunal al considerar que los peritos dictaminaron sobre los perjuicios o daños producidos a la casa en donde ocurrió la explosión, pues en esa experticia, lo que se expresa es el valor comercial del lote de terreno y de la casa levantada allí.

El censor expresa que el Tribunal cometió error de hecho al considerar, con base en el recibo No. 12344 y en declaraciones de Nieves, Elías y Mendoza, que el cilindro de gas fue comprado a Gases del Caribe, “siendo que ese recibo,

expedido el 19 de noviembre de 1990, como lo declara el testigo Víctor Manuel Nieves Mejía, es el bono adquirido por él en esa fecha para tener derecho a que el cilindro fuera llenado con gas" de la demandada.

Alude la censura a que el Tribunal dedujo la muerte de Flórez Alvarado y los perjuicios padecidos por la viuda y los hijos "siendo que no existe prueba de que por hecho o culpa de algún dependiente de Gases del Caribe se haya producido el estallido". Concluye que no existe una sola prueba de que empleados o dependientes de esta empresa hayan producido la chispa que encendió el gas o produjo la explosión "y es cosa averiguada, es hecho notorio dispensado de ser probado, que el gas propano por sí solo no genera incendio, pues para alcanzar tal efecto, es indispensable, absolutamente necesario, producir una chispa que al ponerse en contacto con el gas lo prende y lo hace explotar si está encerrado". Pasó por alto el ad quem que en el dictamen pericial se dijo que el cilindro estalló porque su base estaba corroída y las paredes metálicas se habían debilitado, hecho que no puede atribuirse a Gases del Caribe.

Expresa que el Tribunal no vio que existió culpa de las propias víctimas, pues permitieron negligentemente que en su casa de habitación Luis Carlos Elías tuviera en su mesa de noche un cilindro de gas que al decir de Nieves Mejía había quedado llenado en exceso, culpa que obligaba a reducir el monto de la indemnización, según lo dispone el artículo 2357 del Código Civil.

CONSIDERACIONES

Los hechos sobre los que gira el presente caso son en síntesis los siguientes: que Víctor Manuel Nieves, a petición de Luis Carlos Elías, llevó un cilindro de gas de 8 libras a Gases del Caribe para ser llenado allí, que en efecto allí se llenó sin las medidas de control requeridas para esa actividad (aspectos que controvierte la demandada), que el cilindro quedó llenado en exceso (también controvertido por la demandada), lo que evidenció Nieves cuando lo transportaba en bus camino a casa de quien le encomendó esa labor, es decir, de Luis Carlos Elías, quien lo recibió y se acostó a dormir colocando el cilindro en su dormitorio (lo cual denota para la demandada un comportamiento negligente) el que poco después hizo explosión, causando heridas y luego la muerte a Flórez Alvarado, causa de los perjuicios materiales y morales que la cónyuge supérstite y los hijos demandan.

Todos estos hechos se hallaron acreditados por el Tribunal y el debate probatorio giró en torno de ellos, de modo que ese fundamento fáctico de la sentencia y que arriba quedó sintetizado es el que debe atacar el censor mediante la formulación inequívoca y contundente de errores de hecho manifiestos y trascendentes que conduzcan a la demostración de la violación de la ley sustancial.

Con esa óptica se detendrá la Corte en el análisis del cargo, no sin antes repasar algunos elementos técnicos que gobiernan buena parte de la presentación y sustentación de la demanda de casación.

Así, se ha dicho de antaño que las sentencias atacadas en casación llegan a la Corte amparadas con la presunción de acierto y legalidad, lo que en el fondo significa no solo que el fallador apreció el caso puesto a su composición de idónea manera y que aplicó las normas pertinentes al mismo, en su cabal significado, sino que en la tramitación y decisión del asunto no incurrió en vicios in procedendo. De esa presunción de acierto y legalidad se colige que la labor del recurrente en casación debe consistir, cuando denuncia la violación de normas sustanciales a consecuencia de errores de hecho en la apreciación de las pruebas, en una demostración cabal, contundente, esto es, irrefutable, de los errores que le achaca al Tribunal, pues así lo exige no solo la mentada presunción sino el último inciso del artículo 378 del Código de Procedimiento Civil, que califica que los errores de hecho que son endilgados al fallo han de ser manifiestos, o

como dice la jurisprudencia, que salten a la vista. Y también de la misma presunción de acierto de la que se ha venido haciendo memoria, se colige que tales errores de hecho deben ser tan importantes que fueron definitivos en la manera como el fallador se inclinó a decidir, o en otras palabras, que esos errores son trascendentes.

Pero además de lo anterior, es sabido que en la labor judicial el funcionario al que se le delega esta delicada misión debe tener la libertad suficiente para apreciar las pruebas y llegar al convencimiento de conformidad con un leal entender y parecer que consulte la sana crítica, eso sí, asignándole a cada prueba el mérito que le parezca, y con un razonamiento argumentativo que lo explicita, de modo que la independencia y autonomía dominen su órbita de competencia, únicamente limitada por la arbitrariedad, es decir, por la contraevidencia. De allí que, a la par de la presunción de acierto que se predica de los fallos recurridos en casación haya de tenerse en cuenta en ese recurso extraordinario, la discreta autonomía del fallador de instancia, lo que implica que buena parte de los razonamientos y conclusiones a que llegó queden fuera de la casación, no sean de su resorte, salvo, se repite, la contraevidencia. Tal celo por la libertad del fallador encuentra su fundamento no sólo en que el tema sobre el cual gira el recurso de casación no son los hechos sometidos a análisis en las instancias y que sirven de soporte a las pretensiones, sino la sentencia misma y su confrontación con la ley sustancial, amén de que el recurso no es una instancia adicional del proceso en que los recurrentes puedan volver a exponer de una manera quizás más ordenada o atrayente o con otros argumentos, los hechos y pruebas en que se basan las pretensiones deprecadas. Y de esto último se ha colegido que en el recurso de casación no es dable al censor contraponer su propio criterio al del juzgador, salvo cuando ese contraste resalte la absurdidad de la conclusión de este último.

De los anteriores asertos se desprende que en algunos medios de prueba, como los indicios y testimonios, sea aún más restringida la alegación del error, a tal punto que por ejemplo, se puede predicar con razón que el debate sobre la concurrencia, concordancia o convergencia de varios indicios contingentes queda cerrado en las instancias. Esto es, que salvo contraevidencia, no es atacable en casación el grado de certeza que le produzcan al juez los hechos indicados, inferidos o deducidos de los que se probaron en el proceso (llamados por la doctrina hechos indicadores), hechos estos sobre lo que sí puede versar un error de suposición o preterición que conducen al juez a inferir o dejar de inferir el hecho indicado. De igual manera se predica de la crítica del testimonio, y más aún de un conjunto de testimonios, en que la discrecionalidad del juzgador juega papel importante, siempre que sus conclusiones no sean absurdas.

En el caso presente, se tiene que el censor basa parte de su inconformidad en el hecho de que Tribunal le otorgó credibilidad a testimonios de oídas. Y así, se duele de que en la sentencia se haya tenido en cuenta las declaraciones de José Miguel Elías Castro y Alfredo Rafael Mendoza Zambrano quienes atestiguaron sobre el estallido del cilindro, el consiguiente incendio y los daños causados, sin advertir el Tribunal de que tales testigos no estaban presentes "en el momento en que el cilindro estalló". E idéntica crítica formula en relación con la declaración de Víctor Manuel Nieves Mejía y del mismo Jorge Eliécer Acuña, este último presente cuando le encomendaron a Nieves hacer llenar el cilindro.

Pero debe hacerse notar que no es que los testigos no tengan en absoluto ninguna credibilidad, o que sus dichos sean tan contraevidentes con otras probanzas que haya lugar a desestimarlos y desechar ese fundamento probatorio del fallo. Sólo la crítica se endereza a desestimar las declaraciones porque los testigos no presenciaron la explosión misma, ni estaban, por decirlo gráficamente, en el momento y lugar de los hechos.

Sin embargo, debe advertirse que la desestimación en un caso como el presente de testigos que estuvieron antes y después de la explosión en el lugar de los

hechos resulta a más de exagerada, ilógica, en vista de que sólo en el hipotético caso de una tragedia anunciada con exactitud pueden presentarse testigos visuales, y sin embargo lejanos, y no, como pretende el recurrente, presentes y mirando el acto mismo de la explosión.

Quiere decir lo anterior que es iluso o por lo menos difícil exigir que en esa explosión, ocurrida al interior de un dormitorio, haya testigos presenciales, mirando el momento de la explosión. Los testigos que, en efecto, depusieron en el proceso de alguna manera estaban cerca, bien en el tiempo o ya en el espacio, de los acontecimientos. Por ejemplo, José Miguel Elías, quien así se expresa: "*Bueno, lo que yo sé exactamente es que el señor Luis Carlos Elías que es pescador había llegado ese día de pesca y yo pasé a la casa de él como a las nueve de la mañana y él se encontraba durmiendo ese día... y como a la hora tuve noticias de que el cilindro de pesca que él había mandado llenar se le explotó...Preguntado: Por qué afirma usted que el cilindro de gas explotó y fue el que ocasionó el accidente...? Contestó: Bueno lo sé porque yo había visto el cilindro lleno en la mesa del cuarto e inclusive había otro cilindro que se lo había prestado yo ese cilindro es pequeño ese lo trajeron para aquí para los juzgados pero el que explotó fue el otro, el cilindro mío quedó flamantico estaba cerrado y estaba vacío...*"

O Jorge Eliécer Acuña, en cuyo testimonio se lee: "*Preguntado: En respuesta anterior usted habla de una explosión y de unas personas que se quemaron, se le pregunta a qué explosión se refiere cómo ocurrió ella y qué personas resultaron quemadas. Contestó: Esa explosión se debió a que el cilindro lo pasaron de gas porque yo estaba ahí cerca y no hubo ningún contacto con nada sino el cilindro, yo no me encontraba al momento que llegó el cilindro pero cuando ocurrió la explosión yo me trasladé a la casa porque el cilindro estaba en el cuarto donde duerme el hombre, Luis Elías, el compañero de pesca y yerno del señor que murió yo vi el cilindro después que se estalló que se le salió todo el fondo, en ese cuarto no había otra cosa que produjera la explosión...*".

Así se expresa David Antonio Rodríguez Gutiérrez: "*Preguntado: Según respuesta anterior el día del caso usted estaba despachando sírvase decir dónde se encontraba el señor José Antonio Flórez y las demás personas que usted dice salieron corriendo. Contestó: Bueno ellos estaban ahí dentro de la casa y salieron quemados, yo estaba despachando y al sonar eso todo el mundo salió corriendo a ver*"

Del conjunto de testimonios extrae el Tribunal su conclusión de que el cilindro fue la causa de la explosión, de modo que una mejor forma de presentar la crítica testimonial que el cargo sugiere, o unas conclusiones que bien pueden parecer más ordenadas y lógicas, no hacen resaltar la contraevidencia, esto es, la entera falta de lógica del razonamiento del fallador, que lo haga reo de error de hecho con el carácter de evidente o manifiesto. Por el contrario, el hilo argumentativo del fallador se inicia con la compra del gas (el Tribunal con falta de precisión la denomina compra del cilindro) por parte de Nieves, el recibo del cilindro por Luis Elías, la explosión subsiguiente y el deceso de José Antonio Flórez, episodios que extrae de las declaraciones y que no denotan contraevidencia, pues para la compra se apoya en el recibo No. 12344 del 19 de noviembre de 1990 (obra en el expediente un paquete de recibos suministrados por Gases del Caribe S.A.), fecha de la explosión, y para la reconstrucción de los hechos que siguieron, en las diversas declaraciones, una de las cuales, la de Jorge Eliécer Acuña, la califica de importancia suma.

No incurre asimismo en error manifiesto de hecho cuando, al decir del censor, pasa el Tribunal por alto la inspección judicial y el dictamen pericial que acreditan que la demandada tiene un equipo apto para detectar cilindros defectuosos y para hacer las requeridas mediciones del suministro del gas, pues tales constataciones, en realidad, no demuestran que efectivamente esos equipos hayan sido usados por los empleados de Gases del Caribe al momento de llenar el cilindro llevado para tal fin y del

cual se predica la explosión generatriz del perjuicio sufrido. Muy al contrario, le merece credibilidad el dicho del testigo Nieves Mejía, a quien se le encomendó llevar el cilindro a la empresa demandada para ser llenado, y quien es explícito en relatar que en dicha maniobra de llenado el empleado de Gases del Caribe usó una "manguerita" de entre treinta y treinta y siete centímetros que conectó a un cilindro de 40 libras. De estas dos probanzas, la una que constata la mera existencia de dispositivos de seguridad para el llenado y la otra que reconstruye cómo fue el mismo, el Tribunal, sin cometer yerro fáctico, se apoyó en la segunda.

En cuanto a que en el dictamen pericial se haya dicho que el cilindro estalló porque su base estaba corroída y las paredes metálicas se habían debilitado, debe quedar en claro que la verificación que motu proprio hicieron los peritos, cuando se trasladaron al Juzgado Quinto Penal Municipal de Santa Marta para inspeccionar un cilindro, no formaba parte de la experticia, al decir, tanto de los apoderados de Gases del Caribe y la llamada en garantía, como del juez de primera instancia. Sin embargo, basándose en tal aseveración de los peritos, pretende ahora, en sede de casación, el apoderado de Gases del Caribe aducir esa inspección que los peritos realizaron, para aquilatar la defensa de su patrocinada, sin percatarse de que de esa prueba puede inferirse que los equipos detectores de aquellos defectos (corrosión o debilitamiento de las paredes) y de los que se precia la demandada o no fueron usados o no sirvieron, lo cual denota que el error señalado, si lo hay, no tiene los ribetes de evidente.

Por lo demás, a lo largo de la censura llama la atención cómo el recurrente utiliza la prueba de algunos hechos que en otras partes ataca, en franca contradicción que denota imprecisión en el ataque. Así, al paso que sostiene que el cilindro se llenó con todos los requerimientos técnicos, luego le endilga a los actores culpa compartida por haber dejado que Luis Carlos Elías tuviese en su dormitorio el cilindro a sabiendas de que estaba sobrecargado. Mientras asevera que el cilindro se revisó y se procedió a llenar adecuadamente, se apoya en un dictamen pericial para señalar que los peritos determinaron como causa de la explosión el debilitamiento del cilindro.

En lo tocante con la culpa que le endilga el censor a los actores por permitirle a Luis Carlos Elías tener el cilindro dentro de la casa a sabiendas de su sobrellenado y su deteriorado estado, ha de resaltarse que la apreciación de la incidencia causal de esa conducta y de la de Gases del Caribe S. A. en la producción del daño, es asunto que, salvo contraevidencia, corresponde soberanamente al fallador de instancia. Pero debe resaltarse que no existe prueba alguna, ni menos que el censor haya determinado en este punto, que permita inferir o que acredite que los actores, esposa e hijos de la víctima fatal, hayan conocido antes de la explosión el estado del cilindro y su sobrellenado, pero ni aun si sabían que ese cilindro estaba en el dormitorio. Por consiguiente la falta de respaldo probatorio de la afirmación del censor acerca de la conducta omisiva o negligente que le achaca a los familiares de la víctima fatal, impide que sea aplicable el artículo 2357 del Código Civil. Sólo está acreditado que el propio Luis Carlos Elías supo, por hacérselo saber Nieves Mejía, que el cilindro estaba sobrellenado. Pero aún así, es decir, en el caso de encontrar que la conducta de Luis Carlos Elías fue la determinante del accidente, ella podría llegar a exonerar a la empresa demandada, al hallarse acreditada una causa extraña, esto es, el hecho de un tercero (Luis Carlos Elías), cosa que acá resulta inútil averiguar porque no fue planteado en el ataque, el cual se limita a ver en los demandantes una conducta negligente y compartida con la de la empresa demandada. Por lo demás, la conducta omisiva se podría predicar, según lo dicho, del propio Luis Carlos Elías, y ni aún así es dable aplicar el artículo 2357 del Código Civil, atinente a la concurrencia de culpas, la del demandado y la de la víctima, toda vez que aquel no es uno de los demandantes. En otras palabras, la aplicación del artículo 2357 del Código Civil parte de una base: que a la producción del daño hayan concurrido, con igual o disímil pero en todo caso eficaz grado de causación, la conducta del demandado y la de la víctima. Por consiguiente, cuando es a un tercero a quien se le identifica como coautor del daño, se está ante una hipótesis no regulada por el artículo

2357 señalado, sino por el artículo 2344 del Código Civil, atinente a la responsabilidad in solidum que recae en todos los coautores de un hecho dañoso. Es que ese tercero, Luís Carlos Elías, no es víctima ni demandante en el caso que se estudia.

Para rematar estas ideas, vale decir que si bien es cierto que pueden presentarse dudas en torno de la causa próxima de la explosión (fuego imprudente aunado a escape de gas, apertura intempestiva e imprudente del cilindro, sobrellenado aunado a fondo del cilindro deteriorado, etc.) no encuentra la Corte que el Tribunal haya cometido error de hecho manifiesto que lo condujera a violar la ley sustancial, pues interpretó del acervo probatorio recaudado que hubo una compra del gas a la demandada y que el cilindro llenado fue el que explotó, lo que por inferencia y salvo prueba de una causa extraña que no se aportó, lo llevó a tener por responsable a Gases del Caribe S.A., sin que por lo demás sirva de base para una disminución de la cuantía a su cargo que un pariente de la familia, pero tercero a fin de cuentas, haya podido contribuir con su descuido a la causación del daño, porque de haber sido así, la responsabilidad que se predica es de todos modos solidaria de éste y la empresa demandada, la que por tanto está obligada a cubrir el total de la indemnización, si a ella sola se la demanda, como en efecto aquí ocurrió. Y si es a los actores a quienes se les endilga la negligencia, ya está visto que esa aseveración no tiene asidero probatorio que la sustente, pues no hay prueba de que ellos hayan conocido el estado del cilindro.

De otra parte, el Tribunal, como antes se dijo, se equivocó al señalar que "el cilindro de gas que compró el señor Víctor Manuel Nieves Mejía a la empresa Gases del Caribe S.A." fue la causa de la tragedia, pues en realidad lo comprado fue el contenido, el gas, y no el cilindro que, desde la demanda misma, se ha aseverado que se llevó por Nieves para ser llenado. Pero más que un yerro fáctico, se está en presencia de un giro o expresión que a lo sumo peca de imprecisión, y que en todo caso es inane, en vista de que el recibo de ingreso o bono como le llama el censor (No. 12344 en el que se lee a medias que se recibió de Víctor Mejía \$620 y que "deja el cilindro diez libras) acredita que lo comprado fue el combustible y que además esa compra se hizo el 19 de noviembre de 1990, fecha en que ocurrieron los hechos base de la acción.

En relación con el dictamen pericial destinado a tasar los perjuicios recibidos por los demandantes con la destrucción de la casa, la Corte resalta que una de las pretensiones de la demanda -denominada "otra pretensión"- alude a que la casa quedó destruida y el hecho 6º de la misma lo corrobora ("el estallido hizo volar el techo de la casa y se produjo un incendio... las llamas se extendieron por toda la vivienda"), lo que a primera vista sugiere la posibilidad de que ante la destrucción total de la casa los daños se tasaran en lo que ella valía al momento del daño. Y así en efecto fue pedida la prueba por el demandante (fl 14 cdno ppal), así fue decretada por el juzgado (fl 127) y realizada la pericia que da cuenta del valor del inmueble pero con inclusión del valor del lote. Pero la prueba así pedida, decretada y practicada no tuvo reparo alguno por el recurrente en especial, ni por ninguna de las partes en general. Por tanto, al indicar los peritos que el valor del lote asciende a \$818.400,00 y el de la construcción a \$1.914.000,00. se ciñeron a lo que los demandantes pidieron como prueba y les fue concedido por el juzgado. Sin embargo, como sólo en la sentencia de segunda instancia se vino a determinar el monto de los perjuicios por el daño a la casa, resulta válido que el recurrente, en casación, critique, sin que se le califique de medio nuevo esa argumentación, que el Tribunal haya incluido dentro del valor de los perjuicios el avalúo dado por los peritos al lote en que se asentaba la casa. Por tanto, en este aspecto el cargo prospera; pero sólo en lo concerniente a la errónea inclusión del valor del lote, porque en relación con la deducción del Tribunal, el juez y el demandante atinente a que el valor de la casa (sin el lote, como ya quedó dicho) destruida arrojaba el del daño emergente irrogado no se ve que haya error de hecho alguno, pues si se parte de la base de que la casa se destruyó totalmente, el valor de ella al momento de la explosión equivale al valor del daño emergente así padecido. Otra cosa es que en el dictamen se haya dicho que algunas partes de la casa estaban en regular estado y otras en buen estado por reparaciones recientes, lo que sin

lugar a dudas denota que el inmueble no se destruyó totalmente. Pero esta deducción está ausente en el recurso, es decir, no fue resaltada por el recurrente, y por tanto en este aspecto, la sentencia habrá de mantenerse.

Ahora bien, el valor del lote debe ser excluido de la suma global que como condena a la demandada contempla el punto tercero del fallo, único que en este cargo prospera.

PRIMER CARGO DE LA PRIMERA DEMANDA

Se acusa en este cargo a la sentencia, porque al reconocer a cada uno de los ocho actores, por concepto de daños morales puramente subjetivos, una suma de dinero equivalente a 300 gramos oro, violó directamente, a causa de interpretación errónea, los artículos 1613, 1614, 2341, 2356 del Código Civil y así mismo quebrantó de modo directo los artículos 875 y 1835 del Código de Comercio y los artículos 8 y 48 de la ley 157 de 1887.

Luego de una referencia a la calidad de responsabilidad directa que la jurisprudencia pregonada de las personas jurídicas por el daño causado por sus agentes, que cuando el perjuicio se origina en actividades peligrosas la culpa se presume, y que esta culpa presunta es también culpa del patrono, aclara el censor que en este cargo no combate la sentencia porque ella haya acogido la tesis de que con la simple prueba del parentesco de consanguinidad cercano o vínculo matrimonial entre los demandantes y el difunto haya encontrado acreditada la prueba del dolor. La impugna porque al cuantificar el precio de ese sufrimiento, desbordando los lindes que ha trazado con ponderación esta Corte, el Tribunal, a espaldas de la doctrina jurisprudencial, concedió a cada demandante por concepto de perjuicios morales el valor correspondiente a trescientos (300) gramos de oro puro, que para la época de la sentencia valían, al decir del recurrente, más de \$4.000.000,00, "siendo que la Corte ha establecido unos parámetros cuantitativos del arbitrio judicial reconocido en esta específica materia, limitando a un millón quinientos mil pesos (\$1.500.000) el monto de la satisfacción del *pretium doloris* para la época en que se pronunció el fallo impugnado".

Reproduce apartes de una sentencia de la Corte Suprema, en que se considera inaplicable el artículo 106 del Código Penal para asuntos como el presente, en tanto no haya norma expresa que así lo prescriba, a efectos de extender esa doctrina al artículo 875 del Código de Comercio y así arribar a la conclusión de que el reconocimiento del equivalente a 300 gramos de oro a cada demandante "no consulta el discreto arbitrio judicial" y desborda los límites señalados por la jurisprudencia civil para cuando se dictó el fallo.

Y por un segundo aspecto combate el recurrente la sentencia del Tribunal en punto de su numeral tercero, en el que condenó a Gases del Caribe S.A. "a pagar conjuntamente a Aminta Arciniégas de Flórez y Angel Benjamín, Yolanda, Yohnys Antonio, Jaime, William Jorge, Eucaris Aideé y Luz Marina Flórez Arciniégas la cantidad de \$33.470.598,94 conforme a la liquidación practicada siendo que según las consideraciones de la sentencia los 6 hijos mayores de edad, Yolanda, Yohnys Antonio, Jaime, William Jorge, Eucaris Aideé y Luz Marina Flórez Arciniégas solo tienen derecho al resarcimiento de perjuicios morales y carecen de ese derecho respecto de los perjuicios materiales, pues no demostraron que dependieran económicamente de las ayudas de su padre". Concluye que es evidente que la condena de ese numeral tercero carece de fundamento para los citados seis demandantes, por lo que esa condena sólo puede beneficiar ahora a la cónyuge superviviente y el menor hijo (Angel B.) en cuantía conjunta de \$8.367.649,73.

Luego aclara el recurrente que impugna el citado numeral tercero en cuanto concedió una indemnización a los seis hijos mayores pero que la respeta en cuanto a la condena en favor de la cónyuge y el menor hijo.

Y así concluye el recurrente que el Tribunal, al haber condenado a Gases del Caribe a pagar a cada uno de los ocho demandantes por concepto de perjuicios morales el equivalente a 300 gramos oro (más de \$4.000.000,00), infringió directamente y por el concepto de aplicación indebida, los artículos 875 y 1835 del Código de Comercio, pues en este caso no se trata de ninguna de las indemnizaciones en oro puro que contempla la ley mercantil; y así mismo quebrantó, por interpretación errónea, los artículos 1613, 1614, 1615, 2341, 2356 del Código Civil al darles un alcance que no tienen, pues aun cuando el daño moral debe ser reparado, su fijación no puede hacerse en gramos oro para casos como el presente, ni en suma exagerada a simple vista y que desborda los límites fijados por la jurisprudencia de la Corte.

E igualmente quebrantó los mencionados preceptos porque no obstante haber concluido que los seis hijos demandantes mayores de edad, carecen de derecho al pago de perjuicios materiales fulminó condena a su favor por este concepto en el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia.

CONSIDERACIONES

En el primer aspecto de la censura, el argumento básico del recurrente se apoya en que, según la jurisprudencia, la cuantía del daño moral no puede reconocerse en gramos oro para casos como el presente, ni en cifra que exceda de \$1.500.000,00, "tope" fijado por la jurisprudencia para la fecha del fallo impugnado en casación.

Ciertamente la Corte ha considerado que el daño moral subjetivo, aquél que padece la víctima a consecuencia de una dolor psíquico o físico, debe ser objeto de resarcimiento, o más bien satisfacción, aunque su medición resulte imposible, por lo que algunas veces se ha inclinado por considerar, siguiendo a Ripert y Josserand y no sin razón, que el reconocimiento del daño moral subjetivo implica una sanción o forma de expiar la falta de quien lo infligió (G.J. LXXII, p. 325, CXLVIII, p 251) al paso que en otras oportunidades ha dispuesto, acorde con el carácter indemnizatorio y reparador de la Responsabilidad Civil en contraposición de la Penal, que tal reconocimiento del daño moral debe procurar mitigar ese dolor, a modo de resarcimiento.

Pero sea lo uno o lo otro, lo cierto es que paralelo a la predicada indeterminación de la cuantía del daño moral, se ha dicho en forma reiterada que la fijación de ese quantum es del entero resorte del juez, precisamente por esa indeterminación. En efecto, se enfrenta el juez ante el hecho irrefragable de no poder medir el dolor que una persona determinada sufre por la muerte de su padre o de su esposo, en vista de que inimaginables factores psicológicos y espacio temporales entran en juego. Por esa razón, no es aceptable considerar que de allí, de ser imponderable el daño moral, pueda salir la demostración de una violación a la ley sustancial por haber un juez considerado el "precio del dolor" en una suma que para otro, trátase del recurrente o de la Corte, resulte excesiva.

Pero la anterior posición, como en general ocurre en todas las dimensiones del derecho, tiene sus límites en la sensatez, el sentido común, y en tratar de que por la vía del reconocimiento del daño moral, no se caiga a su vez en el error de enriquecer injustamente a otro. Por eso, debe advertirse que la Corte, cuando fija de manera periódica un valor tope al daño moral no ha pretendido que tal cuantía límite sea una talanquera para los jueces, que a modo de norma sustancial, los obligue. Se trata sólo de pautas que de cuando en cuando ha venido dando con el fin de facilitar la tarea de los juzgadores. En efecto, puntualizó la Corte:

"Acerca de tal aspecto y en vista de la ausencia de un explícito mandato legal al respecto, la Corte, con apoyo en la misión unificadora que por ley le

corresponde, viene, de tiempo en tiempo y desde algunos años, señalando unos topes máximos de dinero dentro de los cuales es, a juicio de aquella, admisible que el juez ejerza su prudente arbitrio al estimar el monto de la compensación por el perjuicio moral...Ahora bien, los topes que de manera periódica y por vía jurisprudencial ha venido indicando la Corte, no son, en modo alguno de obligatorio acatamiento para los falladores de las instancias, pues, como legalmente consta, a los jueces les está vedado proveer por vía de disposición general o reglamentaria (Art. 17 C. C.). Esos topes, dícese de nuevo, no representan otra cosa que una guía para las jurisdicciones inferiores, máxime cuando son éstas las que deben ceñirse a su prudente juicio cuando tasan los perjuicios morales". (Cas. de 28 de febrero de 1990)

Las anteriores consideraciones son suficientes para desestimar el cargo en este aspecto, dado que no podría el Tribunal, teniendo en sus facultades el arbitrio de fijar el "precio del dolor", equivocarse en la interpretación de la ley, por apartarse de la pauta-límite deseable que señala de tiempo en tiempo la jurisprudencia de la Corte.

En cuanto a los factores o patrones que han de utilizarse para la fijación del daño moral, a más de la tradicional posición de la Corte en punto de la inaplicabilidad de las normas penales sobre indemnización de perjuicios morales (véase sentencia del 12 de mayo de 2000 que recoge y ratifica ese pensamiento) porque tales normas tienen como destinatario el juez penal y no el civil –entre otros argumentos– considera ahora la Corte que en razón de ser la cuantía del daño moral un asunto que queda reservado al justo criterio del fallador, y como quiera que no se trata en este evento más que de mitigar el dolor que sufre el demandante a consecuencia del hecho dañoso, y no en estricto sentido de una reparación propiamente dicha, no tendría sentido acudir a patrones (corrección monetaria, oro, upac, dólar, uvr) cuya utilidad práctica consiste con mayor o menor eficacia en mantener en el tiempo la tasación del daño, en servir de correctivo de la desvalorización de la moneda nacional, que con el paso del tiempo pierde su poder adquisitivo y por tanto hace irrisoria una suma fijada en pesos, a modo de indemnización por equivalente. Es lo que ocurre con la cifra que el censor menciona (\$4.000.000,00) como el valor de los 300 gramos oro fijado por el Tribunal como daño moral pagadero a cada uno de los demandantes. Porque de la suma de \$1.000.000,00 (Sent. 168 del 8 de mayo/90) como pauta guía la Corte pasó a \$4.000.000,00 (Sent. 071 del 30 de mayo/94) y hoy incluso la ha elevado a \$10.000.000,00 (Sent. 012 del 5 de mayo/99).

Lo anterior quiere decir entonces que a pesar de que el quantum del daño moral sea indeterminable, si éste aparece como cierto en los autos debe ser así reconocido y el juez debe propender por su reparación o mitigación, en cuyo cometido resulta deseable –atendidos los fines paliativos y no resarcitorios de la indemnización por daño moral– que no se utilicen patrones de indexación, sin que su uso vulnere de manera directa normas sustanciales.

Pero si se aceptase el argumento del censor según el cual el Tribunal aplicó las normas penales que denuncia la censura, cosa que no aparece en parte alguna del fallo, y si se dijese que en efecto las violó por indebida aplicación, conforme lo ha puntualizado la Corte, debería entrar ésta a tasar en pesos el daño moral, como tribunal de instancia. Y hoy el tope guía de la Corte se sitúa en una suma mayor (\$10.000.000,00) que la que la sentencia contiene, lo que haría más gravosa su situación e impediría el quiebre del fallo.

El último ataque de este cargo, esto es, el que censura al Tribunal la violación directa de las normas sustanciales que invoca el censor al comienzo del cargo en razón de haber reconocido aquel a seis hijos como acreedores al pago de daños materiales, siendo que según las consideraciones de la sentencia los hijos mayores de edad carecen de ese derecho, pues no demostraron que dependieran económicamente de

las ayudas de su padre, parte de una base falsa, pues en la sentencia el Tribunal no se apoya en tal fundamento, que no aparece en parte alguna de ella. Así las cosas, es patente que cualquiera que sea la vía escogida la acusación está llamada al fracaso, porque esa cuestión fáctica que sirve de hipótesis a la censura no existe en el fallo.

Pero ha de verse, sin embargo, que el numeral tercero del fallo no indica que la obligación sea conjunta, como pretende deducirlo el recurrente. Más bien hay que estimar que la sentencia en este punto debe interpretarse de acuerdo a los considerandos, no solo para hallarla coherente sino para atender a lo que el mismo aparte tercero de la parte decisoria indica, esto es, a que los \$33.470.598,94 deben ser pagados "conforme a la liquidación practicada en la parte motiva" en la que se dice cuánto corresponde a Aminta Arciniégas de Flórez, y cuánto a Angel Benjamín Flórez Arciniégas por perjuicios materiales y de otro lado cuánto vale la vivienda destruida, aspecto éste de la sentencia cuyo quiebre prospera, como antes se dijo, y que por tanto deberá ser excluido de la suma global que el Tribunal sentó en la parte decisoria del fallo, lo que tendrá lugar en su momento, al dictarse la sentencia sustitutiva.

En definitiva, el cargo no prospera.

DEMANDA DE LA LLAMADA EN GARANTIA. CARGO UNICO

Con la salvedad de que el objeto del cargo será la decisión del Tribunal en punto de la responsabilidad contractual de la sociedad llamada en garantía, mediante este cargo se acusa la sentencia de haber violado indirectamente la ley sustancial a causa de error esencial de hecho, que determinó la falta de aplicación de los artículos 822, 825, 864, 1092, 1094, 1095 y 1127 del Código de Comercio, 1494, 1495 y 1568 del Código Civil, así como de los artículos 306, 307 y 56 inciso final del Código de Procedimiento Civil.

Explica el recurrente que el Tribunal, luego de establecer que existe responsabilidad de indemnizar por parte de Gases del Caribe S.A., estaba en el deber de realizar el análisis integral de la relación contractual proveniente de un contrato de seguro entre Seguros Comerciales Bolívar y Gases del Caribe S.A., para efectos de precisar si la sociedad llamada en garantía estaba obligada a reintegrar todo o parte de la condena impuesta a la empresa llamante. Sin embargo, dice el recurrente que la labor del Tribunal se limitó a señalar que estaba probado el contrato de seguro y su vigencia, aspectos que nunca fueron controvertidos, y sin evaluar la póliza, sus alcances y coberturas, derivó la responsabilidad de la aseguradora de manera general.

Continúa con la singularización de las pruebas sobre las que versaron los errores del Tribunal, y así, expresa que si el Tribunal hubiera apreciado adecuadamente y en su integridad los documentos obrantes a folios 72 a 87, necesariamente hubiera tenido por probadas una serie de circunstancias que han debido ser reconocidas en la sentencia, a saber: que por decisión de la asegurada Gases del Caribe, el seguro se contrató bajo la modalidad de coaseguro, en el cual el 50% del amparo lo asumió Seguros Comerciales Bolívar S.A. y el otro 50% la Compañía Nacional de Seguros, pactándose que las obligaciones serían separadas y no solidarias, tal como se indica en la cláusula pertinente, que al efecto reproduce, así como en el dorso del certificado de seguro No. 45564. E igualmente ha debido tener presente que tal como reza la carátula de la póliza respecto de toda indemnización existe un deducible del 10% con un mínimo de \$250.000,00, aspecto que se reitera en el certificado de seguro correspondiente a la última renovación.

De haber aplicado el Tribunal las normas que denuncia el censor como violadas, hubiera tenido que aceptar que el contrato es ley para las partes, y así hubiera aplicado el artículo 1092, 1094 y 1095 del Código de Comercio, amén del 1568 del Código Civil.

Así las cosas, dice el censor que "mal ha podido la sentencia imponer a Seguros Comerciales Bolívar la totalidad de obligación (sic) de reintegrar hasta por el monto de la suma asegurada, pues el perjuicio que pueda sufrir Gases del Caribe y frente al cual pueda existir obligación de indemnizar por las aseguradoras, Seguros Comerciales Bolívar únicamente responde por el 50% y no por la totalidad, como se expresó en la sentencia, pues la otra parte corre a cargo de La Nacional de Seguros, empresa que no ha sido vinculada dentro del proceso por soberana decisión de Gases del Caribe".

Bajo la premisa de que el fallo debe ser casado en lo que atañe a la obligación derivada de la relación contractual, debe indicarse que como el valor asegurado llega a un total de \$150.000.000,00, Seguros Comerciales Bolívar tiene como límite máximo de responsabilidad la suma de \$75 millones, menos el deducible pactado del 10%, aspecto que en desarrollo del artículo 307 del Código de Procedimiento Civil ha debido regular de manera expresa la sentencia, en la medida en que toda condena debe hacerse en concreto.

CONSIDERACIONES

Además de las generalidades con que ambientó el tratamiento del llamamiento en garantía realizado a Seguros Comerciales Bolívar, el Tribunal sólo se refirió a que estaba probado el contrato de seguro de que trata la póliza 1652 con las copias de los certificados de seguro y de la póliza respectiva, y que ella estaba vigente para la época del siniestro. Señaló además el Tribunal que dicha póliza ampara las lesiones o daños causados a terceros. Consecuente con estas consideraciones condenó a la aseguradora a pagarle a Gases del Caribe S.A. "los perjuicios hasta el monto de la suma asegurada" convencido como estaba de que esa "suma asegurada" no cubría el total del valor de los perjuicios a que fue condenada la demandada.

Por su parte, en el cargo que ahora se estudia, plantea la compañía aseguradora que el Tribunal no vio adecuadamente los documentos contentivos de la póliza, sus renovaciones, certificados y anexos de los cuales resalta dos aspectos, a los que se circunscribe el cargo: que en dicha póliza se pactó un coaseguro en virtud del cual Seguros Comerciales Bolívar S.A. y La Nacional de Seguros se distribuían por mitades el riesgo y la prima, con la expresa aceptación del asegurado; y que la póliza tiene un deducible del 10% del valor del siniestro con un mínimo de \$250.000, de todo lo cual se concluye que en el evento de resultar responsable Gases del Caribe, Seguros Comerciales Bolívar S.A. entraría a pagar el siniestro hasta la cantidad de \$75.000.000,00 (50% del valor asegurado) deducido el 10% con un mínimo de \$250.000,00.

El Tribunal no se refirió a ninguno de los puntos que resalta el recurrente, pasó de largo por los documentos constatando solamente que la póliza de seguros estaba vigente para la fecha del siniestro y que éste se encontraba cubierto por la póliza, pero sin determinar cuál era el valor que aseguraba Seguros Comerciales Bolívar S.A., si se había o no estipulado una distribución horizontal de los riesgos entre varias compañías, si el riesgo estaba excluido o no, si se había pactado deducible o franquicia. En fin, con ligereza pasmosa, concluyó en los asertos antes reproducidos sin percartarse, en concreto, de un lado, que, debidamente aportado por la demandada al momento de formular el llamamiento en garantía a Seguros Comerciales Bolívar S.A., obra a folio 84 del cuaderno 1 el anexo 5 de la póliza RC-1652 en virtud del cual esta aseguradora asumía el 50% del riesgo y la prima y el otro 50% era asumido por La Nacional de Seguros, pacto en el que expresamente se contempló la distribución en esa misma proporción, de los siniestros amparados por la póliza, y la designación de una compañía líder (Seguros Comerciales Bolívar S.A.) a cuyo cargo estaba "la administración y atención de la póliza", para aligerar el servicio a la asegurada, asumiendo esa compañía por consiguiente únicamente su participación porcentual y una vez recibida la de la otra compañía,

entregándola al asegurado, es decir que cada una de las aseguradoras soportaban la indemnización debida al asegurado en proporción a la cuantía de sus respectivos contratos (artículos 1092 y 1095 del Código de Comercio). Y de otro lado, no vio el Tribunal que en el anexo 1 del seguro de responsabilidad civil contratado, denominado "Anexo de Predios, Labores y Operaciones para Empresa" (fl 78 cdno 1) así como en el certificado de renovación para el periodo comprendido entre el 1º de junio de 1990 y e 1º de junio de 1991 (fl 75 ib), dentro del cual acaeció el siniestro, que en la póliza se estipuló un "deducible para cualquier reclamación (del) 10% mínimo \$250.000,00".

Ambas limitantes en la cuantía de la obligación que debe asumir Seguros Comerciales Bolívar S.A., fueron las que erigió el recurrente como fuente de su descontento al no ser apreciadas por el Tribunal. De manera que, en punto de si el siniestro estaba o no excluido de la póliza, nada habrá que agregar, en vista de que este aspecto de la litis no fue cuestionado en casación.

Por consiguiente, la omisión del Tribunal constituye a no dudarlo un evidente error de hecho que lo condujo a la violación de los artículos 1092 y 1095 del Código de Comercio, pues pactado el coaseguro con aquiescencia del asegurado –quien aportó la póliza y año tras año en la vigencia de la misma aceptó el coaseguro que allí se contempló-, explicitado el límite de la responsabilidad de cada compañía al 50% de la suma asegurada y estipulado que, mediante el deducible pactado, la asegurada participase de la pérdida acaecida por el siniestro indemnizable, debió limitar la condena a la compañía aseguradora llamada en garantía, no "hasta el monto de la suma asegurada", sino que, partiendo de allí (la suma asegurada es \$150.000.000,00) y atendiendo al coaseguro (50% de esa suma) y al deducible (10%) la limitase hasta una cantidad que no podía entonces pasar de \$67.500.000,00. Estas limitantes se deberán tener en cuenta para el proferimiento de la sentencia sustitutiva, atendiendo, por lo demás al hecho de que el daño moral fue tasado en un patrón (oro) que hace a esta condena indeterminada pero determinable (artículo 305 del Código de Procedimiento Civil) y por ende repercute en el monto exacto que debe asumir la llamada en garantía, circunstancia que también se patentiza en la cuantía de daños materiales ocasionados al inmueble, pues quedó su determinación pendiente de lo que sobre el particular se decida en la sentencia sustitutiva.

El cargo entonces, prospera.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley **CASA** la sentencia proferida el 30 de mayo de 1996 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, dentro del proceso ordinario que contra GASES DEL CARIBE S.A. instauró AMINTA ARCINIEGAS DE FLOREZ y ANGEL BENJAMIN, YOLANDA, YOHNYS ANTONIO, JAIME, WILLIAM JORGE, EUCARIS AIDE y LUZ MARINA FLOREZ ARCINIEGAS y en el que la demandada llamó en garantía a SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR S.A.

Sin costas en casación por la prosperidad del recurso.

Antes de dictar la procedente sentencia sustitutiva por los precisos aspectos de los cargos que han prosperado y de conformidad con los artículos 307, 375, 179, 180 y 243 del Código de Procedimiento Civil, se ordena oficiar al Banco de la República (Gerencia General) en Bogotá D. C. para que con destino a este proceso, dentro del término de diez (10) días contados a partir del recibo de la respectiva comunicación, rinda informe debidamente circunstanciado mediante el cual se determine, teniendo en cuenta la disminución del poder adquisitivo de la moneda ocurrida en el país y calculada con referencia al índice de precios al consumidor, el valor que en la fecha tiene la suma de \$1.914.000,00 de febrero de 1994, así como el valor que a la fecha del oficio de respuesta, tenga un gramo oro.

NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN

CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO

MANUEL ARDILA VELASQUEZ

NICOLAS BECHARA SIMANCAS

JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES

JOSE FERNANDO RAMIREZ GOMEZ

JORGE SANTOS BALLESTEROS

SILVIO FERNANDO TREJOS BUENO