

MIGUEL ÁNGEL MORENO BOCAREJO

**LA SUBROGACIÓN EN EL SEGURO: ANÁLISIS PARA EL
FORTALECIMIENTO DE SU LEGITIMIDAD**

(Tesis de Grado)

**BOGOTÁ D.C., COLOMBIA
2019**

**UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO**

RECTOR: DR. JUAN CARLOS HENAO

SECRETARIA GENERAL: DRA. MARTHA HINESTROSA REY

**DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO
DE DERECHO CIVIL: DR. FELIPE NAVIA ARROYO**

DIRECTOR DE TESIS: DR. JUAN CAMILO NEIRA PINEDA

PRESIDENTE DE TESIS: DR. JUAN CAMILO NEIRA PINEDA

**EXAMINADORES : DR. JUAN DAVID GÓMEZ PÉREZ
DRA. TATIANA GAONA CORREDOR**

*Quiero dedicar este arduo trabajo a mis padres, Silvestre y Ruth,
quienes han velado por que siempre goce de la mejor educación.
Gracias por ayudarme a hacer realidad mis sueños.*

AGRADECIMIENTOS

*“Tal vez la gratitud no sea la virtud más importante,
pero sí es la madre de todas las demás”
Marco Tulio Cicerón*

Siempre es importante agradecer a aquellos que marcan nuestras vidas. En consecuencia, quisiera iniciar por agradecer a la Universidad Externado de Colombia, refugio de grandes maestros, donde siempre ha sido alentada mi curiosidad y mente inquieta por la academia. Al Dr. Juan Camilo Neira Pineda, cuyo trabajo académico y mentoría en la presente ha sido de vital importancia en la culminación de esta investigación. A la Dra. Milagros Koteich Khatib, por su motivación a investigar sobre la duda que dio inicio a este proyecto, quien en ese proceso me introduciría con el que en la actualidad es el director de la presente tesis de grado. Al departamento de Riesgos y Seguros de la Universidad Externado, liderado por la Dra. Hilda Zornosa, que, a través del semillero en derecho de seguros me han ofrecido guía en el estudio de esta materia, la cual, junto con el derecho de daños, hace parte de las pasiones que persigue mi corazón.

También, quiero agradecer a Juanita Barragán por el apoyo y ánimo incansable. Así como a todos aquellos que estuvieron prestos a escuchar mi posición y contribuir con la suya, con sus críticas académicas y retroalimentación. A ustedes, miembros de Fasecolda y Acoldese.

| | | |
|----------|--|----|
| 2.5.1. | Funcionamiento..... | 40 |
| 2.5.2. | Derechos que tiene el asegurado | 42 |
| 2.5.3. | Derechos que tiene el asegurador | 44 |
| 2.6. | FUNDAMENTO DE LA SUBROGACIÓN EN FAVOR DEL ASEGURADOR | |
| | 46 | |
| 2.7. | FUNCIONES | 48 |
| 2.7.1. | Evitar el enriquecimiento sin justa causa del asegurado y del causante del daño..... | 48 |
| 2.7.2. | Mantener la función preventiva de la responsabilidad..... | 49 |
| 2.7.3. | Reducir el costo de las primas..... | 50 |
| 2.7.4. | Mantener el equilibrio financiero de la compañía | 50 |
| 2.8. | CONCLUSIONES PARA EL SEGUNDO CAPÍTULO | 50 |
| | CAPÍTULO III: EVALUACIÓN CRÍTICA DE LA FIGURA PARA SU FORTALECIMIENTO | 53 |
| 3.1. | ANÁLISIS DEL CUMPLIMIENTO DE LAS FUNCIONES | 55 |
| 3.1.1. | Evitar el enriquecimiento sin justa causa | 55 |
| 3.1.1.1. | Desde la perspectiva del asegurado | 57 |
| 3.1.1.2. | Desde la perspectiva del tercero..... | 60 |
| 3.1.2. | Mantener la función preventiva de la responsabilidad..... | 62 |
| 3.1.3. | Mantener el equilibrio económico de la compañía aseguradora ... | 67 |
| 3.1.4. | Reducir el costo de las primas | 70 |
| 3.2. | LA SUBROGACIÓN COMO DEBER | 73 |
| 3.2.1. | Fundamento de la imposición del deber | 75 |
| 3.2.2. | La imposición de este deber raja tabla es excesivo..... | 77 |
| 3.3. | REPENSANDO LA FIGURA: UNA SOMERA PROPUESTA | 80 |
| 3.4. | CONCLUSIONES PARA EL TERCER CAPÍTULO | 82 |
| | CONCLUSIONES FINALES | 85 |
| | BIBLIOGRAFIA | 90 |
| | JURISPRUDENCIA | 94 |
| | Colombia | 94 |
| | House of Lords, Reino Unido -Lista de casos- | 97 |
| | NORMAS | 97 |
| | ENTREVISTAS | 98 |

| | |
|----------------------------|----|
| ABREVIACIONES | 98 |
| ANEXOS | 99 |

TABLA DE ILUSTRACIONES

| | |
|--|----|
| Figura No. 1: El momento inicial del pago con subrogación | 13 |
| Figura No. 2: El resultado de la relación obligacional una vez se da el pago | 14 |
| Figura No. 3: Comparación entre subrogación legal y la del art. 1096 C.Co. | 41 |

INTRODUCCIÓN

La búsqueda de desarrollo social, científico y tecnológico ha llevado al hombre a crear riesgos tan altos como sus expectativas. Para cubrir las posibles pérdidas causadas por estos riesgos, de forma progresiva se fueron creando distintas formas de aseguramiento. Eventualmente se llegó a lo que hoy conocemos como el contrato de seguro.

En la actualidad resulta común encontrarse con un contrato de seguro. Ejemplo de ello, es la calidad de beneficiario que se ostenta cuando, al caminar por las calles, nos rodeamos de cientos de conductores que probablemente hayan tomado un seguro de responsabilidad extracontractual. Esto tiene la finalidad de impartir confianza en que una entidad financieramente estable y sólida nos respaldará en caso de que un evento posible pero incierto suceda. Dada la importancia social de que goza la actividad aseguradora, es un campo que merece arduo estudio, y las instituciones de mayores estándares a nivel jurídico.

Cuando acaece un siniestro en el marco del seguro de daños, la aseguradora pasa a cubrir los daños hasta concurrencia del valor asegurado, y con exclusión del respectivo deducible. En nuestro ordenamiento jurídico dicho pago se rige por el principio indemnizatorio. Ello significa que los daños que habían sido asegurados se entenderán proporcionalmente reparados por el pago efectuado por la aseguradora. Una vez se constata que el daño pagado se encontraba efectivamente asegurado, y con la concurrencia de otros requisitos, que se explicarán de mejor manera en el desarrollo de la presente investigación, por disposición del artículo 1096 del Código de Comercio, la aseguradora podrá reclamar o subrogarse por el pago previamente mencionado contra quien fuere responsable del daño, siempre y cuando no sea el mismo asegurado o un familiar cercano.

Con todo ello, la presente tesis de grado busca estudiar el último punto relatado, ello es, la subrogación personal establecida en favor del asegurador por el artículo 1096 del Código de Comercio. Contrario a la actitud casi unánime en el sector asegurador, la presente tesis de grado hace un acercamiento crítico, desde una perspectiva meramente jurídica, con fines de promover la ejecución de esta figura y enaltecer el interés público que la actividad aseguradora reporta para la sociedad. La finalidad primordial de la presente es dar mayor legitimidad a la figura, proponiendo un cambio en la forma en como en la actualidad se concibe.

Entonces, la pregunta de investigación sobre la que gira este trabajo es: ¿cumple la subrogación en favor del asegurador, consagrada en el artículo 1096 C.Co., las funciones para las cuales fue instituida?, pero para dicha respuesta, es necesario pasar por otra serie de preguntas como ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la

subrogación en favor del asegurador, la influencia de ello y lo que esto implica? ¿Cuál es el fundamento de su imposición? y si, desde una perspectiva jurídica ¿son cumplidas en la práctica? ¿de qué depende el cumplimiento de dichas funciones?

La tesis se desarrollará en tres capítulos. Los primeros dos primeros cumplen una función descriptiva, son el preámbulo y base de este escrito. Pero por ello no tienen una menor importancia, pues establecen la contextualización necesaria para un juicioso estudio de tan relevante figura. El tercero es donde la hipótesis se encuentra. Donde las preguntas de investigación encuentran su respuesta.

Así, en el primer capítulo se analizará la figura de la subrogación general, con un enfoque especial en la subrogación personal conocida como “pago con subrogación”, categoría fundadora de la que aquí se somete a estudio. En el segundo capítulo, se hará un estudio de la figura de la subrogación personal en favor del asegurador establecida en el artículo 1096 del Código de Comercio; allí se establecerá la forma y casos en que es aplicable, así como las funciones para las cuales fue creada y el fundamento de la misma.

Por último, en el tercer capítulo se evaluará críticamente la figura de la subrogación. Con ello se establecerán sus falencias y los puntos sobre los que se debe reformar para lograr su promoción justa y proporcional. Habrá un recorrido a través de sus funciones y su cumplimiento, luego un examen de su naturaleza, para con ello concluir. Dicha conclusión habrá de ser que, si bien la subrogación en favor del asegurador es de obligatoria ejecución, pues es un deber, este no la ejerce en todas las ocasiones en que es titular de ella; sino que discrimina ciertos escenarios donde no la persigue. Como consecuencia de ello, las funciones para las cuales fue creada, que revisten un interés social, no son cumplidas siempre. En todo caso, la imposición de este deber resulta excesiva y desproporcional. Pero ello no amerita para que sea eliminada, sino que lo pertinente, dadas la importancia de las funciones que con ella se pretenden, es una modificación en su concepción actual. Así, propondré dos escenarios en los que estas falencias serán solventadas.

Para lograr el objetivo planteado, la presente tesis tomará como fuentes la regulación, doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera. Optará por una óptica meramente jurídica, excluyendo los estudios económicos y estadísticos que podrían proceder sobre ciertos temas. Si bien se harán algunas comparaciones y menciones a la regulación de diferentes países como Inglaterra, Francia y Perú, este no será un estudio de derecho comparado. El trabajo busca apoyarse en la experiencia de otros países para el análisis de la institución de la subrogación en el seguro de daños establecida en el Código de Comercio Colombiano.

CAPÍTULO I: LA SUBROGACIÓN COMO CATEGORIA DOGMÁTICA

1.1. CONCEPTO

Como ha enseñado la tradición en materia civil¹, cuando el legislador no ha establecido definición determinada a un concepto, el primer paso para dar entendimiento al mismo es a través del claro significado de las palabras. Este es el caso de la subrogación, institución general respecto de la cual no hay significado expreso establecido por la legislación², por lo cual la mejor manera para llegar a un concepto de esta es ceñirse a su sentido gramatical. Así, la palabra “subrogación”, en términos de la Real Academia de la Lengua Española, significa “1. f. Acción y efecto de subrogar.”, y por su parte “subrogar”, según la misma institución, que proviene del latín *subrogāre*, significa “1. tr. Der. Sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa. U. t. c. prnl.”³.

En consecuencia, la subrogación puede ser definida como: una institución jurídica tendiente a prevenir el enriquecimiento sin justa causa⁴, o proteger un patrimonio, mediante la sustitución jurídica de una persona por otra, o un bien en el lugar de otro, ambos casos en el marco de una relación obligatoria⁵.

1.2. CLASES

¹ En el Código Civil Colombiano:

“Art. 27. INTERPRETACION GRAMATICAL. Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

(...)

Art. 28. SIGNIFICADO DE LAS PALABRAS. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal. “

Y sus respectivos similares en el Código Civil Chileno:

Art. 19. Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu. (...)

Art. 20. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.

² En este punto cabe aclarar que hacemos referencia a la Subrogación como institución, y que, la definición establecida en el artículo 1666 C.C. es referente al pago con subrogación, una forma de subrogación personal. Sobre este punto se volverá luego y será desarrollado.

³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. “Diccionario de la Lengua Española”, Madrid, 2018. [On line] <http://dle.rae.es/>

⁴ MITCHELL, Charles, *The Law of Subrogation*, Clarendon Press, Oxford, 1994, P. 4.

⁵ Claro, también se dispone la posibilidad procesal de la sustitución por quien ha adquirido los derechos litigiosos. En todo caso, la presente se desligará del ámbito procesal.

De la definición previamente presentada se pueden desligar las dos clases de subrogación que existen: *real* y *personal*. Punto sobre el cual hay que hacer una distinción.

La subrogación real consiste en el reemplazo de un bien por otro. Así, un ejemplo es “*la sustitución de un bien por otro en el haber de la sociedad conyugal*”⁶, o la misma exclusión de un bien por haber sido adquirido con el fruto de la enajenación de uno que previamente no hacía parte de la sociedad conyugal⁷. En el ámbito obligacional, se dirá que existe subrogación real cuando, sin interceder novación u obligación alternativa, el crédito se satisface, y por ende se extingue, con prestación diferente a la que se adeuda. Un ejemplo de ello, que es dispuesto por el doctrinante Ospina Fernández, es el relativo al pago del subrogado pecuniario⁸. Pues en este caso, debiendo una prestación X, el deudor procede a indemnizar a su acreedor pagando una indemnización compensatoria, que habrá de satisfacer el respectivo crédito, extinguiendo así la relación obligatoria.

La subrogación personal, por su parte, es aquella en virtud de la cual una persona es relevada por otra en una relación obligatoria o en sus derechos. Esta noción tiene mayor similitud con la *successio* del derecho romano, donde, a través de una ficción jurídica, se tenía a los herederos, en los derechos y obligaciones transmisibles, como si se tratase del causahabiente⁹.

1.3. EL PAGO CON SUBROGACIÓN

En el devenir usual de una relación obligatoria, la forma por excelencia de extinguir el vínculo es mediante el pago. Por pago se entiende “*la prestación de lo que se debe (...) al tenor de la obligación*”¹⁰. Así, no es precisamente obligatorio que el pago sea realizado por el deudor mismo (a menos que nos encontremos en el caso de las obligaciones *intuito personae*), por ende, cuando una persona distinta realiza dicho pago al acreedor, se entiende que el mismo es válido, quedando así en cabeza del tercero las acciones propias que correspondan para recuperar lo pagado y que ha sido útil al deudor.

Puede suceder que el tercero haya pagado en el marco de una relación de mandato sin representación o de mutuo, caso en el cual procederán las acciones propias de cada institución; o que el mismo haya intervenido como agente oficioso, sucediendo

⁶ TAMAYO LOMBANA, Alberto, *Manual de obligaciones: el acto o negocio jurídico y otras fuentes de las obligaciones*, Editorial Doctrina y Ley, 7° ed., Bogotá, 2008, págs. 503 y 504.

⁷ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. *Régimen General de las Obligaciones*, 8° ed., 5° Reimpresión, Ed. Temis, Bogotá, 2018, P. 355.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Cfr. *Ibidem*, P. 356.

¹⁰ ORTIZ MONSALVE, Álvaro. *Manual de Obligaciones*, 6° ed. Edit. Temis, Bogotá, 2015, P. 150.

así lo propio. En todo caso, el tercero que ha pagado la obligación ajena está legitimado para ejercer acción de repetición y en ocasiones la de subrogación¹¹.

Durante el desarrollo del derecho romano no se reconoció el concepto de la cesión de créditos, pero sí las acciones útiles para hacerlo valer. De forma paralela, en relación con el pago hecho por un tercero, se creó la figura de la *successio in locum creditorum*, figura que tenía la finalidad de pagarle al fiador que solucionaba la deuda frente al acreedor. Mediante dicha figura se ponía al tercero en el lugar de dicho acreedor frente a los demás cofiadores y el deudor principal mismo. Con el tiempo esta figura se fue extendiendo a un variado número de casos, como el del acreedor que pagaba a otro acreedor que gozaba del beneficio de hipoteca -con un mejor derecho-; en favor de quien prestaba dinero con la finalidad de solucionar una deuda hipotecaria; y al caso de quien compra un bien gravado con hipoteca y satisface los gravámenes¹². Así continuó el desarrollo de esta figura, antecedente de la subrogación misma, que toma su nombre actual como “*pago con subrogación*” al ser consagrada en el Código Civil Francés de 1804 (también conocido como Código Civil de Napoleón) en los artículos 1236 y 1249 – 1252, lo cual inspiró a Andrés Bello en la elaboración del Código Civil Chileno al incluir la figura en sus artículos 1608 - 1613, que llevó a que en el Código Civil de Cundinamarca se estableciera el pago con subrogación en su articulado, Código que fue adoptado por Colombia a nivel nacional mediante la Ley 45 de 1886.

1.3.1. Concepto

Como ya se ha establecido, el pago válido puede ser efectuado por un tercero, y que cuando la ley dispone una definición específica de un concepto, se debe seguir la misma. En ese entendido, para hacer referencia al concepto del pago con subrogación¹³ es menester referirse al artículo 1666 del Código Civil, donde se establece que “*La subrogación es la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero, que le paga*”¹⁴. No podría ser más afortunada la definición, pues en la misma se capta el espíritu de la subrogación personal misma, ya que por “*la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero, que le paga*”. De ello se permite entender que con el pago que realiza el tercero, se le otorga la posibilidad jurídica de ejercer “*todos los derechos que pertenecían*” al acreedor primigenio, incluyendo “*fianzas, privilegios e hipotecas*”¹⁵.

¹¹ Cfr. MAZEAUD, H, MAZEAUD, L; MAZEAUD, J, “*Lecciones de Derecho Civil*”, parte II, Vol. III, Trad. Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960, Págs. 120-121.

¹² OSPINA FERNANDEZ, Op. Cit., P. 356.

¹³ En adelante, y para efectos del presente acápite, siendo concordante con el lenguaje utilizado en la norma, se usará de forma indiscriminada el término subrogación y pago con subrogación, significando siempre este último.

¹⁴ Tenemos idéntica definición en el C.C.Ch. Artículo 1608.

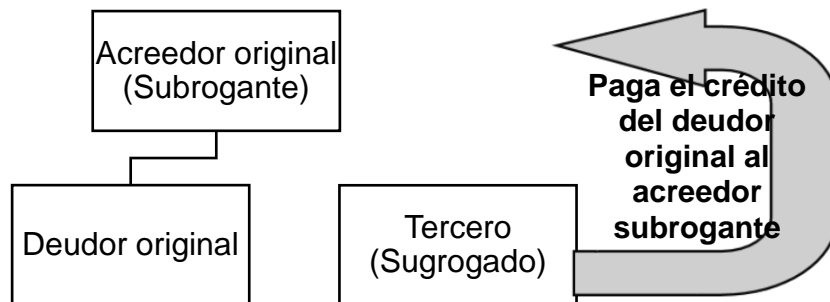
¹⁵ CLARO SOLAR, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado: De las Obligaciones*, T. 12, V. 6, Santiago de Chile, 1979, P. 212.

Con la finalidad de dar una mayor claridad al concepto, por ser pilar fundamental de la presente, a continuación presentamos un desarrollo de la definición de la figura. En ese entendido, el pago con subrogación es una forma de subrogación personal que procede cuando un tercero ha pagado una deuda ajena o de la que no se ha beneficiado, siempre y cuando se encuentre dentro de los supuestos mencionados por la ley o se dé de forma convencional, tomando dicho tercero el lugar del acreedor original y sustituyéndole en la totalidad de sus derechos y privilegios frente al crédito que tenía con el acreedor original.

Así, es preciso aclarar la función de cada uno de los intervinientes en el proceso subrogatorio. En un comienzo, se encuentra una relación obligacional normal, con un acreedor y un deudor (puede o no haber fiadores o demás garantías); a esta, llega un tercero que satisface el crédito directamente al acreedor, beneficiando al deudor con la liberación del acreedor, tercero que no puede actuar en nombre del deudor o por su encargo¹⁶, y siempre y cuando una norma prevenga con el efecto de subrogación la ya mencionada satisfacción¹⁷. Una vez satisfecha la obligación por parte del tercero, la relación obligacional primigenia sufre una transformación, que no funge como novación¹⁸, pues se da tan sólo frente al acreedor primigenio (subrogante) que, por efecto de la ley o de la convención, transmite la totalidad de sus derechos y privilegios relativos al crédito que le ha sido solucionado por el tercero que le paga (subrogado). Así, la relación obligatoria subsiste entre el tercero (acreedor subrogado) y el deudor original.

Para mayor claridad, a continuación, se describe el proceso con sus partes en las figuras 1 y 2:

Figura No. 1: El momento inicial del pago con subrogación

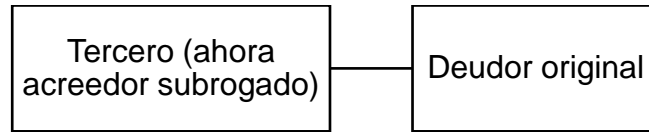


¹⁶ Si quien paga lo hace por encargo o en nombre del deudor principal, no cabe subrogación sino extinción de la obligación. Cfr Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 26 de noviembre de 1935. M.P. Miguel Moreno Jaramillo. G.J.T. XLIII, No. 1907-1908, págs. 386-395.

¹⁷ HINESTROSA FORERO, Fernando. *Tratado de las Obligaciones: Concepto, Estructura Y Vicisitudes*, Universidad Externado de Colombia, 3ª Ed., Bogotá, 2007, P. 411-412. Sobre la procedencia la subrogación convencional se a desarrollará más adelante.

¹⁸ Sobre esto se volverá más adelante en el acápite relativo a los efectos de la subrogación.

Figura No. 2: El resultado de la relación obligacional una vez se da el pago



1.3.2. Naturaleza

Descifrado el concepto del pago con subrogación, elemento que es esencial para el objeto del presente escrito, es menester pasar a establecer su naturaleza jurídica. En ese entendido, son dos las grandes corrientes al respecto: 1) quienes consideran que el pago con subrogación es una ficción jurídica que hace renacer una acción y obligación extintas; y 2) quienes lo consideran una simple cesión de acreencias. Estas dos posiciones serán debatidas en este acápite.

Entre quienes se enmarcan en la creencia del que la subrogación es una ficción jurídica se encuentran juristas clásicos como Pothier, quien aseguraba que *“el deudor solidario que paga parte de la deuda de la que no se lucró, debe mirarse como si comprara el crédito”*¹⁹. Quienes respaldan esta opinión se basan en que el pago que realiza el tercero, como pago válido que es, extingue el crédito, que, por ende, para que se puedan ejercer las acciones que estaban en cabeza del acreedor originario (o subrogante), debe suponerse que el tercero (subrogado) compra el crédito (en el caso de Pothier), tomando así la posición de su predecesor. Al respecto, es preciso recordar que la subrogación en sí misma, y en especial el pago con subrogación, nacen como una ficción jurídica en el derecho romano, en el caso de este último como la *successio in locum creditorum*.

Pero, en todo caso, en la actualidad resulta indebido el uso de las ficciones jurídicas, toda vez que hoy en día *“no hay lugar a fingir, hay procesos legislativos distintos”*²⁰. Las ficciones han sido usadas en los casos en que *“el procesamiento jurídico de los fenómenos reales deja de corresponder exactamente a estos”,* que se da *“por la sencilla razón de que el derecho solamente le interesan estos fenómenos por algunos de sus aspectos”*²¹. Lo que significa que en la actualidad resulta erróneo hablar de ficciones legales, pues al derecho sólo importa la realidad en lo atinente a su función ordenadora de la vida social²². Es por ello que, tal como sucede con la cesión de créditos, en el pago con subrogación, y en la subrogación en general, no hay ficción alguna, pues *“a diferencia del derecho primitivo, hoy se admite sin reatos*

¹⁹ VALENCIA ZEA, Arturo; ORTIZ MONSALVE, Álvaro. *Derecho Civil: De las Obligaciones*, 10 ed., T. 3, Bogotá, Ed. Temis, 2015, cit., No. 2 P. 515.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ OSPINA FERNÁNDEZ, Op. Cit., P. 358.

²² Cfr. *Ibidem*.

*la separación de los créditos de la persona de sus titulares para los efectos del traspaso de aquellos entre vivos y por causa de muerte*²³.

En cuanto a la corriente que considera a la subrogación como una forma de cesión de créditos, debe decirse que se trata de figuras autónomas. Lo primero a tener en cuenta es la forma en que se usan en la práctica, ya que la cesión de créditos se desempeña más como “*acto de especulación y por lo mismo se equipara a una venta*”²⁴, toda vez que, a diferencia del subrogado, el cesionario busca una ganancia, mientras que el primero suele pagar con fines altruistas, buscando tan sólo ser restituido y no perder²⁵. Segundo, se ha de tener en cuenta que la cesión de acreencias es un negocio jurídico, y por ende meramente voluntario²⁶; mientras que el pago con subrogación tiene la característica de ser un acto jurídico²⁷, al punto en que el Dr. Valencia Zea hace referencia a la misma como “*una auténtica expropiación*”²⁸.

En cuanto a la técnica, lo que diferencia a la cesión de créditos del pago con subrogación es que: 1) mientras en la cesión créditos el cedente no sólo traslada la totalidad de sus derechos y garantías, sino que, además garantiza la existencia misma del crédito, pues el negocio se asimila a la venta, por otro lado el subrogante no garantiza con su patrimonio el crédito, tan sólo, por ministerio de la ley, se trasladan sus derechos relativos al crédito que se le solucionó; 2) en tanto el cesionario sólo dispone de las acciones propias del crédito que le ha sido cedido (y la de la cesión misma) para que se le pague, el acreedor subrogado no sólo tiene las acciones propias del crédito dada la subrogación, sino también las acciones personales propias como la de enriquecimiento sin justa causa o pago de lo no debido; y 3) mientras que la cesión es en suma una forma de traslación de las obligaciones, la subrogación es primordialmente un medio de pago²⁹, y forma legal de traslación de derechos.

En síntesis, la subrogación es una figura jurídica sobre la que se ha debatido su naturaleza, habiendo quienes la consideran una ficción y otros quienes la ven como una cesión de créditos. Pero, frente a dichas tesis, se ha dejado claro que la subrogación no es una ficción jurídica, pues dados los procesos legislativos actuales y la aceptación de la separación de la persona de sus créditos, no es viable su

²³ *Ibidem*. P. 375.

²⁴ ACOLDESE. VII Encuentro Nacional de La Asociación Colombiana de Derecho de Seguros, *El Derecho de Subrogación en el Contrato de Seguros*. junio 25 a 29 de 1981, Cali, Colombia, P. 11.

²⁵ Cfr. VALENCIA ZEA, Arturo; ORTIZ MONSALVE, Álvaro. *Derecho Civil: De las Obligaciones*, 10 ed., T. 3, Bogotá, Ed. Temis, 2015, P. 515.

²⁶ Cfr. *Ibidem*. También, ACOLDESE, Op. Cit., P. 11.

²⁷ La mayoría de las veces, haciéndose referencia a la legal. Aun así, la convencional, cuando no se dispone sobre aspectos particulares de los derechos cedidos, es, en esencia, un acto jurídico más que un negocio jurídico.

²⁸ VALENCIA ZEA; ORTIZ MONSALVE, Op. Cit., P. 515.

²⁹ Cfr. *Ibidem*. Págs. 515 – 516.

clasificación como tal, pues resulta ser la subrogación una forma en la que el derecho ordena la vida social. Frente a la creencia de que la subrogación es tan sólo una clase de cesión de créditos se ha debatido estableciendo su objeto en el tráfico jurídico, teniendo la cesión un carácter especulativo y la subrogación uno más altruista y con fines restitutivos; claro está, además de las tres marcadas diferencias que hay en cuanto a garantías personales, acciones y finalidad.

Entonces, para solucionar la cuestión sobre la naturaleza jurídica de la subrogación, debemos afirmar que la misma, aparte de ser una categoría autónoma, tiene una naturaleza dinámica, que dependerá de si la misma proviene de la ley o del consentimiento, siendo así un acto jurídico o negocio jurídico.³⁰

Cuando nos enfrentamos a la subrogación personal derivada del pago y establecida por la ley (pago con subrogación por ley o subrogación legal en este escrito), su naturaleza es la de un acto jurídico. Teniendo como definición de acto la del maestro Fernando Hinestrosa Forero, que dicta son “*los cambios que son obra del hombre y el ordenamiento previene y disciplina como producto de la presencia y actividad del hombre (...)*” por lo que “*viene a ser un mero supuesto de hecho*”³¹ cuyas consecuencias jurídicas se encuentran totalmente establecidas en la ley. Dichas características son las que cumple el pago con subrogación derivada de la ley, pues, aun cuando el tercero subrogado tiene la posibilidad de ejercer otras acciones³², al elegir la subrogación legal³³, por cumplir los requisitos de esta, la totalidad de los efectos o consecuencias se encuentran dispuestas por la ley, y no hay lugar a modificaciones o inserciones por parte del subrogado o el subrogante.

³⁰ Para la presente se hace uso de la clasificación de inspiración alemana e italiana. Donde hay una división entre: hecho, acto y negocio jurídico; téngase en cuenta que para los franceses no hay distinción entre acto y negocio jurídico, se ven como equivalentes. Es también menester dejar claro que, no se toman las definiciones voluntaristas de los conceptos a estudiar, sino que nos acogemos a las más modernas interpretaciones en el campo desarrolladas por el maestro Fernando Hinestrosa Forero que las define según “*la actitud del ordenamiento frente al comportamiento humano y la forma como lo recibe y administra*”, puesto que el “*voluntarismo original de estas nociones y clasificaciones, como es bien sabido, hace girar la diferencia entre hecho y acto jurídico en torno a la necesidad de la voluntad en este y la ausencia de dicho requisito en aquel, inclusive con anfibologías y dispersiones, y no, como sería lógico, atendiendo a la manera en cómo el ordenamiento considera y trata el fenómeno y la participación del ser humano en él*”: HINESTROSA FORERO, Fernando. *Tratado de las Obligaciones II: de las Fuentes de las Obligaciones: El Negocio Jurídico*. Vol. I., Universidad Externado de Colombia, 2015, P. 90 – 112

³¹ HINESTROSA FORERO, Fernando. *Tratado de las Obligaciones II: de las Fuentes de las Obligaciones: El Negocio Jurídico*. Vol. I., Universidad Externado de Colombia, 2015, P. 101.

³² Como las de carácter personal de pago de lo no debido o enriquecimiento sin justa causa o agencia oficiosa e incluso la de reembolso.

³³ Téngase en cuenta que “*de una misma conducta se pueden derivar diferentes efectos jurídicos de conformidad con diferentes supuestos de hecho*”: FLUME, *Das Techtsgeschäft*, cit., 10, I. VON THUR, *Teoría General del Derecho Civil Alemán*, cit., P. 166. Citado en pie de página No. 175 de HINESTROSA FORERO, *Tratado de las Obligaciones II: de las Fuentes de las Obligaciones: El Negocio Jurídico*, Op. Cit., P. 98.

Es diferente el caso de la subrogación convencional, pues goza de distinta naturaleza jurídica dada su regulación. Si bien le son determinados los mismos efectos que la subrogación legal (Art. 1670 C.C.), al disponerse que se encuentra sujeta a las normas relativas a la cesión de créditos³⁴ (Art. 1669 C.C.) se abre la posibilidad de que el subrogante y subrogado establezcan ciertos pactos, modificando la regulación de la figura. Por ejemplo, podría establecerse que sea necesaria la aceptación del deudor original, y que no bastase la simple notificación de este, elemento natural de la cesión de créditos (Art. 1960 C.C.); o, de igual manera, podría suceder que se pacte que la subrogación no incluya ciertas garantías o se elimine la solidaridad entre los deudores principales³⁵ (de haber una)³⁶. En consecuencia, considero a la subrogación convencional un negocio jurídico³⁷ por no haber una delimitación total de su contenido y la posibilidad de modificar ciertos aspectos.

1.3.3. Los efectos del pago con subrogación

En principio, el pago, o cualquiera otra forma de satisfacción del acreedor, conlleva a la extinción absoluta de la relación obligatoria, lo que no sucede cuando el pago es hecho por un tercero e interviene la subrogación. En este caso, cuando procede la subrogación, *“saca de juego al acreedor, en todo o en parte, en la medida correspondiente a su satisfacción, pero no extingue la obligación, que por mandamiento legal subsiste, solo que en beneficio exclusivo del tercero que subentra (sic) en la posición de aquel”*³⁸. Por lo que reconocidos doctrinantes, como Valencia Zea & Ortiz Monsalve consideran que opera una suerte de extinción relativa de la obligación³⁹, por sólo darse respecto del acreedor satisfecho que es sustituido por el *solvens* subrogado⁴⁰. Quien escribe se opone a dicha afirmación,

³⁴ La existencia o no de la subrogación convencional como tal, y si hay diferencia alguna con la cesión de crédito se desarrollará más adelante.

³⁵ En contra de esto Alessandri Rodríguez; Somarriva Undurraga, *Curso de Derecho Civil*, T. III, Santiago de Chile, Ed. Nascimento, 1941, P. 347. En OSPINA FERNÁNDEZ, Op. Cit., P. 373.

³⁶ Cfr. OSPINA FERNÁNDEZ, Op. Cit., P. 374

³⁷ Nos aferramos a la definición de negocio jurídico como *“un acto de la autonomía privada jurídicamente relevante; acto de autorregulación de los propios intereses: la ley no delimita totalmente su contenido, señala orientaciones y límites a la actividad dispositiva, indaga sobre su observancia y, no hallando reparo que formular, interpreta el comportamiento, lo única dentro del marco de circunstancias en que se realizó y, una vez encasillado dentro de uno de los tipos socialmente reconocidos, le asigna los efectos que mejor correspondan a la determinación particular así alidada y calificada”*: HINESTROSA FORERO, Fernando. *Tratado de las Obligaciones II: de las Fuentes de las Obligaciones: El Negocio Jurídico*, Op. Cit., Págs. 107 – 108.

³⁸ *Ibidem*, P. 413. *“En esta modalidad singular, el pago no tiene efecto extintivo, sino de desplazamiento y sustitución del acreedor. El acreedor es satisfecho, pero no por el deudor, sino por un tercero, y el ordenamiento provee a la protección congrua de dicho solvens, pero sin agravar la condición del deudor.” Ibidem.*

³⁹ Valencia Zea; Ortiz Monsalve, Op. Cit., P. 513.

⁴⁰ En favor de la posición que considera que en la subrogación opera una *“extinción relativa de la obligación, por darse sólo respecto del acreedor”*: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 26 de noviembre de 1935. M.P. Miguel Moreno Jaramillo. G.J.T. XLIII, No. 1907-1908,

toda vez que resulta jurídicamente imposible la extinción de una obligación tan sólo para una de las partes. Además, en consecuencia de lo expuesto anteriormente sobre las ficciones jurídicas, no es viable hablar del renacimiento de la obligación con la totalidad de las garantías y privilegios⁴¹ (ello tiene un tinte de ficción, y ya se advirtió la improcedencia en el ordenamiento actual). En consecuencia, siguiendo parcialmente a Ospina Fernández⁴², y en esencia al Dr. Hinestrosa Forero⁴³, considero que la subrogación no extingue la obligación, la misma se mantiene de forma íntegra, sino que hay una transferencia de los derechos, privilegios y garantías relativos a la obligación por la satisfacción del crédito hecha por un tercero.

Una vez comprendido el concepto del pago con subrogación, y lo dispuesto precedentemente, es palpable una primera aproximación de sus efectos a partir de la definición legal, que dispone: “*La subrogación es la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero, que le paga*”. En este mismo sentido se expresa el artículo 1670 C.C.: “*La subrogación, tanto legal como convencional, traspasa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones y privilegios, prendas e hipotecas del antiguo, así contra el deudor principal, como contra cualesquiera terceros, obligados solidaria y subsidiariamente a la deuda*”. En todo caso es preciso advertir que, en lo que respecta a la subrogación convencional, de considerarse una forma de subrogación⁴⁴, los efectos que se establecen en el mencionado cuerpo jurídico hacen parte tan sólo de la naturaleza de la institución⁴⁵, pues es posible que las

págs. 386-395; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 27 de noviembre de 2002, M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno, Exp. 7400.

⁴¹ Distinto sucede en el sistema anglosajón y en especial en el derecho inglés en donde Charles Mitchell, Op. Cit., P. 6 – 11, denota que en la jurisprudencia de dicho sistema se reconoce una suerte de subrogación que revive (“*reviving subrogation*”), que convive con una simple (“*simple subrogation*”), en virtud de la cual la obligación se extingue respecto del acreedor y renace con sus garantías en favor del tercero que paga y en contra de quien es originalmente responsable. Una posición muy parecida a la planteada por Valencia Zea; Ortiz Monsalve, que antes se introdujo.

⁴² “Dentro de este orden de ideas, el pago con subrogación es un acto jurídico típico que del pago puro y simple solo toma el efecto de desinteresar al acreedor satisfecho, pero que no extingue, según algunos creen, el crédito correlativo a la deuda pagada, idea esta que sí es contraria a la noción lógica de la obligación, porque equivale a suponer que el vínculo obligatorio podría quedar reducido a su lado pasivo, el de la deuda, para después revivir en su integridad jurídica mediante el injerto de un nuevo acreedor. No. Dicho vínculo obligatorio subsiste en su integridad y con todos sus accesorios, privilegios y garantías, y el pago por el tercero, al desinteresar al acreedor, solo produce una cesión personal e instantánea entre estos, al igual que la que tiene lugar entre el *de civis* y sus herederos, o entre el cedente y el cesionario de un crédito. El artículo 1666 define (...) y el artículo 1670 ratifica dicha idea con todo énfasis” OSPINA FERNÁNDEZ, Op. Cit., P. 358. La opinión de este tesista no es completa en favor del doctrinante Ospina Fernández, toda vez que no resulta propio hablar del hecho que el pago con subrogación “desinteresa” al acreedor; sino que lo propio es decir que lo satisface.

⁴³ Según lo expuesto en líneas anteriores del mismo párrafo y su correspondiente pie de página.

⁴⁴ En el apartado sobre la subrogación convencional se desarrolla la posición frente a la cual se considera la subrogación legal como la única existente, y la convencional, como una cesión de créditos.

⁴⁵ Así como se indicó, de igual manera, en la sección sobre la naturaleza del pago con subrogación.

partes decidan excluir algunos derechos, privilegios o garantías⁴⁶, siempre y cuando no se desmejore la posición de los terceros a la convención. En lo que concierne a la legal, el acreedor subrogado puede renunciar a ciertos derechos, siempre y cuando su actuación sea conforme a la buena fe y con ello no se busque defraudar a un tercero.

Así, la subrogación tiene como efecto y finalidad, la transferencia del acreedor originario o subrogante al tercero o subrogado de la totalidad de los derechos, privilegios y garantías relativas al crédito, junto con las respectivas acciones para hacerlos valer y ejecutar⁴⁷, así como los términos de caducidad y prescripción de esta⁴⁸. Dicha transferencia se da por mandato legal y equidad⁴⁹, pues “*si la subrogación no traspasara los derechos accesorios del crédito y especialmente los que constituyen sus garantías, la acción subrogatoria no tendría ventaja alguna que justifique su reconocimiento al lado de la acción personal de reembolso*”⁵⁰.

En cuanto a los privilegios que se transfieren, es menester hacer una aclaración. Estos no hacen referencia a todo privilegio personal del que gozare el acreedor primigenio subrogante, sino tan sólo a los privilegios del crédito en sentido estricto. Por lo que, se entiende hace referencia a las causas de preferencia o prelación de créditos a los que se hacen alusión en los artículos 2493, 2494 y ss C.C.⁵¹. Igualmente se transfieren consigo los vicios y deficiencias del crédito, así como las acciones propias⁵² e intereses⁵³. En conclusión, se traspasa todo lo que es propio de la parte obligacional⁵⁴.

En cuanto a la solución parcial de la obligación, cuando estamos ante subrogación por ministerio de la ley (ya que en la convencional podría recibirse un pago menor), el Código Civil dispone, en el inciso segundo del artículo 1670:

“Art. 1670 C.C. (...)

⁴⁶ En contra de esto Alessandri Rodríguez; Somarriva Undurraga, *Curso de Derecho Civil*, T. III, Santiago de Chile, Ed. Nascimento, 1941, P. 347. En OSPINA FERNÁNDEZ, Op. Cit., P. 373.

⁴⁷ Incluso la acción de responsabilidad: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 30 de abril de 1937, M.P. Juan Francisco Mujica, G.J.T. XLV, No. 1923, págs. 40-50.

⁴⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 27 de septiembre de 1943, M.P. Isaías Cepeda, G.J. T. LVI n°. 2001 a 2005, pág. 161 – 164.

⁴⁹ CONAGLEN, Matthew; TURNER, Peter. “*Subrogation, Accounting and Unjust Enrichment*”, The Cambridge Law Journal, Volume 69, 2010, P. 30.

⁵⁰ OSPINA FERNÁNDEZ, Op. Cit., P. 376.

⁵¹ Cfr. *Ibidem*, P. 366, 375 y 376.

⁵² Cfr. HINESTROSA FORERO, Fernando. *Tratado de las Obligaciones: Concepto, Estructura Y Vicisitudes*, Op. Cit., P 425 y 426.

⁵³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 28 de febrero de 1949, M.P. José Manuel Vargas, G.J.T. LXV, No. 2068-2069, págs. 350-354.

⁵⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 8 de septiembre de 1942, M.P. Ricardo Hinestroza Daza, G.J.T. LIV BIS, pág. 51-53

Si el acreedor ha sido solamente pagado en parte, podrá ejercer sus derechos relativamente a lo que se le reste debiendo, con preferencia al que solo ha pagado una parte del crédito.”

Por último, en cuanto al momento de operación de la subrogación, es claro que la legal se da *ipso iure* y concomitante a la intervención del tercero subrogado que cumple los requisitos de ley; mientras que en la convencional se daría concomitante a la carta de pago donde expresamente se dispone la subrogación, carta que debe ser efectuada al momento del pago, y no después⁵⁵.

1.3.4. Tipología del pago con subrogación

El pago con subrogación puede provenir ya sea de la ley o del convenio⁵⁶. En todo caso, la posibilidad de llamarse a la que proviene del consentimiento subrogación en sentido estricto ha sido debatida. Por ende, adelante se desarrollarán los casos en que la subrogación proviene de la ley, y la discusión sobre si la llamada “subrogación convencional” puede ser clasificada como una forma de subrogación, aun cuando así lo dispone el Código Civil Colombiano.

1.3.4.1. La subrogación legal

La subrogación legal hace referencia a una forma de subrogación personal, donde, previa disposición legal, se da la sustitución del acreedor por un tercero que le paga⁵⁷. Es esta la forma principal como se da la subrogación por el pago o solución de la obligación, la cual es de aplicación *ope legis*, siempre y cuando sea esta la decisión del tercero que satisface, toda vez que suele tener otras acciones personales de las que puede echar mano.

En atención a lo anterior, a continuación, se desarrollarán las principales causas legales de la subrogación. Para ello, se ha dividido entre las que se encuentran enumeradas en el artículo 1668 del Código Civil, que tal como lo advierte la misma disposición no son taxativas, y, en el segundo grupo, algunas de las demás hipótesis que se encuentran en nuestra legislación.

1.3.4.1.1. El Artículo 1668 del Código civil: seis casos tradicionales

Como se estableció en párrafos anteriores, el pago con subrogación tiene sus antecedentes en la figura del derecho romano: *successio in locum creditorum*, que se estableció para el fiador que paga la deuda que garantiza, efectuándose la ficción

⁵⁵ Con esto se busca que no se use la institución para defraudar acreedores de mejor derecho.

⁵⁶ Artículo 1667 C.C. “Se subroga un tercero en los derechos del acreedor, o en virtud de la ley o en virtud de una convención del acreedor.” En el C.C.Ch. tenemos como iguales fuentes del pago con subrogación según el Art. 1609 de dicho cuerpo normativo.

⁵⁷ Cfr. C.C. Art. 1666.

en la que el fiador hace las veces al acreedor satisfecho. A partir de dicha figura, inspirados en la equidad, durante el medioevo y la ilustración se fueron reconociendo nuevos casos de subrogación legal, con la finalidad de darle mejores privilegios que los que otorgan las acciones de reembolso, pago de lo no debido, agencia oficiosa o cualquiera personal que tuviera.

En 1804, el derecho francés acogió la figura en el Código Civil de Napoleón. Este inspiró la Legislación Chilena de 1855, y por ende nuestro Código Civil. Así, en el artículo 1668 C.C. se enumeran los casos en que procede la subrogación por mandato legal y aun en contra de la voluntad del deudor⁵⁸:

Dispone el artículo 1668 del Código Civil:

“Artículo 1668: *Se efectúa la subrogación por el ministerio de la ley, y aún contra la voluntad del acreedor, en todos los casos señalados por las leyes y especialmente a beneficio:*

1o.) Del acreedor que paga a otro acreedor de mejor derecho en razón de un privilegio o hipoteca.

(...)

Este es el caso de un acreedor que especula sobre la capacidad de pago de su deudor, y con la finalidad de escalar en la calidad de su crédito, decide dar pago a otro de mejor derecho, para así subrogarse en los derechos y privilegios del mismo⁵⁹.

2o.) Del que habiendo comprado un inmueble, es obligado a pagar a los acreedores a quienes el inmueble está hipotecado.

(...)

La presente causal puede generar confusiones, toda vez que la tradición privatista nos ha enseñado que “*lo accesorio sigue la suerte de lo principal*” (*accessorium sequitur res principale*)⁶⁰, y que, por ende, quien compra un inmueble debe hacerse cargo de los gravámenes a los que esté sujeto. Con base en ello, y bajo una interpretación sistemática, debe aclararse que esta causal está circunscrita a

⁵⁸ Estas causales se encuentran en su homólogo artículo 1610 C.C.Ch., no hay cambio alguno, si quiera en redacción.

⁵⁹ “*Conviene declarar aquí que la expresión privilegio que se emplea en la norma que se comenta no es equivalente a cualquier ventaja o beneficio personal del acreedor satisfecho, sino que se refiere precisamente a las causas de preferencia o prelación de créditos*” razón por la cual afirma que “*(...) Por consiguiente, no hay lugar a la subrogación legal contemplada por el numeral 1 del artículo 1668 cuando un acreedor le paga a otro que no goza de prelación de pago, aunque tenga ciertas ventajas inherentes a su propia persona o derivadas de circunstancias distintas a dicha prelación.*”. OSPINA FERNÁNDEZ, Op. Cit., P. 366.

⁶⁰ Art. 728 C.C. “*En los casos de adjunción, no habiendo conocimiento del hecho por una parte, ni mala fe por otra, el dominio de lo accesorio accederá al dominio de lo principal, con el gravamen de pagar al dueño de la parte accesoría su valor.*”

negocios a título oneroso, aun cuando hable de compraventa, se ve como posible la extensión. Así, la causal procede en aquellos casos en los que el enajenante se compromete a solucionar el crédito y que, en consecuencia, se levante la hipoteca; o, cuando no haya sido posible para el adquirente conocer de la hipoteca por un error en el folio de matrícula inmobiliaria⁶¹. Son los únicos casos en los que el pago de la hipoteca de un bien propio genera subrogación en contra del deudor del crédito que dicha hipoteca garantiza. Esto sin perjuicio de las respectivas acciones procedentes por vicios por evicción. De modo que, no procede la subrogación cuando el comprador o receptor del bien debiera haber conocido o se comprometió a solucionar el crédito hipotecario que grava el bien⁶².

Pero, en este caso pareciera que el subrogado terminase siendo acreedor de sí mismo, pues la garantía hipotecaria recaería sobre un bien que es de su propiedad, lo que contravendría el principio: *nemo consentur subrogare contra se* (nadie se puede subrogar contra sí mismo). Para evitar esto, se ha entendido que en esta causa, que tiene su posterior regulación el artículo 2453 C.C.⁶³, la subrogación se da sin la garantía real, razón por la cual doctrinantes como Valencia Zea la llaman *subrogación imperfecta*⁶⁴.

Consideramos que la única ventaja práctica de la subrogación imperfecta es que transfiera el privilegio en materia de prelación de créditos⁶⁵, otorgando así una real ventaja sobre la simple acción personal de nulidad, reivindicatoria o resolutoria.

⁶¹ “la hipótesis en que el enajenante se comprometió a purgar el gravamen y, más genéricamente, a aquella en que el adquirente no asumió la obligación, dentro de la cual sobresale la eventualidad en que anómalamente el folio de matrícula inmobiliaria de la oficina de registro en virtud de cuya copia obró el adquirente, no denunciaba la hipoteca a pesar de su inscripción anterior a la vigencia actual. Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad del Estado por dicha omisión (arts. 54 y 68 Dcto. 1250 de 1970. Y, adicionalmente, a las hipótesis de nulidad o resolución del contrato de enajenación y de evicción, en los que se subrogaría contra el tradente por el pago que hubo de hacer como “poseedor actual” de un bien que se le esfumó.” Cfr. HINESTROSA FORERO, Fernando. *Tratado de las Obligaciones: Concepto, Estructura Y Vicisitudes*, Op. Cit., P. 415.

⁶² “Lógicamente, la subrogación no tiene lugar cuando el tercer poseedor ha adquirido el bien haciéndose cargo de pagar el crédito garantizado con la hipoteca que lo grava.” Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 25 de enero de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil, Exp. No. T963345.

⁶³ Artículo 2453 C.C.” *El tercer poseedor reconvenido para el pago de la hipoteca constituida sobre la finca que después pasó a sus manos con este gravamen, no tendrá derecho para que se persiga primero a los deudores personalmente obligados.*

Haciendo el pago se subroga en los derechos del acreedor en los mismos términos que el fiador. Si fuere desposeído de la finca o la abandonare, será plenamente indemnizado por el deudor, con inclusión de las mejoras que haya hecho en ella.”

En realidad, esta norma hace que el numeral 2° del artículo 1668 C.C. sea redundante, además que, dado que es un tipo de subrogación imperfecta, hay quienes consideran que, de no haber otra garantía, basta con la simple acción de reembolso. Sobre este último punto OSPINA FERNANDEZ, Op. Cit., P. 364.

⁶⁴ VALENCIA ZEA, Op, Cit., P. 517.

⁶⁵ Concuerda con nuestra opinión OSPINA FERNANDEZ, Op. Cit., P. 365.

3o.) *Del que paga una deuda a que se halla obligado solidaria o subsidiariamente.*

(...)

Esta es la causal más amplia de todas, por lo que para su estudio se dividirá entre quienes están solidariamente obligados al pago y quienes subsidiariamente se ven obligados a solucionar el crédito.

Cuando se trata de un codeudor solidario quien extingue el crédito por cualquier medio (Inc. 1º, Art. 1579 C.C.), surge en su favor el derecho a que le sea reembolsado el monto del crédito por parte de los demás codeudores solidarios, cada uno a prorrata según sus cuotas de interés⁶⁶. Eso para el caso de la acción personal de reembolso. En lo que concierne a la subrogación que se concede a dicho *solvens*, la misma se da sin el beneficio de la solidaridad (*ejusdem*) pues se extingue una vez satisfecho el acreedor original⁶⁷. En todo caso, tiene como ventaja frente al reembolso que se dé la transferencia de los demás derechos y privilegios, facilitando el cobro de la deuda común; pero, si quien pagó, siendo deudor solidario, fue el único que se benefició del crédito, se extinguirá la obligación y se tendrán los demás deudores solidarios como simples fiadores⁶⁸, evitando así el enriquecimiento sin justa causa del real beneficiario.

En cuanto a los deudores subsidiarios, caso en el cual, autores como el maestro Hinestrosa Forero consideran se enmarcaría el caso del asegurador que paga una indemnización⁶⁹, su situación es análoga a la del deudor solidario. En este presupuesto se enmarca la fianza. Sucede que, al no haber pagado el deudor original, y posterior al derecho de preferencia, es el fiador quien ha tenido que solucionar la deuda. Si bien este tiene la acción de reembolso que le ha dotado el Código Civil en su artículo 2395 (incluyendo una indemnizatoria), la misma carece de fuerza coercitiva suficiente por estar desprovista de garantías. Razón por la cual, con la subrogación se busca fortalecer la posibilidad de evitar que quien en realidad

⁶⁶ Si quien paga es el único con interés en la deuda, se entiende habrá pagado una deuda que él mismo debía. Aquellos quienes no tenían un interés en el crédito o no se hubieren beneficiado del mismo, se tendrán como meros fiadores por mandato legal.

⁶⁷ *“La regla general es la subrogación en favor de quien satisface una obligación a que se halla vinculado en virtud de una caución (personal, real, seguro). Con todo, ha de precisarse que dicha subrogación no comporta, como las demás, la transferencia plena de las garantías, porque, como es penes lógico, el interés del solvens ha de compaginarse con el interés de los restantes codeudores, de modo de que no resulte privilegiado por haber tomado la delantera o haber sido ejecutado por el acreedor. Con el crédito pasan a él las garantías distintas de la solidaridad; esta desaparece.”* HINESTROSA FORERO, *Tratado de las Obligaciones: Concepto, Estructura Y Vicisitudes*, Op. Cit., P. 416.

⁶⁸ Art. 1579 C.C. y Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 17 de noviembre de 1960, M.P. José Hernández Arbeláez, G.J.T. CXCIV, págs. 73 y ss.

⁶⁹ HINESTROSA FORERO, *Tratado de las Obligaciones: Concepto, Estructura Y Vicisitudes*, Op. Cit., P. 424.

sacó provecho de un crédito no tenga que solucionarlo, dotando al mentado obligado subsidiario, como es propio, de los derechos accesorios de la obligación⁷⁰.

4o.) Del heredero beneficiario que paga con su propio dinero las deudas de la herencia.

(...)

Bajo el entendido que la muerte del causante no genera *per se* la confusión del patrimonio relicto, la presente causal hace referencia al heredero que ha aceptado con beneficio de inventario una herencia (Art. 1304 C.C.), y ha pagado con dinero de su peculio una deuda propia de la misma. Es clara que la aceptación con beneficio de inventario releva al heredero beneficiario de dicho pago (Arts. 1316 y 1411, Inc. 3º), protegiendo su patrimonio. En todo caso, cuando procede la causal, el heredero hace las veces de un acreedor más con los privilegios y garantías del subrogante. Pero para ello es, menester que el pago o solución no se haya hecho con bienes de la herencia, pues en dicho caso se tendrá como mero administrador y no procederá subrogación alguna⁷¹.

5o.) Del que paga una deuda ajena, consintiéndolo expresa o tácitamente el deudor.

(...)

La ley autoriza a cualquiera para el pago de una obligación. En este caso se dispone que quien ha pagado deuda ajena con el consentimiento expreso o tácito del deudor⁷² tiene derecho a la subrogación personal. En dicha situación ni el silencio ni la ratificación gozan de efecto alguno, dado que, en consideración del tiempo verbal usado en el pasaje legal, es menester la aquiescencia previa del deudor. En caso de que el tercero haya actuado sin el consentimiento del deudor, no procederá subrogación, sino a penas la acción de reembolso⁷³. La subrogación opera frente al autorizado, mas no para el agente oficioso. Esta causal no aplica para obligaciones *in tuito personae*.

La autorización por parte del deudor debe ser tal que quien paga sea en realidad un tercero, y no que esté actuando en nombre y representación del deudor. De lo contrario el pago extinguirá la obligación. Si mediare relación contractual entre el deudor y el tercero que paga, la jurisprudencia ha considerado que dicho tercero, de ser esta la obligación del contrato no adquiere derecho de subrogación, pues está pagando una obligación propia y solucionando la prestación por él debida⁷⁴. En

⁷⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 17 de octubre de 1945, M.P. Arturo Tapias Pilonieta, G.J.T. LIX, No. 2025-2027, págs. 721-725.

⁷¹ Cfr. *Ibidem*, P. 418.

⁷² Sobre el consentimiento del deudor en este caso TAMAYO LOMBANA, Op. Cit., P. 508.

⁷³ Art. 1631 C.C. “*El que paga sin el conocimiento del deudor no tendrá acción sino para que éste le reembolse lo pagado; y no se entenderá subrogado por la ley en el lugar y derechos del acreedor, ni podrá compeler al acreedor a que le subroge.*”

⁷⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 17 de noviembre de 1960, M.P. José Hernández Arbeláez, G.J.T. CXCIV, págs. 73 y ss

todo caso, Ospina Fernández⁷⁵ considera que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2149 C.C.⁷⁶, el presente es un caso de mandato tácito, por haber autorización en el pago, lo entiende como un encargo. Sobre la materia, Fernando Hinestrosa, consideró que la figura de la subrogación no choca con la existencia de un negocio subyacente y las acciones y derechos que el mismo pueda otorgar al tercero que soluciona la deuda⁷⁷. En mi opinión, la procedencia de la subrogación no dependerá de si se soluciona o no obligación propia, pues como se ha visto en causales precedentes (como el numeral 3º) hay casos en los que los obligados al pago de un crédito gozan de derecho de subrogación, sino de si se benefició o no del crédito.

6o.) Del que ha prestado dinero al deudor para el pago, constando así en escritura pública del préstamo, y constando además en escritura pública del pago, haberse satisfecho la deuda con el mismo dinero.”

Esta causal “reproduce (...) una solución romana establecida para facilitar los préstamos destinados al pago de hipotecas, revivida, tal como la consigna nuestro código, por un edicto de Enrique IV de Francia Enel año 1609”⁷⁸ con la finalidad de evitar fraudes en los préstamos hipotecarios.

Este es el único caso en el que es el deudor mismo quien paga la obligación. Es doblemente solemne, al solicitar para su perfeccionamiento o procedencia el requisito formal de que tanto el préstamo como el pago deban constar en escritura pública. Resulta diferente a la cesión de créditos en muchos aspectos. En especial, el hecho de que no se requiere aceptación del acreedor⁷⁹.

En caso de que el préstamo para el pago de la deuda hipotecaria original sea concedido por más de un acreedor, se entiende que no hay preferencia entre ellos, y se subrogarán en iguales calidades:

Art. 1671 C.C. “*Si varias personas han prestado dinero al deudor para el pago de una deuda, no habrá preferencia entre ellas, cualesquiera que hayan sido las fechas de los diferentes préstamos y subrogaciones.*”

1.3.4.1.2. Otras hipótesis legales de subrogación

⁷⁵ OSPINA FERNÁNDEZ, Op. Cit., 369.

⁷⁶ Art. 2149 C.C. “*El encargo que es objeto del mandato puede hacerse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible, y aún por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra.*”

⁷⁷ HINESTROSA FORERO, *Tratado de las Obligaciones: Concepto, Estructura Y Vicisitudes*, Op. Cit., P. 420.

⁷⁸ OSPINA FERNÁNDEZ, Op. Cit., 370.

⁷⁹ Cfr. VALENCIA ZEA; ORTIZ MONSALVE, Op. Cit., P. 519.

Dado que las hipótesis planteadas en el artículo 1668 no únicas, a continuación, se expondrán otros casos. Si bien estos pueden considerarse innecesario por haber entre las hipótesis originales del artículo 1668, es preciso tener en cuenta que sólo procede subrogación en los casos establecidos en la ley, pues hay taxatividad legal y no procede interpretación extensiva⁸⁰.

Pago por parte del garante real (Art. 2454 C.C.)

Este es el caso de la fianza hipotecaria. Figura que describe la situación de quien ha dado en hipoteca un bien suyo con la finalidad de garantizar una deuda ajena. En cuanto a la obligación personal, la figura se rige por el régimen de la fianza, y sin importar si se haya obligado o no personalmente se le aplica el artículo 2453 C.C., que dispone la subrogación en favor del tercero poseedor reconvenido. Por ende, tanto por la regulación del fiador le es aplicable, de la que destacamos el numeral tercero del artículo 1668 C.C., y en el artículo 2453 C.C., que le es aplicable por expresa remisión legal. Así, el fiador hipotecario que ha sido reconvenido para el pago de la deuda que garantiza, y efectivamente paga, tiene derecho a subrogarse en las acciones del acreedor original y en contra del deudor garantizado. Valen aclarar dos puntos: 1) en virtud del principio *nemo subrogare contra se*, este es un caso de subrogación imperfecta, pues no se traslada la garantía; y 2) el fiador hipotecario que paga tiene derecho a que el deudor original le indemnice los perjuicios que le sean causados por tener que abandonar o ser desposeído de su inmueble⁸¹. Concluimos que es apenas justo que le sea reconocido derecho subrogatorio al fiador hipotecario.

Pago por el legatario (Art. 1423 C.C.)

Las asignaciones en materia herencial se pueden dar a título singular o universal. Quien hereda a título específico se le llama legatario. Estos no representan al testador (Art. 1008 C.C.). Cuando mediante disposición testamentaria se ha asignado a un legatario un bien que resulta gravado con prenda o hipoteca, y tiene este que solucionar la deuda que garantiza, habrá que estudiarse la voluntad del causante para determinar si procede subrogación. Si el testador no hubiese querido gravar al legatario con dicha deuda, el legatario que paga se subrogará en los derechos del acreedor original y en contra de la herencia para que le sea restituido lo pagado. Si el *de cuius* hubiese dispuesto como condición para la legación del bien el pago de la respectiva deuda que con el mismo se garantiza, no habrá derecho a subrogación para el legatario, y podrá el mismo solucionar la deuda y recibir el bien, o dejar que proceda el acreedor a la ejecución de la garantía. En caso tal de que la garantía sea “*accesoria a la obligación de otra persona que el testador mismo, el*

⁸⁰ HINESTROSA FORERO, Fernando. *Tratado de las Obligaciones: Concepto, Estructura Y Vicisitudes*, Op. Cit., P. 411-412.

⁸¹ En relación con el inciso final del artículo 2453 C.C. Sobre este tema HINESTROSA FORERO, *Tratado de las Obligaciones: Concepto, Estructura Y Vicisitudes*, Op. Cit., P. 421 y ss.

*legatario no tendrá acción contra los herederos*⁸², caso en el cual, a nuestro parecer procede lo dispuesto para la fianza hipotecaria y el obligado subsidiariamente del que habla el artículo 1668 numeral 3°.

Quien erradamente pagó deuda ajena (Art. 2313 C.C.)

En virtud de la protección a la buena fe que se pregona en nuestro ordenamiento, se protege a aquel que mediante error ha pagado una deuda ajena en la cual no poseía interés o beneficio alguno. En consecuencia, el inciso 2° del artículo 2313 C.C., dispone que: *“Sin embargo, cuando una persona, a consecuencia de un error suyo, ha pagado una deuda ajena, no tendrá derecho de repetición contra el que, a consecuencia del pago, ha suprimido o cancelado un título necesario para el cobro de su crédito, pero podrá intentar contra el deudor las acciones del acreedor”*. Es este un claro caso de pago con subrogación, al otorgarse al tercero la totalidad de las acciones del acreedor primigenio, sin desmejorar dicho tercero, ni disponer simple repetición. No existe error, y, por ende, no procede subrogación legal, si el tercero, a sabiendas, soluciona en contra de la voluntad del deudor⁸³.

1.3.4.1.3. El fundamento de la subrogación legal

En tanto el ordenamiento jurídico permite la posibilidad del pago hecho por un tercero, ello basado en la máxima de Gayo según la cual *“es lícito mejorar la condición ajena, mas no así empeorarla”*⁸⁴, el tercero que soluciona la deuda que le es ajena o de la cual no se benefició, tendría acción de reembolso para perseguir lo pagado. Pero, si procede el pago con subrogación dispuesto en la ley, dicho tercero no sólo tendría la acción de reembolso, sino también las propias de la parte activa de la relación obligatoria satisfecha, junto con sus respectivas garantías y privilegios en el pago.

Al analizar los diferentes supuestos en los que procede la subrogación legal, se puede determinar que no sólo son casos de pago de una deuda ajena, sino que también los hay en donde quien paga es un obligado solidario o subsidiario. En todo caso, el común denominar que hay entre dichos casos, es que sólo procede la subrogación cuando quien paga no se benefició o carecía de interés en el crédito. En consecuencia, considero es esta la base de la subrogación. Consideración que

⁸² Art. 1423 Inc. final.

⁸³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 05 de diciembre de 1983, M.P. Héctor Gómez Uribe, no publicada.

⁸⁴ OSPINA FERNÁNDEZ, Op.Cit., P. 360.

no es pasiva, toda vez que ha sido acogida por la Corte Suprema de Justicia en varios casos⁸⁵.

Un claro ejemplo de lo anterior es lo dispuesto en la regulación civil para las obligaciones con solidaridad pasiva, donde el artículo 1579 C.C. dispone la limitación de la subrogación. Otorgándola exclusivamente en favor de quien soluciona el crédito y no se ha visto beneficiado o carecía tenían interés en el mismo, y en contra de quienes si lo tenían. Razón por la cual la misma disposición normativa establece que cuando es solucionado el crédito por quien o quienes tenían real interés en la deuda, la misma se extinguirá y se tendrán a los demás deudores solidarios como una garantía personal, como fiadores.

En consecuencia de lo anterior, la subrogación legal actúa como una institución guiada a evitar el enriquecimiento sin justa causa⁸⁶, ya sea del deudor o del acreedor, tal como lo ha dispuesto la jurisprudencia⁸⁷ y la doctrina⁸⁸. Figura que cuyos fundamentos son la justicia y la equidad⁸⁹. Razón por la cual se establece legalmente tan sólo en favor de aquellos que no tienen interés alguno o beneficio del crédito solucionado por ellos, otorgándoles mayores garantías y seguridad de que el pago que han realizado les sea restituido⁹⁰.

1.3.4.2. La subrogación convencional

⁸⁵ Mírese: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 17 de noviembre de 1960, M.P. José Hernández Arbeláez, G.J.T. CXCIV, págs. 73 y ss. y Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 27 de noviembre de 2002, M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno, Exp. 7400.

⁸⁶ En la legislación anglosajona a este tipo de figuras o medidas que buscan prevenir o compensar la violación de un derecho se les conoce como “*remedies*”. En estos sistemas la figura de la subrogación es entendida como un “*remedy*” en contra del enriquecimiento sin justa causa. Un ejemplo de ello es lo dispuesto por MITCHELL, CHARLES, Op. Cit., P. 9 y ss.

⁸⁷ Véase: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 17 de noviembre de 1960, M.P. José Hernández Arbeláez, G.J.T. CXCIV, págs. 73 y ss.; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 27 de noviembre de 2002, M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno, Exp. 7400.

⁸⁸ Entre varios: OSPINA FERNÁNDEZ, Op. Cit.; NEIRA PINEDA, Juan Camilo, The Rationels of the Doctrine of Subrogation: a general critique with an emphasis on the insurers position, Dissertation, University of Cambridge, Cambridge.; MITCHELL, CHARLES, Op. Cit.; CONAGLEN, Matthew; TURNER, Peter. Op. Cit.

⁸⁹ NEIRA PINEDA, Juan Camilo, The Rationels of the Doctrine of Subrogation: a general critique with an emphasis on the insurers position, Dissertation, University of Cambridge, Cambridge, P. 9 y ss.; tambien: MITCHELL, Charles, Op. Cit.

⁹⁰ “*Esta es cabalmente la razón determinante y justificativa del pago con subrogación: mejorar la condición de quien haga por el deudor, dotándolo no solamente de las acciones personales que contra este competen, como la de mandato, la de mutuo la de rem in verso, sino traspasándole además todos los derechos, acciones, privilegios y garantías que tenga en su favor el acreedor satisfecho con el pago; es decir, subrogando al solvens en los mismos.*” OSPINA FERNÁNDEZ, Op. Cit., P. 360.

La convención es una de las formas como se crean obligaciones, la forma como los sujetos se obligan a si mismos. Así, el Código Civil⁹¹ también ha dispuesto la posibilidad de que la subrogación sea convencional:

“Artículo 1669 C.C. *Se efectúa la subrogación, en virtud de una convención del acreedor, cuando éste, recibiendo de un tercero el pago de la deuda, le subroga voluntariamente en todos los derechos y acciones que le corresponden como tal acreedor; la subrogación en este caso está sujeta a la regla de la cesión de derechos, y debe hacerse en la carta de pago.”*

Los requisitos de esta clase de subrogación son: 1) el consentimiento del acreedor original y el tercero que le paga; 2) que sea un tercero quien paga al acreedor original, 3) que la subrogación se efectuó al momento del pago por parte del tercero subrogado, y en la carta de pago en donde consta; y 4) que se notifique de la subrogación al deudor.⁹²

Como se puede ver, en la legislación colombiana (al igual que en la chilena) sólo se reconoce la subrogación convencional por parte del acreedor, sólo por activa. Distinto es en Francia donde existen dos tipos de subrogación convencional, pues se reconoce tanto para el acreedor como para el deudor. En nuestro caso cuando la subrogación es consentida por el deudor nos encontramos en una de las causales del artículo 1668 C.C., la del numeral 5°, por lo que sería legal y no convencional.

En nuestra legislación colombiana, hay una gran entre la subrogación convencional y la cesión de crédito, razón por la cual *“está sujeta a las reglas de la cesión de crédito, y debe hacerse en la carta de pago”* e incluso, darse la entrega del título⁹³. Atendiendo a esto último, hay autores como Fernando Hinestrosa Forero, que consideran que no existe la subrogación convencional, sino que lo dispuesto en el artículo 1669 C.C. es en su naturaleza una cesión del crédito⁹⁴. Posición a la que me adhiero.

⁹¹ Sucede igual en la legislación chilena donde se dispone Art. 1611. C.C.Ch. *“Se efectúa la subrogación en virtud de una convención del acreedor; cuando éste, recibiendo de un tercero el pago de la deuda, le subroga voluntariamente en todos los derechos y acciones que le corresponden como tal acreedor: la subrogación en este caso está sujeta a la regla de la cesión de derechos, y debe hacerse en la carta de pago.”*

⁹² Cfr. OSPINA FERNÁNDEZ, Op. Cit., P. 371.

⁹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 26 de noviembre de 1935. M.P. Miguel Moreno Jaramillo. G.J.T. XLIII, No. 1907-1908, págs. 386-395.

⁹⁴ *“La subrogación es la transferencia del crédito por disposición directa de la ley; de modo que cuando interviene la autonomía privada lo que ocurre es una cesión de créditos, y aquel convenio, así se funde en un pago o se refiera a él, está sujeto a las reglas de la cesión de créditos, tanto las de trámite como las de sus efectos, o sea no se aplican las propias de la subrogación (arts. 1669 y 1959)”* HINESTROSA FORERO, *Tratado de las Obligaciones: Concepto, Estructura Y Vicisitudes*, Op. Cit., P. 425.

La “subrogación es un efecto determinado integrante por la ley, sobre la base de un acto ocurrido conforme a la previsión normativa.”⁹⁵. En conclusión, la forma como se da la llamada “subrogación convencional”, resulta más una forma de cesión de créditos, pues hay la posibilidad de disponer de los derechos que se transfieren, excluyendo algunos mediante convención, siempre y cuando no se ponga en peor posición al deudor y demás terceros. Además, la función social que cumple no es la propia de la subrogación, que es evitar el enriquecimiento injustificado, sino que es una forma de especulación comercial, en donde no se exige se pague al acreedor original el crédito íntegramente, sino lo convenido entre las partes.

1.4. CONCLUSIONES DEL PRIMER CAPÍTULO

1. La subrogación es la sustitución de un bien por otro, o de una persona por otra. En el primer caso se le conoce como subrogación real; en el segundo como subrogación personal.
2. Dentro de la subrogación personal, se encuentra el “pago con subrogación” desarrollado en los artículos 1666 y ss. del Código Civil.
3. El pago con subrogación es un acto jurídico que consiste en la sustitución del acreedor por el tercero que soluciona la deuda. Ello conlleva consigo la totalidad de los derechos, garantías y ventajas en la prelación de créditos que el acreedor haya podido tener en su favor. Puntualmente, se transfiere todo derecho que otorga la parte obligacional. Cuando la subrogación sea parcial, la sustitución será hasta por el monto de lo solucionado por el tercero.
4. El pago con subrogación no constituye novación, ni conlleva la extinción, si quiera relativa, de la obligación.
5. En principio, el Código Civil considera que el pago con subrogación puede ser legal o convencional. En realidad, sólo existe la subrogación legal, cuya aplicación es *ipso iure*. Pues la subrogación convencional es en esencia una cesión de créditos.
6. En la legislación se establecen las situaciones en las que procede la subrogación personal legal. Si bien hay ciertos casos en los cuales el tercero subrogado paga una deuda ajena, también hay otros en los cuales se paga una deuda a la que se estaba obligado. En todo caso, el tercero siempre carece de interés en la prestación solucionada.
7. El fundamento de la consagración legal de subrogación personal por el pago se basa en la equidad y la justicia, y este es evitar el enriquecimiento sin justa causa, ya sea del deudor o del acreedor originario subrogante. También previene

⁹⁵ *Ibidem*.

que se enriquezca injustamente el tercero subrogado al no consagrarse caso en el cual, legalmente, proceda subrogación en su favor. El interés o provecho que pueda tener u obtener el tercero en la deuda que soluciona le quita la posibilidad de hacerse legitimario a la subrogación legal, pues no hay caso estipulado en el que así proceda.

CAPÍTULO II: LA SUBROGACIÓN EN MATERÍA DE SEGUROS

2.1. LA SUBROGACIÓN PERSONAL DEL ASEGURADOR

El primer indicio de la subrogación personal del asegurador al asegurado se vio en 1748, cuando la House of Lords de Inglaterra decidió el caso Randall vs. Cockran⁹⁶. En el mismo se permitió al asegurador de un barco inglés, que fue dañado por uno español, iniciar un proceso en nombre de su asegurado para solicitar el dinero fruto de la venta del barco español causante del daño, dinero que se encontraba en manos del gobierno británico. En todo caso, a dicha solución aún no se le llamó “subrogación”⁹⁷. A dicha categoría se llegó en 1782, con el caso Mason v. Sainsbury⁹⁸, momento en el cual se le dio trato de figura cotidiana⁹⁹. En dicho caso “Lord Chief of Justice Mansfield manifestó que: ‘*Todos los días, el asegurador es puesto en el lugar del asegurado. El asegurador usa el nombre del asegurado.*’ De todas formas, no fue hasta mediados del Siglo XIX que la palabra “subrogación” entró al vocabulario jurídico inglés.”¹⁰⁰.

En Colombia, el extinto Código de Comercio Terrestre de 1887, en su artículo 677 consagró el derecho del asegurador que ha pagado el valor asegurado para exigir al asegurado la “*cesión de los derechos que por razón del siniestro tenga contra terceros*”. Dicha figura resultaba problemática al no imponer que se cubriera la totalidad del daño previo a la cesión, sino que bastaba con el monto asegurado,

⁹⁶ House of Lords, Inglaterra, 1748. Este caso también se puede encontrar citado como: “Randall vs. Cochran”, “Randall vs. Cockran” o “Randall vs. Cockrane”

⁹⁷ Conocida en el sistema anglosajón como “La Doctrina de la Subrogación” (traducción libre: Doctrine of Subrogation). En adelante se hará referencia a la misma como “subrogación”.

⁹⁸ House of Lords, 19 de abril de 1782.

⁹⁹ Para un análisis y explicación del caso, véase: O'BRIEN, John J., “*Origins of Subrogation*”, [En línea] <https://subrogation.org/download/article/Chapter%20One.Origins%20of%20Subrogation.pdf>

¹⁰⁰ MARASINGHE, M. L., “*An Historical Introduction to the Doctrine of Subrogation: The Early History of the Doctrine*”, Valparaiso University Law Review, Vol. 10, No. 1, P. 49.

Traducción libre: “Lord Chief Justice Mansfield was found to say: “*Every day, the insurer is put in the place of the insured. The insurer uses the name of the insured.*” However, not until the middle of the nineteenth century did the word subrogation enter the English legal vocabulary.”

poniendo al asegurado en desventaja. Esta figura fue sustituida por la de la subrogación legal en favor del asegurador, que fue establecida por el Código de Comercio de 1971 con la finalidad de “*poner el país a tono con el concierto mundial*”¹⁰¹. Entre las razones de política legislativa que le dieron lugar fueron: 1) superar los inconvenientes que de la naturaleza de la cesión de créditos traía la figura anterior, y 2) la necesidad de una figura que cumpliera las mismas funciones, vistas como evitar el enriquecimiento sin justa causa de los intervinientes en el contrato y mantener la función preventiva de la responsabilidad¹⁰².

2.2. CONCEPTO Y NATURALEZA

He decidido iniciar este aparte descifrando la naturaleza de la subrogación en favor del asegurador que consagra el artículo 1096 del Código de Comercio vigente. En consecuencia, a continuación, se establecerá el tipo de subrogación que es, el carácter imperativo de la norma y si es o no un derecho de la aseguradora. Con base en lo anterior, posteriormente determinare el concepto.

Como se vio en páginas precedentes, la verdadera subrogación es tan sólo la legal, y la misma puede ser a su vez: real o personal. En todo caso hay quienes se cuestionan si la que consagra el artículo 1096 C.Co. es o no una subrogación legal. Ejemplo de ello es el doctrinante Hernán Fabio López Blanco, quien considera que “*no es una especie de las dos clases de subrogación legal tipificadas en el Código Civil, debido a que no se adecua a ninguno de los eventos señalados en el art. 1668 de dicha codificación*”¹⁰³. La afirmación del reconocido jurista es errónea, toda vez que tal y como lo advierte el mismo artículo 1668 C.C. la subrogación es legal “*en todos los casos señalados por las leyes*”¹⁰⁴, permitiendo que, con base en la esencia de la figura misma, se dispongan otros eventos distintos a los que *ejusdem* se enumeran¹⁰⁵.

Como se advirtió en páginas precedentes, la subrogación suele ser un acto jurídico potestativo para quién beneficia, pues habitualmente el subrogado tiene otras acciones para perseguir su derecho. Esto no sucede así en la subrogación en favor del asegurador. Pues, aun cuando las disposiciones que regulan el carácter

¹⁰¹ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Comentarios al Contrato de Seguro*, Dupre Editores, 6ª Ed., Bogotá D.C., 2014, Págs. 443.

¹⁰² Entrevista efectuada a ZORNOSA PRIETO, Hilda E.: Directora del Departamento de Riesgos y Seguros, Universidad Externado de Colombia. (entrevista efectuada: abril de 2019)

¹⁰³ *Ibidem*, P. 448.

¹⁰⁴ Véase 1.3.4.1.

¹⁰⁵ La misma jurisprudencia al hacer referencia a la naturaleza de la subrogación en favor del asegurador, ha dispuesto que, si bien tiene un carácter especial, es un caso de subrogación legal por el pago: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 23 de septiembre de 1993, M.P. Pedro Lafont Pianetta, Exp. No. 3961, G.J. T. CCXXV, No. 2464, II semestre 1993, I parte, págs. 551-568; también Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 18 de enero de 1984, M.P. Humberto Murcia Ballén, G.J. T. CLXXVI n.º 2415, pág. 7 – 16.

potestativo de las normas en materia de seguros (Art. 1162 C.Co.) no establecen expresamente al artículo 1096 C.Co. como inmodificable, su aplicación es imperativa. Toda vez que, podría enmarcarse como una de aquellas “*normas que, por su naturaleza o por su texto, son inmodificables por la convención*”, anotación general que trae el art. 1662 C.Co.¹⁰⁶. Apoya esta posición la jurisprudencia que ha decidido “*otorgarle al pago del seguro con subrogación legal una naturaleza de orden público con la imperatividad, obligatoriedad y consecuencias (...)*”¹⁰⁷, pues se considera que el cumplimiento de sus funciones es de interés público.

Por otro lado, en múltiples escritos se caracteriza a la subrogación en favor del asegurador que ha pagado un siniestro como “un derecho”¹⁰⁸, incluso se ve esto a nivel jurisprudencial¹⁰⁹. Consideramos errónea dicha afirmación, por asimilarse esta más a un deber. Toda vez que, la jurisprudencia ha establecido su carácter de orden público, haciéndola inmodificable por voluntad. Además, la misma ha dispuesto esta es de imperativo cumplimiento, por lo cual, en principio, no podrían las aseguradoras renunciar a ella o dejar de ejercer las respectivas acciones que les otorgan, por el mismo interés público que tiene el Estado en la subrogación, y la misma redacción del art. 1096 C.Co. que dispone “*El asegurador que pague una indemnización se subrogará, por ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro*”, se puede advertir que se impone una prestación física y económica a la aseguradora afectando su libertad, que guarda consonancia con la definición que ha dado la Corte Constitucional de una deber¹¹⁰. Sobre este punto se volverá en el capítulo 3.

Como consecuencia de hasta lo acá dicho, se puede conceptualizar la figura establecida en el artículo 1096 C.Co. como: una subrogación legal del tipo personal y, a su vez, un deber de interés público, en virtud de la cual el asegurador que ha pagado el siniestro asegurado toma el lugar de su asegurado recibiendo los derechos derivados del daño indemnizado hasta concurrencia de su importe.

2.3. PROCEDENCIA Y CASOS EXCLUIDOS

La subrogación legal en favor del asegurador no tiene una aplicación para todo tipo de seguro o siniestro pagado. En consecuencia, a continuación, se describirán los

¹⁰⁶ Cfr. LÓPEZ BLANCO, *Op. Cit.*, P. 451

¹⁰⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 23 de septiembre de 1993, M.P. Pedro Lafont Pianetta, Exp. No. 3961, G.J.T. CCXXV, No. 2464, II semestre 1993, I parte, págs. 551-568.

¹⁰⁸ Por ejemplo: OSSA G., J. Efrén, *Tratado Elemental de Seguros*, 2da Ed., Ediciones Lerner, Bogotá D.C., 1963, P. 312.

¹⁰⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 18 de enero de 1984, M.P. Humberto Murcia Ballén, G.J. T. CLXXVI n.º 2415, pág. 7 - 16.

¹¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia de Unificación del 2 de diciembre de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, SU-747/1998.

casos en que el legislador ha establecido su procedencia, las excepciones a las reglas generales y las razones de dichas disposiciones.

En principio, la subrogación en favor del asegurador fue concebido exclusivamente para aquellos contratos en los cuales, el pago del siniestro constituye indemnización del daño. En el Reino Unido, cuna de esta figura, se conoce a este tipo de contratos de seguro como “*contracts of indemnity*”¹¹¹. En lo que al ordenamiento colombiano se refiere, la adopción de esta figura se dio con la misma limitación, refiriéndose a su aplicación única a los contratos sobre los que recae el llamado “principio indemnizatorio”¹¹².

De la lectura de los artículos 1088 y 1139 C.Co. se extrae como regla general de aplicación de la subrogación en favor del asegurador que consagra el artículo 1096 C.Co. para los contratos de seguros de daños, rechazando nuestro ordenamiento la teoría monista del contrato de seguro¹¹³. En palabras del Dr. Carlos Ignacio Jaramillo, la razón por la cual el legislador decidió dotar de carácter indemnizatorio al seguro de daños y no al de personas fue “*por considerar que los presupuestos integradores de la regla indemnizatoria eran extraños a esta clase de seguros, pese al enorme favoritismo de la tesis monista por parte de un amplio sector de la doctrina comparada*”¹¹⁴ para la época.

La regla general de procedencia de la figura de la subrogación en todo contrato con principio indemnizatorio encuentra su excepción en el artículo 1099 C.Co. Dicho artículo establece la imposibilidad de ejercer subrogación en los casos en que el asegurado sea el responsable jurídico del daño, ni cuando el causante del siniestro sea “*pariente en línea directa o colateral dentro del segundo grado civil de consanguinidad, padre adoptante, hijo adoptivo o cónyuge no divorciado*” del asegurado¹¹⁵. En segundo inciso del mismo texto jurídico establece limitación a esta

¹¹¹ Al respecto, véase el caso: House of Lords, United Kingdom, Mason v. Sainsbury (1782); y En la doctrina se puede remitir a: LOWRY, John; RAWLINGS, Philip, *Insurance Law: Doctrines and Principles*, 2nd Ed., Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2005, P. 290 y ss., Entre otros.

¹¹² OSSA G., J. Efrén, *Tratado Elemental de Seguros*, 2da Ed., Ediciones Lerner, Bogotá D.C., 1963, P. 315.

Este principio conlleva a que con el pago que hace la asegurado del siniestro a la víctima del mismo, se indemnizan los perjuicios causado por dicho siniestro.

¹¹³ Para la época de redacción del Código de Comercio actual, y que fue tomando fuerza en el Congreso de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros (AIDA), Roma, 1961. Dicha teoría buscaba unificar la regulación en materia de seguro de daños y de personas.

¹¹⁴ JARAMILLO, J., Carlos Ignacio, “*Lineamientos Generales del Contrato de Seguro en la Legislación Colombiana: Visión Retrospectiva y comparada*”, Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros, Pontificia Universidad Javeriana, No. 1, P. 50.

¹¹⁵ Art. 1099 C.Co. “*El asegurador no tendrá derecho a la subrogación contra ninguna de las personas cuyos actos u omisiones den origen a responsabilidad del asegurado, de acuerdo con las leyes, ni contra el causante del siniestro que sea, respecto del asegurado, pariente en línea directa o colateral dentro del segundo grado civil de consanguinidad, padre adoptante, hijo adoptivo o cónyuge no divorciado.*

(...)”

excepción de la siguiente manera: *“Pero esta norma no tendrá efecto si la responsabilidad proviene de dolo o culpa grave, ni en los seguros de manejo, cumplimiento y crédito o si está amparada mediante un contrato de seguro. En este último caso la subrogación estará limitada en su alcance de acuerdo con los términos de dicho contrato”*.

En sentencia de octubre de 1998, la Corte Suprema de Justicia consideró que la excepción a la subrogación dispuesta en el Art. 1099 C.Co. autorizaba de forma implícita la acumulación de indemnizaciones. En todo caso, líneas más adelante, la Corte parece contradecirse al disponer que la función indemnizatoria la otorga la ley, y que, *“De lo contrario, lo que existe son dos prestaciones surgidas de un mismo hecho, pero con causas jurídicas diferentes”*¹¹⁶, por lo cual no habría doble acumulación, sino, en caso de que el causante decida pagar el precio equivalente al daño, tal como lo expuso la Corte, se estaría ante una diversidad de causa. Pues, no podría cobrarse por causa de responsabilidad civil, ya que el seguro sigue teniendo un carácter indemnizatorio¹¹⁷, y por ende el daño no es subsistente, faltando el primer elemento de la responsabilidad civil.

Por otro lado, en lo que concierne a la razón de ser del primer inciso del artículo 1099 C.Co.¹¹⁸, cabe traer a colación la dispuesta por el doctrinante López Blanco, quien acertadamente advierte tiene un móvil de lógica normativa: *“Con relación a la exclusión de la subrogación en seguros de daños, se tiene que la razón de ser es básicamente preservar las buenas relaciones y mantener la armonía dentro del núcleo familiar e incluso impedir la situación ilógica que se presentaría en ciertos casos donde el asegurado puede resultar, de no existir la prohibición, siendo demandado para que se reintegre la suma que a su vez recibió como indemnización”*¹¹⁹.

La segunda regla general sobre la procedencia de la subrogación en favor del asegurador es negativa. Proviene del Art. 1139 C.Co., y dispone que no procede subrogación en los seguros de personas¹²⁰. Se ha dicho, principalmente, que la razón por la cual no se le ha otorgado principio indemnizatorio al seguro de

¹¹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 22 de octubre de 1998, M.P. José Fernando, Ramírez Gómez, Exp. No. 4866, G.J.T. CCLV, II semestre de 1998, págs. 830 y ss.

¹¹⁷ Sigue esta misma línea de pensamiento MURCIA RAMOS, Ángela María, *La Subsistencia del Perjuicio a Partir de la Aplicación de la Compensatio Lucri Cum Damno y de la Reparación Integral*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017, P. 65.

¹¹⁸ En el derecho inglés se encuentra una excepción similar a la dispuesta por este Artículo, pues bajo la premisa de la necesidad de una posibilidad jurídica de procedencia de la subrogación, y con análisis que emula a la confusión como forma de extinguir las obligaciones, en el Caso Simpson v. Thompson (1877), se dispuso que para la procedencia de la subrogación, era necesario que el asegurado y el responsable jurídico del daño no fuesen la misma persona. El análisis de este caso frente al particular se encuentra en: BIRDS, John, *Birds Modern Insurance Law*, 7th Ed., Sweet & Maxwell, London, 2007, P. 321.

¹¹⁹ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, Op. Cit., P. 470.

¹²⁰ Este mismo planteamiento se encuentra en el régimen de seguros del Reino Unido.

personas, radica en la imposibilidad de cuantificar el daño inmaterial. En todo caso, por la experiencia de la jurisprudencia actual, es conocido que se pueden fijar baremos indemnizatorios para estos casos. A razón de lo anterior, es que se ha criticado que no se dé carácter indemnizatorio a los seguros de personas¹²¹. Un ejemplo dicha crítica es López Blanco, quien estima: *“Es tema que merece replanteamiento pues no existe argumento valedero que justifique esa prohibición absoluta que se hace en nuestra legislación y que solo es producto del tradicional error de considerar los seguros de daños sustancialmente diferentes a los de personas y, adicionalmente, no tener en cuenta la diferencia que en los seguros de personas se presentan entre los de vida y los restantes asignados a ese ramo (salud, accidentes personales, por ejemplo)”*¹²², adicionalmente, posterior a su propuesta de unificación en este punto específico, agrega un apropiado comentario: *“Cierto es que mal puede darse la subrogación en la hipótesis de que el asegurado muera por causas naturales, pero si es víctima de u delito (doloso o culposo) no se ve razón alguna que impida a la aseguradora perseguir al causante del daño en orden a recuperar lo que pagó.”*¹²³

Como excepción a la segunda regla general sobre procedencia de la subrogación, se encuentra lo establecido en los artículos 1100 y 1140 C.Co. El artículo 1140 C.Co. establece que *“Los amparos de gastos que tengan un carácter de daño patrimonial, como gastos médicos, clínicos, quirúrgicos o farmacéuticos tendrán carácter indemnizatorio y se regularán por las normas del Capítulo II cuando éstas no contraríen su naturaleza.”*, por ende, procede la subrogación en favor del asegurador que consagra el Artículo 1096 C.Co.; en lo que atiende al seguro de accidentes de trabajo, el artículo 1100 C.Co. establece la posibilidad que tienen las partes contratantes de disponer que proceda o no la subrogación en favor del asegurador.

En conclusión, tenemos dos reglas generales de procedencia de la subrogación. La primera, que es positiva, establece su aplicación en todo seguro con carácter indemnizatorio, que en principio son los seguros de daños. Pero esto no será así siempre que el responsable jurídico del siniestro sea el asegurado o alguno de los familiares en la norma enumerados, lo que no procede cuando quiera que haya dolo o culpa grave de por medio, o el o estemos ante un contrato de seguro de cumplimiento, crédito o manejo. La segunda regla general es negativa, dispone que no es aplicable el Artículo 1096 C.Co. a los seguros de personas, a menos que se traten de amparos con contenido meramente patrimonial, o que, en caso de un seguro de accidentes de trabajo, se haya pactado su procedencia.

¹²¹ Un ejemplo de esto es: PATTERSON, Edwin W., *“Insurable Interest in Life”*, Columbia Law Review, Vol. XVIII, No. 5, 1918, Págs. 381 - 422.

¹²² LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, Op. Cit., P. 468.

¹²³ *Ibidem*, P. 469.

2.4. REQUISITOS

Una vez se establezca que se encuentra en uno de los casos en que procede la subrogación en favor del asegurador de la que habla el 1096 C.Co., es necesario cumplir con ciertos requisitos para que prosperen las pretensiones derivadas de esta figura. Dichos requerimientos son: 1) “La existencia de un contrato de seguro”, 2) “el pago valido en virtud a (sic) ese convenio”, 3) “que el daño ocasionado por el tercero sea de los amparados por la póliza” y 4) “que acaecido el siniestro nazca para la compañía aseguradora una acción contra el responsable.”¹²⁴

A continuación, se pasa a exponer cada uno de los requisitos que han de ser demostrados para la procedencia de la pretensión indemnizatoria con fundamento en la subrogación en favor del asegurador.

2.4.1. La existencia de un contrato de seguro valido

Lo primero a demostrar por parte de la aseguradora que pretende subrogación, es que al momento del siniestro existía contrato de seguro¹²⁵. En el cual ha de ser el asegurado la víctima del daño del cual se pretende reparación subrogada¹²⁶. De igual manera, dicho contrato ha de gozar de plena validez a la época del siniestro, pues, de lo contrario no podrá ser oponible al causante del daño. Así, “*por ejemplo, si quien no está autorizado para celebrar contratos de seguro actúa como asegurador y paga una indemnización no se subroga pues el contrato no es válido*”¹²⁷, por requerirse cualificación por parte de este sujeto.

2.4.2. El pago valido en virtud del convenio

Para el cumplimiento de este requisito es necesaria la prueba de: 1) la cuantía del daño, 2) el pago de la obligación de la aseguradora y 3) la validez del mencionado pago.

¹²⁴ En una recopilación jurisprudencial fueron establecidos estos requisitos para la subrogación en favor del asegurador por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 03 de septiembre de 2015, M.P. Ariel Salazar Ramírez, Exp. 00429.

¹²⁵ La falta de prueba suficiente sobre dicho contrato podría llevar a que se desestimen las pretensiones de la aseguradora. Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 23 de marzo de 1988, M.P. Rafael Romero Sierra, no publicada.

¹²⁶ En la doctrina extranjera se ha establecido que no importa quien haya pagado la respectiva prima, siempre y cuando sea la víctima del daño en cuestión la asegurada: (*Moreover, the insurers right of subrogation is not affected by the fact that the premium was not paid by someone other than the person who benefits under the insurance contract.*) LOWRY, John; RAWLINGS, Philip, *Insurance Law: Doctrines and Principles*, 2nd Ed., Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2005, P. 291.

¹²⁷ LÓPEZ BLANCO, Op. Cit., P. 453.

En lo que al primer punto se refiere, ha dicho la Corte Suprema de Justicia que “*el asegurador que por pago de una indemnización, en virtud de la subrogación legal a que se aludió, demanda al responsable del siniestro para el resarcimiento de daños, debe demostrar en el proceso el quantum de éstos*”, ya que, “*el monto del daño resarcible por el responsable del siniestro no puede determinarse por el importe que el asegurado haya recibido del asegurador, porque este monto fue fijado a espaldas del responsable; esa regulación del daño causado es para éste res inter alios acta que, por tanto, no puede obligarle*”¹²⁸. En caso de que la aseguradora no pruebe la cuantía del daño, se ha establecido que “*sólo obtendrá una condena in genere*”¹²⁹.

Es necesario tener presente que la obligación de la aseguradora tiene un carácter alternativo. En consecuencia, se obliga de forma condicional a reparar, reponer o reconstruir el bien que ha sufrido el siniestro (art.1110 C.Co.), siendo la misma aseguradora quien tiene la posibilidad de elegir cumplir con una de estas prestaciones para extinguir la obligación. Por lo cual, la prueba del pago podrá constar de: el certificado de transferencia electrónica al asegurado o recibo aceptado por el mismo de la reposición o reconstrucción satisfactoria del bien objeto del seguro. En conclusión, cualquier medio que demuestre la solución de alguna de las prestaciones debidas.

Cuando la Corte Suprema de Justicia hace referencia a la validez del pago, alude a que el mismo ha de cumplir con lo dispuesto por el Artículo 1634 y ss del C.C. y la teoría del pago legal. Razón por la cual, en caso de que el pago sea hecho a persona distinta del asegurado, ha de demostrarse la legitimación que tiene el mismo para recibir¹³⁰.

Este requisito, con dichas características, tiene como finalidad cuantificar el límite por el cual se puede subrogar la aseguradora.

2.4.3. Que el daño ocasionado por el tercero estuviere aparado por la póliza

Con este tercer requisito, se busca el análisis del fundamento del pago efectuado por la aseguradora. Parece un complemento del anterior, y en efecto a nuestro

¹²⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 17 de marzo de 1981, M.P. Germán Giraldo Zuluaga, G.J. T. CLXVI, No. 2407, P. 368 - 371. Esta posición fue reiterada por sentencia posteriores como: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 03 de septiembre de 2015, M.P. Ariel Salazar Ramírez, Exp. 00429.

Sobre la prueba de la cuantía del daño, la Corte recibió críticas por parte del doctrinante Hernán Fabio López Blanco en la P. 226 de la Edición III de su libro *Lecciones de Derecho de Seguros*. De manera acertada, dicho autor se retractó en las paginas 473 – 475 de la edición que ya ha sido citada en la presente.

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 14 de enero de 2015, M.P. Jesús Vall de Rutén Ruíz, Exp. 00475. En el mismo sentido: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 8 de noviembre de 1979, Exp. No. 1975, C.P. Jorge Dangond Flórez. En Acoldese; Fascolda, *Jurisprudencia de Seguros*, Editorial Guadalupe, T. II., Bogotá, 2002, Págs. 56-58.

parecer lo es, pero se ha decidido seguir la división de la Corte para traer a colación el caso del pago *ex gratia*.

Cuando la aseguradora recibe la reclamación por parte del asegurado, ha de constatar que haya surgido el siniestro. Lo que en estricto sentido significa que el hecho dañino se encontraba amparado por la respectiva póliza. En consecuencia, lo que se busca con este requisito, es advertir a la aseguradora, que tan sólo surge la posibilidad de la subrogación cuando el pago se da en cumplimiento estricto de la obligación propia derivada del contrato de seguro. Así, por ejemplo, si una compañía “X” toma un seguro de daños con la aseguradora “Y” para proteger el vehículo que es usado para el transporte de su mercancía, pero en dicho contrato se establece como exclusión los daños provocados por incendio en manifestaciones públicas o revueltas, y resulta el vehículo destruido a causa de un incendio provocado en una revuelta. En ese caso no procedería el pago por parte de la aseguradora. Pero, si dada la creciente flota de la compañía “X”, y la búsqueda de la aseguradora por mantener a “X” como cliente, “Y” decide aceptar la respectiva reclamación y pagar. A estos casos en que la aseguradora indemniza por fuera de lo contemplado en el contrato de seguro, se le conoce como “*pago ex gratia*”¹³¹, en los mismos no procede la subrogación.

Hasta el momento, se tiene que *“la facultad que, en razón de la subrogación, adquiere el asegurador de ocupar la posición que tenía su asegurado para reclamar del directo responsable la reparación del daño, no puede entenderse ilimitada sino que, por el contrario, deriva del riesgo amparado y del perjuicio efectivamente resarcido”*¹³².

2.4.4. Que acaecido el siniestro nazca para la compañía aseguradora una acción contra el responsable

Una vez se ha establecido la existencia de un contrato válido al momento del siniestro, donde el asegurado sea la víctima del daño y que la aseguradora haya solucionado su obligación de conformidad con la ley, para que prospere la

¹³¹ LOWRY, John; RAWLINGS, Philip, Op. Cit., P. 291. En este se expone el curioso caso Napier v. Hunter (1993) en el que la House of Lords del momento, donde se encontraba en reconocido Lord Templeman, amplió la posibilidad de subrogación incluso a los casos de pagos *Ex gratia*, punto que los autores redactan así: “Los aseguradores también adquirirán el derecho de subrogación cuando hayan hecho un pago a causa de la pérdida del asegurado, incluso si no estaba cubierta por la póliza, siempre y cuando dicho pago sea hecho de forma ‘honesto y razonable’”. En todo caso, se critica la vaguedad del criterio de procedencia expuesto por Lord Templeman como ‘honesto y razonable’. (Traducción libre: “The insurers will also acquire the right of the subrogation where they have made a payment for a loss even if it is not covered by the policy, as long as that payment was ‘honestly and reasonably’ made”).

¹³² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 16 de diciembre de 2010, M.P. Arturo Solarte Rodríguez, Exp. 00012.

pretensión indemnizatoria enervada por el asegurador como subrogado de su asegurado, es necesario que “nazca acción contra el responsable”¹³³.

Bajo esta premisa, lo que se busca es advertir que, dado que el asegurador en su calidad de subrogado le es transmitido el derecho de reparación que se encontraba en cabeza de su asegurado, pasando así a ocupar su posición en la relación jurídica con el causante jurídico del daño, implica que sea necesaria la verificación de los supuestos de la responsabilidad civil contractual o extracontractual contra el demandado¹³⁴. En consecuencia, *“la compañía aseguradora debe alegar y probar los mismos elementos fácticos que le habrían servido de sustento al proceso que hubiera adelantado aquel, pues ese derecho derivado que le transmitió el indemnizado”*¹³⁵.

2.5. MECÁNICA DE LA FIGURA: EJECUCIÓN

Una vez estudiada la naturaleza, el concepto, los casos de procedencia con sus excepciones y los requisitos de la subrogación, en el presente aparte se establecerá la mecánica de la figura. Por lo cual, nos hemos permitido incluir tres puntos a desarrollar: 1) su funcionamiento, 2) los derechos que tiene el asegurado, y 3) los derechos que tiene la aseguradora en el marco de esta figura.

2.5.1. Funcionamiento

Este aparte tiene como finalidad explicar las características especiales de la subrogación en favor del asegurador en cuanto a su mecánica y la diferencia fundamental que la hace única: la inexistencia de alguna otra acción en cabeza de la aseguradora para perseguir el dinero.

Ahora, en lo que a la subrogación en favor del asegurador conviene, el primer momento se tiene con la toma del contrato de seguro de daños. Posteriormente, acaece el siniestro, y se activa la obligación indemnizatoria en cabeza de la aseguradora y del tercero causante del daño. Así, una vez la aseguradora cumple con su obligación se activa la cláusula del art. 1096 C.Co., por ende, en cumplimiento de su deber, la aseguradora iniciaría acciones para el recobro de lo pagado.

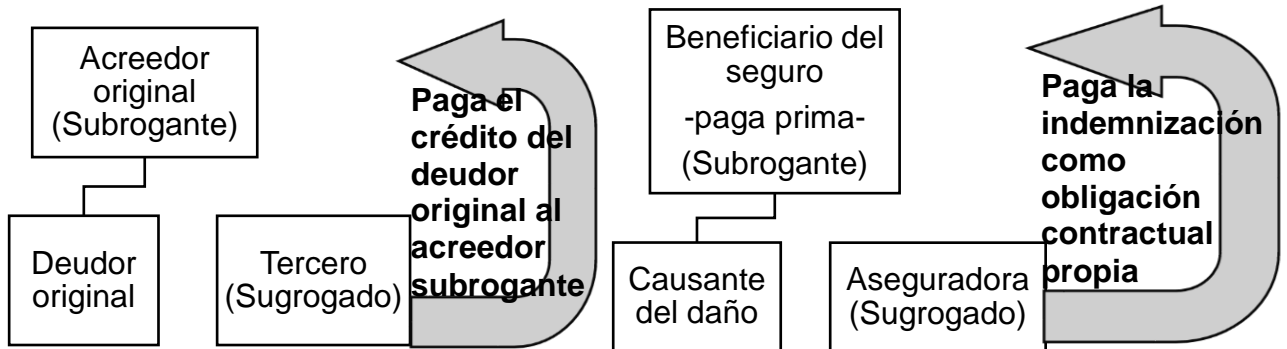
¹³³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 29 de julio de 2002, M.P. Nicolás Bechara Simancas, Exp. No. 6129, no publicada

¹³⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 14 de enero de 2015, M.P. Jesús Vall de Rutén Ruíz, Exp. 00475.

¹³⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 03 de septiembre de 2015, M.P. Ariel Salazar Ramírez, Exp. 00429.

Para una mejor asimilación de esto, en la figura a continuación se encuentran, a la derecha un cuadro que muestra cómo funciona el pago con subrogación del art. 1666 C.C. y a la izquierda la del 1096 C.Co.:

Figura No. 3: Comparación entre subrogación legal y la del art. 1096 C.Co.



Así, una vez inicia el proceso de recobro con base en la subrogación, las partes son la aseguradora y el tercero causante del daño. Pero dicha aseguradora actúa en nombre de su asegurado, "se pone en los zapatos de su asegurado"¹³⁶.

Ahora, tal como se afirmó en el aparte 1.3.2. de la presente tesis, la subrogación legal general tiene como característica principal: la posibilidad que tiene el subrogado de ejercer otras acciones para perseguir el monto de lo pagado. Quien, aun cuando pague una obligación propia por ser un deudor subsidiario o solidario, tiene acciones personales como la de enriquecimiento sin justa causa (por carecer de beneficio en la contraprestación) o la de pago de lo no debido, por no haber recibido beneficio alguno de la transacción. Este mismo argumento no procede en el caso de la subrogación del art. 1096 C.Co.

Aun así, hay quienes consideran que de no existir la subrogación consagrada en el art. 1096 C.Co., la aseguradora aun tendría acción contra el causante del daño. Entre estos, está lo dispuesto por Bustamante y Uribe quienes, fundados en el art. 2342 C.C., consideran a la aseguradora como "víctima del daño", y por ende con derecho propio para solicitar reparación¹³⁷. Esta posición la apoyan al afirmar que: "La subrogación, por lo tanto, no nace del contrato de seguro y de las normas que lo regulan, porque, en realidad tiene su causa eficiente en el daño injusto que causa perjuicio. El Código, al establecer la subrogación por ministerio de la ley, reconoce

¹³⁶ House of Lords, Caso King v. The Victoria Insurance Company (1898).

¹³⁷ BUSTAMANTE FERRER, Jaime; URIBE OSORIO, Ana Inés. *Principios Jurídicos del Seguro*, 2ª Ed., Colombo Editores, Bogotá, 1994, P. 238-239 "nos lleva a pensar que el asegurador tiene fundamentos jurídicos para ejercitar acción por derecho propio, como perjudicado, contra el tercero causante del daño. Aunque no existiera la subrogación por ministerio de la ley o por convenio entre las partes, el asegurador, por el solo hecho de establecer el perjuicio que recibe de un tercero, tiene acción suficiente para demandar la indemnización que corresponda al daño."

una situación jurídica preexistente y facilita su adecuada aplicación". Esta es una concepción errónea por lo siguiente: además de la ley, las fuentes de las obligaciones son, básicamente, el contrato, la declaración unilateral y el daño; así, sobre el punto Gómez Duque establece que la aseguradora *"No podría invocar el contrato con ese tercero, porque tal acuerdo de voluntades no ha existido. Tampoco la declaración unilateral, porque no se ha dado. Por último, no podría el asegurador invocar el hecho ilícito, porque la obligación que pagó no tuvo como fuente ese hecho ilícito, sino que allí la fuente es el contrato del asegurador con el asegurado"*¹³⁸. La aseguradora no sufre un daño ilícito al pagar el siniestro, pues la ocurrencia del daño para ella no contraviene el ordenamiento, sino actúa como supuesto de hecho para hacer nacer y exigir su obligación alternativa.

En conclusión, sin la disposición del art. 1096 C.Co. la aseguradora no tendría acción para el recobro de lo pagado a su asegurado.

2.5.2. Derechos que tiene el asegurado

Los derechos que tiene el asegurado en el ámbito de la subrogación son básicamente tres. El primero de ellos, surge concomitante al siniestro y es ***elegir si afectar o no la póliza***. No es obligatorio para el asegurado, que con la ocurrencia del siniestro decida hacer efectiva la póliza, y exigir la obligación del asegurador. En cambio, podría preferir perseguir directamente al causante del daño, permaneciendo así asegurado y no afectado su reputación ante su compañía de seguros.

El segundo derecho del asegurado surge cuando el mismo ha decidido afectar la póliza. De esta suerte, ***si decide afectar la póliza, tiene derecho a que le sea resarcido el perjuicio***. Más esto se limita únicamente a la cuantía del valor asegurado, considerando el respectivo deducible. Es dable adicionar, que el asegurador no puede reusarse a pagar por el hecho de existir un tercero responsable del daño¹³⁹, ya que incurriría en incumplimiento contractual. También, de existir medida cautelar sobre el bien asegurado objeto del siniestro, ha advertido la Sala Civil de la Corte Suprema, que no es viable argüir la existencia de dicha medida como *"pretexto para abstenerse de satisfacer la prestación a su cargo pues, por el contrario, ella entra a ocupar el lugar del bien embargado y secuestrado, el cual, a su vez, será desplazado como objeto de la cautela"*¹⁴⁰.

¹³⁸ GOMÉZ DUQUE, Arturo, *Régimen de Seguros: El Contrato de Seguro Parte General*, T. I., Ed. Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 2014, p. 459.

¹³⁹ LOWRY, John; RAWLINGS, Philip, Op. Cit., P. 287. *"El asegurador no puede negarse a pagar tan sólo bajo el argumento de que el asegurado tiene acción contra el tercero"*. Traducción libre: *"An insurer cannot refuse to pay merely on the ground that the insured has a claim against a third party"*

¹⁴⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 30 de septiembre de 2004, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena, Exp. 7142.

Como consecuencia de lo anterior, pueden suceder dos escenarios: 1) que el daño sea inferior a la cuantía asegurada, caso en el cual la aseguradora reparará al asegurado y perseguirá la totalidad de la pretensión indemnizatoria; 2) o que el daño sea superior a la suma asegurada, y por ende el asegurado **tendrá derecho a perseguir la suma restante de su daño**, lo que conlleva la posibilidad de negociar¹⁴¹ o ceder su derecho¹⁴² a su asegurador. Esto se resume en que, cuando la aseguradora no repara la totalidad del perjuicio, en atención al principio de reparación integral¹⁴³, y al propósito de la subrogación misma, evitar el enriquecimiento sin justa causa¹⁴⁴, permanece interés y legitimación en la causa en cabeza del asegurado por el perjuicio insoluto¹⁴⁵.

En todo caso, aun cuando la jurisprudencia ha advertido la procedibilidad de la acción directa del dañado por el saldo insoluto, queda una incógnita ¿puede la víctima perseguir el valor de la prima pagada para la protección de la misma?¹⁴⁶ Para dar solución a la incógnita hay que tener en cuenta que, una vez acaece el siniestro, y la aseguradora acepta la reclamación de beneficiario, esta se hace cabalmente dueña de la totalidad de la prima y, con el pago de la indemnización, se extingue el contrato de seguro. Por lo cual, la víctima no estará más asegurada por dicho siniestro. De igual manera, nuestro ordenamiento jurídico ha dispuesto que la función principal de la reparación es el: llevar a la víctima al estado anterior al daño, siempre que sea posible. En este caso, por ser un tema netamente pecuniario, sería posible exigir la prima o que se tome un seguro en favor de la víctima por el tiempo restante del contrato de seguro extinguido a causa del pago del siniestro. Aun cuando no haya pronunciamiento jurisprudencial al respecto, quizás por falta de

¹⁴¹ Cabe advertir, que, en materia de seguro por robo de automóviles, las aseguradoras estilan exigir el traspaso del vehículo hurtado como requisito para que se acepte la respectiva reclamación. Y, en caso de que el vehículo sea recuperado, nada devuelve al asegurado. Practica que resulta cuestionable. Cfr. LÓPEZ BLANCO, *Op. Cit.*, P. 461

¹⁴² LÓPEZ BLANCO, *Ibidem*, P. 461-462 advierte sobre la necesidad de regular la cesión de derechos en materia del contrato de seguro, agregando la participación del asegurado en el salvamento, pues no es común que las aseguradoras pacten esto en favor del asegurado, por lo cual sólo le quedaría la vía de un tedioso proceso declarativo para exigir tal suma.

¹⁴³ Cabe advertir que hay autores como M'CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecelia, que consideran a la reparación integral como una regla jurídica, y no un principio. En *Tipología y Reparación del Daño Inmaterial en Colombia: Comentarios Críticos sobre la Jurisprudencia Reciente*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, P. 54 y ss.

¹⁴⁴ BIRDS, *Op. Cit.*, P. 313.

¹⁴⁵ SWENSEN, Michael, "Insurance Subrogation: The What, The Who, and The How", *Utah Bar Journal*, Vol. 28, No. 4, Utah, July 2015, P. 45.

¹⁴⁶ Este mismo planteamiento se hace en HENAO PÉREZ, Juan Carlos, *El Daño: Análisis Comparativo de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés*, 1era Ed., 2da Reimp., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, P. 61. Quien llega a una conclusión igual a la nuestra.

técnica en las pretensiones, consideramos que, en virtud del principio de reparación integral procede la solicitud de resarcimiento de las primas pagadas¹⁴⁷.

Con relación a este último punto, salta a la vista la necesidad de analizar lo sucedido con regalos y otras entradas que surjan a partir del siniestro. Es necesario determinar su relación respecto al quantum de la reparación que puede perseguir la víctima. En consecuencia, el ordenamiento jurídico colombiano ha advertido que, cuando a partir de un daño la víctima recibe otras entradas, que no tengan índole indemnizatoria otorgada por la ley, se entiende que hay una diversidad de causa, que en muchas de las veces ha sido atribuida al altruismo de quien otorga dicho “regalo”¹⁴⁸. Por lo cual, como sucede para el caso relevante a la subrogación, siguiendo al Reino Unido¹⁴⁹, el asegurado tendría capacidad de quedarse con el mismo sin que sea descontado del quantum del daño.¹⁵⁰

2.5.3. Derechos que tiene el asegurador

En el marco contractual, y lo dispuesto por la jurisprudencia como contenido del Art. 1096 C.Co., al asegurador que ha pagado el siniestro cumpliendo los requisitos para subrogarse en la posición de su asegurado se le han conferido los siguientes derechos:

El primero es el de ***ejercer las mismas acciones, y con las mismas ventajas, que el asegurado subrogante***¹⁵¹. Este es el principal derecho que tiene la aseguradora, y del cual derivan los que se exponen en párrafos precedentes¹⁵². Procede del funcionamiento de la subrogación legal, a la que pertenece la figura examinada¹⁵³. En consecuencia, dado que el derecho que adquiere el asegurador

¹⁴⁷ Bajo esta perspectiva, resulta claro que también goza de interés indemnizatorio la víctima en lo atinente al deducible y los descuentos que realice el asegurador, pues se tienen como saldo insoluto del perjuicio. Incluso, lo serían los futuros incrementos en primas que el siniestro le causare.

¹⁴⁸ *Ibidem*, P. 50 y ss.

¹⁴⁹ “*El asegurado está llamado a conservar el regalo sólo cuando este tiene la intención de ser una compensación extra para él*” BIRDS, Op. Cit., P. 314. (Traducción libre: “*The insured is entitled to retain the gift only when it was intended as extra compensation for him*”).

¹⁵⁰ *Ibidem*, P. 313 - 314, el autor pasa a examinar lo sucedido con el llamado “*surplus*” que existe en el sistema anglosajón. Esto es el excedente al que se condena, en ocasiones, al responsable del daño a título de daño punitivo. Si bien este no es un tema que aqueja a nuestra tradición romano-germánica, si resulta interesante la solución que ha propuesto la *House of Lords* del Reino Unido, que ha dispuesto que dicho monto sea repartido entre la aseguradora y el asegurado.

¹⁵¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 23 de septiembre de 2002, M.P. José Fernando Ramírez Gómez, Exp. No. 6581.

¹⁵² Sucede igual en el Reino Unido. Vease: LOWRY, John; RAWLINGS, Philip, Op. Cit., P. 290 y 293; También BIRDS, John, Op. Cit., P. 309 que trae un mejor desarrollo de este tema en P. 315-333. En la jurisprudencia: *Castellian v. Preston* (1883), en especial lo dicho por Brett LJ.

¹⁵³ A pesar de ello, Andrés E. Oroñez O. hace referencia a esta figura como “*un mecanismo que, a lo sumo, estaba llamado a subrayar los efectos de la acción de reembolso, de suyo existente ya sin necesidad del dispositivo del Código de Comercio*”, posición que considero desacertada, pues como se ha establecido en páginas precedentes, la acción de reembolso carece de este especial privilegio

es derivado, tiene el mismo contenido y se rige por las mismas normas. En virtud de lo cual, si bien en materia aseguradora se establece un término de prescripción especial (ordinario y extraordinario), no procede este, sino el propio de la acción de responsabilidad subrogada.

La última apreciación lleva a destacar dos puntos: el límite y las consecuencias del derecho adquirido. Así, como se expuso en el parte 2.4.2, el tope cuantitativo se fija según el importe de lo debidamente pagado por el asegurador¹⁵⁴, aun cuando se pruebe que el quantum del daño fue superior¹⁵⁵. A razón de esto, *“el responsable podrá oponer al asegurador las mismas excepciones que pudiere hacer valer contra el damnificado”*¹⁵⁶.

Anteriormente, la jurisprudencia no tenía claro el alcance de este derecho. Lo que llevo a que el Magistrado Alejandro Bonivento Fernández, en 1988, no reconociera la corrección monetaria solicitada en el marco de la acción subrogada de un seguro de transporte¹⁵⁷. En dicha sentencia se consideró que el derecho del asegurador derivaba del contrato de seguro, y por ende resultaba distinto al que tenía su asegurado en el marco del contrato de transporte. Continuó esta situación en la jurisprudencia precedente¹⁵⁸, algunas de ellas con salvamentos de votos rescatables como el del Dr. Javier Tamayo Jaramillo, quien, en atención al principio de la reparación integral, consideró que *“la conclusión lógica es la de que esa corrección pertenece al asegurador. Y en esta solución no hay un enriquecimiento sin causa del asegurador”* pues con *“la corrección monetaria al asegurador sólo se le esta manteniendo el valor intrínseco a la indemnización”*¹⁵⁹. Afortunadamente, en la actualidad, se ha aceptado la posibilidad de indexación de la reparación, en tanto comprendió la Corte que *“la medida de la obligación de reparar está determinada*

que otorga la subrogación legal, y en la misma recae la razón de su adopción. Ordoñez Ordoñez, Andrés Eloy, *Estudios de Seguros*, “La subrogación en el contrato de seguro”, U Externado, Bogotá, 2012, P. 239

¹⁵⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 20 de octubre de 1988, M.P. Eduardo García Sarmiento, G.J.T. CXCII, No. 2431, II semestre 1988, págs. 217-228. En el mismo sentido Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 06 de noviembre de 1990, M.P. Héctor Naranjo Marín, no publicada.

¹⁵⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 13 de diciembre de 1988, M.P. Eduardo García Sarmiento, no publicada. En el mismo sentido también Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 15 de agosto de 1991, M.P. Eduardo García Sarmiento, no publicada.

¹⁵⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 09 de octubre de 1998, M.P. José Fernando Ramírez Gómez, Exp. No. 4895, G.J.T. CCLV, II semestre de 1998, págs. 748 y ss.

¹⁵⁷ NARVÁEZ BONNET, Jorge Eduardo, *El Contrato de Seguro en el Sector Financiero*, 3ª Ed., Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2014, P. 398 y 399.

¹⁵⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 13 de octubre de 1995, M.P. Héctor Marín Naranjo, Exp. No. 3986, G.J.T. CCXXXVII, II semestre de 1995, v.2, págs. 1110 y ss.

¹⁵⁹ *Ibidem*. Salvamento de Voto de Javier Tamayo Jaramillo.

por el alcance del agravio y no por las calidades del acreedor, o por la forma cómo haya sido transferido -o traspasado- el derecho”¹⁶⁰.

Otro de los derechos que tiene el asegurador que ha pagado válidamente el siniestro es **que se le procure la subrogación**. El presente es el correlativo de la obligación del asegurado de no actuar en contra del asegurador, ni aceptar su responsabilidad o renunciar a la indemnización¹⁶¹. En caso de incumplimiento por parte del asegurado a este postulado perdería el derecho a solicitar indemnización del perjuicio a la aseguradora¹⁶². De igual manera, una vez el asegurador cubra el daño asegurado, no podrá el beneficiario del seguro perseguir más allá del saldo insoluto. Si este recibe del responsable del daño indemnización fuera los mentados parámetros, podrá el asegurador perseguirlo por dicha suma.

2.6. FUNDAMENTO DE LA SUBROGACIÓN EN FAVOR DEL ASEGURADOR

Es común que en la doctrina colombiana se establezcan como fundamento de la subrogación en favor del asegurador: la prevención del doble cobro por el asegurado o la reducción de las primas. A nuestro parecer, estas son en realidad funciones que cumple la mentada figura. En cambio, a continuación, se presentará como fundamento las que han inspirado la creación de la figura, y su adopción de la misma.

Como se dijo anteriormente, esta figura fue concebida en el Reino Unido. Allí la doctrina y jurisprudencia son pacíficas al entender que la subrogación nace a partir de la aplicación del principio de equidad y del “*common law*”. Cuando en el caso *Randall v. Cockran* (1748) se aplica la subrogación por primera vez, se vio como una salida basada en la equidad para evitar el doble cobro por el daño¹⁶³. De igual manera, en casos más recientes, como *Napier v. Hunter* (1993) Lord Templeman adujo que esta figura “*se desarrolla tanto en equidad como en common law*”¹⁶⁴. Sobre este punto concuerda la doctrina anglosajona, razón por la cual Swensen establece que “*es un concepto desarrollado a partir de principios de equidad*”¹⁶⁵, de

¹⁶⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 18 de mayo de 2005. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo, Exp. 0832. A partir de esta sentencia se reconoce la corrección monetaria en todo caso de subrogación por parte de asegurador. Aún así, en la misma salvó voto Manuel Isidoro Ardila Velázquez.

¹⁶¹ Art. 1097 C.Co.

¹⁶² *Ejusdem*.

¹⁶³ Fue Lord Hardwicke quien, bajo la consideración que quien soportó en realidad el daño fue el asegurador, determinó que bajo presupuestos de equidad debía tomar el puesto del asegurado en el litigio.

¹⁶⁴ *Napier v. Hunter* (1993), Lord Templeman, (traducción libre: “it is developed in equity as well as at common law”)

¹⁶⁵ SWENSEN, Op. Cit., P. 44. (Traducción libre: “Insurance subrogation is a concept that is developed out of equitable principles.”)

igual manera, Birds considera que la doctrina de la subrogación “*resultaría más apropiado clasificarla como una doctrina legal fundamentada por la equidad*”¹⁶⁶.

Si bien este tipo de cuestiones no han tenido un amplio desarrollo en las fuentes colombianas, dado que llega como adopción de la inglesa, si ha habido ciertas afirmaciones al respecto¹⁶⁷.

La Corte Suprema de Justicia ha reconocido el desarrollo inglés de la figura al aceptar su fundamento en la equidad misma. Así, estudiando el desarrollo de las normas que regulan el contrato de seguro en el Reino Unido, y las consecuencias que causa conceder a este contrato el principio indemnizatorio, acepta que “*amparados en elementales principios de equidad, dichos doctrinantes preconizaron entonces la necesidad de consagrar para el asegurador que paga al asegurado el valor de la cosa asegurada*”¹⁶⁸. De igual manera, en pronunciamiento reciente, al estudiar el carácter de orden público del que goza la norma, se dispuso que “*se produce ope legis, porque dicha norma, fundada en principios de equidad...*”¹⁶⁹.

Por otro lado, en Colombia, se ha dicho por ciertos autores y la jurisprudencia, que su fundamento es simple y llanamente política legislativa. Posición que a nuestro parecer es insostenible, pues toda decisión del legislador ha de tener un trasfondo que lo motive, no puede ser arbitraria. En cualquier caso, entre los autores que apoyan esta posición están: López Blanco, siguiendo lo dispuesto por Halperin, quien afirma “*el fundamento de esta subrogación es más política legislativa que estrictamente jurídico*”¹⁷⁰, a lo que el primero agrega que “*Los motivos por los cuales se introdujo en nuestro sistema son fundamentalmente los mismos, puesto que, al fin y al cabo, ella es común a todas las legislaciones de seguros en el mundo occidental*”¹⁷¹. En este mismo sentido, en el 2005, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, al analizar el carácter imperativo y de orden público de la norma del 1096 C.Co., dijo “*De allí que la communis opinio no dude en reconocer que la subrogación del asegurador, ontológicamente analizada, hunde sus raíces más en consideraciones de política legislativa general, en guarda de preservar caros principios que, por su significación, trascienden de la mera relación aseguraticia*”¹⁷².

¹⁶⁶ BIRDS, Op. Cit., P. 308. (Traducción libre: “*it may be more proper to classify it as a legal doctrine supported by equity.*”)

¹⁶⁷ Por ejemplo, GOMÉZ DUQUE, Op. Cit., P. 465. Considera que es la equidad la que indica que sea el asegurador quien se beneficie de la subrogación

¹⁶⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 18 de enero de 1984, M.P. Humberto Murcia Ballén, ID. 344731, G.J. T. CLXXVI n° 2415, pág. 7 - 16.

¹⁶⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 03 de septiembre de 2015, M.P. Ariel Salazar Ramírez, Exp. 00429.

¹⁷⁰ HALPERIN, Isaac, *Contrato de Seguro*, 2ª ed., Edit. Depalma, Buenos Aires, 1972, Pág. 402; en LÓPEZ BLANCO, Op. Cit., P. 445.

¹⁷¹ LÓPEZ BLANCO, Op. Cit., P. 446.

¹⁷² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 18 de mayo de 2005, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo, Exp. 0832.

Por su lado, la aseguradora, quien paga una obligación propia, no tiene dichas acciones. Su derecho sólo deriva de lo dispuesto en el art. 1096 C.Co. Incluso, no encaja en las opciones generales del art. 1668 C.C., toda vez que la aseguradora recibe la prima como contraprestación, dentro de la cual, aun cuando haya de pagar el siniestro, caso último en que la percibirá en su totalidad, para su cálculo se tiene en cuenta una utilidad. En consecuencia, el fundamento de la subrogación en favor del asegurador no es la misma que la del 1666 C.C., pues la aseguradora si tiene un beneficio dentro de la operación. Así es que el fundamento de esta radica en la equidad, que la otorga por el cumplimiento de estas funciones.

2.7. FUNCIONES

Como se dijo en el aparte anterior, son varios los autores latinoamericanos que confunden el concepto de fundamento y funciones de la subrogación en favor de asegurador. A continuación, se expondrán las funciones que cumple en el ordenamiento jurídico dicha figura. Para ello, se hará una breve descripción de cómo se llega a dicha finalidad y comentarios básicos de sus implicaciones. En el capítulo tres, será donde estas serán sometidas a análisis, cumpliendo la finalidad de la presente tesis de grado.

En consecuencia, son cuatro las funciones que hemos reconocido se imputan a la subrogación en favor del asegurador por parte de la doctrina y la jurisprudencia: 1) evitar el enriquecimiento sin justa causa del asegurado y del tercero causante del daño; 2) mantener la función preventiva de la responsabilidad; 3) reducir el costo de las primas; y 4) mantener el equilibrio financiero de la aseguradora.

2.7.1. Evitar el enriquecimiento sin justa causa del asegurado y del causante del daño

Esta es la función que por excelencia ha sido reconocida a este tipo particular de subrogación. La cual se ve desde dos perspectivas: por un lado, evitar que el asegurado saque provecho de su daño. Mientras que, desde la perspectiva del tercero, se busca que este no se enriquezca sin justa causa, permitiéndose no responder civilmente por el daño que ha causado¹⁷³. Estos fueron los derroteros finalistas que llevaron a la creación de la figura misma.

Con el acaecimiento del daño, surge a cargo del causante la obligación de reparación a la víctima. Cuando dicha victima goza de un seguro de daños, su aseguradora también tiene la obligación de reparar el mismo daño. Aun así, dado la subrogación transfiere los derechos de persecución de la acción de reparación

¹⁷³ Funciones reconocidas en fallos: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 13 de octubre de 1995, M.P. Héctor Marín Naranjo, Exp. No. 3986, G.J.T. CCXXXVII, II semestre de 1995, v.2, págs. 1110 y ss.; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 23 de septiembre de 2002, M.P. José Fernando Ramírez Gómez, Exp. No. 6581.

hasta el importe de lo pagado, evita “la doble indemnización de la víctima y por ende, que el perjuicio se constituya en fuente de enriquecimiento, en tanto recibiría el pago proveniente del seguro y el de la persona directamente responsable”¹⁷⁴. Por su parte, Gómez Duque, en su libro *Régimen de Seguros: El Contrato de Seguro Parte General*, agrega que la solución enaltece el principio indemnizatorio del contrato de seguro, que desde su perspectiva tiene como finalidad que “el seguro nunca podrá ser fuente de enriquecimiento para el asegurado”¹⁷⁵.

Por otro lado, la subrogación también tiene como finalidad evitar el enriquecimiento sin justa causa por parte del causante del daño. Ello bajo la consideración, altamente inglesa¹⁷⁶, de no permitir que el mentado se beneficie de un seguro del cual no pago prima. Que sucedería si una vez indemnizada la víctima, el mismo no fuese compelido a la satisfacción de su obligación de reparación. “Esto es algo que iría en contra los principios generales del derecho, porque es un tercero”¹⁷⁷, además iría en contra de la moral social¹⁷⁸.

Así, la primera función que se le reconoce a la subrogación es la evitar el doble cobro por parte de la víctima y a causa del daño y el beneficio del seguro por parte tercero causante del daño, quien no pagó prima por el mismo.

2.7.2. Mantener la función preventiva de la responsabilidad

Como consecuencia de la anterior, la subrogación logra el mantener la función preventiva de la responsabilidad. En tanto se ejerza la acción contra el tercero, se logrará llevar a los asociados la idea de que todo aquel que inflija un daño a otro, sin importar si este se encuentra o no asegurado, siempre tendrá que cubrir el valor de la reparación del mismo. Lo que conlleva a reforzar la mentalidad de prevención y actuación proba y diligente en las personas, para así no verse envueltos en un proceso de responsabilidad y exponer su patrimonio¹⁷⁹.

¹⁷⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 23 de septiembre de 2002, M.P. José Fernando Ramírez Gómez, Exp. No. 6581

¹⁷⁵ GOMÉZ DUQUE, Op. Cit., P. 464. Sigue esta misma línea argumentativa STIGLITZ, Rubén S., *Derecho de Seguros*, Tomo II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, P. 471.

¹⁷⁶ Cfr. WEIR, Tony. “Subrogation and Indemnity”, *The Cambridge Law Journal*, Volume 71, Part 1, March 2012, P. 5.

¹⁷⁷ GOMÉZ DUQUE, Op. Cit., P. 464.

¹⁷⁸ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 13 de octubre de 1995, M.P. Héctor Marín Naranjo, Exp. No. 3986, G.J.T. CCXXXVII, II semestre de 1995, v.2, págs. 110 y ss.

¹⁷⁹ En la doctrina y jurisprudencia colombianas es unánime el reconocimiento de esta función de la subrogación. Para citar algunos ejemplos, se puede remitir a: GOMÉZ DUQUE, Op. Cit., P. 462 y ss; Ordoñez Ordoñez, Andrés Eloy, *Estudios de Seguros, “La subrogación en el contrato de seguro”*, U Externado, Bogotá, 2012, P. 240; entre otros; en la jurisprudencia: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 13 de octubre de 1995, M.P. Héctor Marín Naranjo, Exp. No. 3986, G.J.T. CCXXXVII, II semestre de 1995, v.2, págs. 1110 y ss; Corte Suprema de Justicia, Sala de

2.7.3. Reducir el costo de las primas

Otra de las incidencias que tiene la subrogación que contempla el artículo 1096 C.Co. es respecto a las primas. Dicha contraprestación en favor del asegurador, arguyen en la doctrina, se ve menguada gracias a la subrogación. Se ha dicho que *“a través de la pretensión deducida por el asegurador, consistente en el recupero de la suma afrontada en favor del asegurado con motivo del siniestro, se obtiene la finalidad de disminuir el costo de gestión del ramo. El efecto de lo expresado habrá de traducirse en una disminución de la entidad de los premios y el aumento de las garantías colectivas en ventaja de la masa de asegurados”*¹⁸⁰. Lo que en palabras más sencillas significa que: *“el asegurador, al calcular la “tasa”, debe mirar las posibles subrogaciones que le traerán utilidad, para rebajar proporcionalmente las primas de la mutualidad”*¹⁸¹.

2.7.4. Mantener el equilibrio financiero de la compañía

La última de las funciones que se endilga a la subrogación en favor de la aseguradora es la de mantener el capital de la aseguradora en niveles idóneos para el ejercicio de su actividad. Entre los exponentes que defienden esta función en Colombia está López Blanco, quien asegura que *“de esta manera las aseguradoras una forma de reducir el impacto económico que les causan los siniestros pagados”* a lo que agrega que no constituye *“fuente de lucro para ellas”*¹⁸². En este mismo sentido, en la doctrina latinoamericana Soler Aleu apoya esta misma función y considera que es la forma como se mantiene el capital óptimo para el desarrollo de los fines de la compañía¹⁸³. En cuanto a la doctrina anglosajona, hemos querido traer lo dispuesto por Gibson y Solís, quienes no sólo argumentan que funciona como método para mantener el patrimonio de la aseguradora, sino que además les permite *“la posibilidad de recobrar lo que por derecho les pertenece”*¹⁸⁴.

2.8. CONCLUSIONES PARA EL SEGUNDO CAPÍTULO

Para este capítulo concluimos que:

1. La subrogación en favor del asegurador es una figura que nació en Inglaterra en el año 1748. En Colombia la figura fue adoptada en el Código de Comercio

Casación Civil, Sentencia del 23 de septiembre de 2002, M.P. José Fernando Ramírez Gómez, Exp. No. 6581.

¹⁸⁰ STIGLITZ, Rubén S., *Derecho de Seguros*, Tomo II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, P. 471.

¹⁸¹ GOMÉZ DUQUE, Op. Cit., P. 465.

¹⁸² LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, *Op. Cit.*, P. 447

¹⁸³ SOLER ALEU, Amadeo, *Seguro de automotores*, Buenos Aires, Edit. Astrea, 1978, P. 267. Cit. en LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, *Op. Cit.*, P. 446

¹⁸⁴ GIBSON, Daniel P.; SOLIS, Jorge, *“Saving Through Subrogation: Making the Process a Profitable Venture”*, Claims Magazine, Abril, 2009, P. 34.

de 1971, buscando adaptarse a la tendencia global, y sustituyendo así la cesión obligatoria de derechos que traía el código de 1887.

2. Esta figura consiste en la transferencia, por disposición legal, del asegurado al asegurador que ha cubierto el siniestro, de los derechos y acciones derivadas de su daño. Su procedencia se predica únicamente de contratos de seguro cuyo pago indemniza a la víctima del daño, siempre y cuando el asegurado o su círculo familiar cercano no sean los causantes jurídicos del daño. Si bien no procede respecto de los seguros de personas, sí lo hace sobre los amparos que tengan un carácter patrimonial, tales como gastos médicos o farmacéuticos.
3. Los requisitos para que proceda la subrogación son: 1) la existencia de un contrato de seguro válido al momento del siniestro; 2) el pago válido en virtud del convenio, para lo cual es necesaria prueba de la cuantía del daño, que detendrá la cuantía por la cual se subroga la aseguradora y de no probarse sólo obtendrá una condena *in genere*, de la solución de la obligación de la aseguradora, y la misma validez del pago conforme a las normas civiles; 3) que el daño causado por el tercero esté amparado, pues de no estarlo, y ser un pago *ex gratia*, no procederá; y 4) que acaecido el siniestro nazca para la compañía aseguradora una acción contra el responsable, pues su derecho es derivado, debe probar cada uno de los elementos de la responsabilidad civil.
4. Si bien en el pago con subrogación el subrogado tiene la posibilidad de ejercer otras acciones para la restitución de lo pagado, en el caso del asegurador, este sólo consta de la posibilidad de subrogación que le otorga el artículo 1096 C.Co. No podría interponer otras acciones pues carece de legitimación al pagar una deuda propia y no sufrir mengua injustificada de su patrimonio.
5. En el marco de la subrogación el asegurado tiene derecho a: 1) elegir si afectar o no la póliza, decidiendo así si ser indemnizado por la aseguradora o el responsable del daño; 2) una vez decide afectar la póliza, tiene derecho a que le sea indemnizado el siniestro hasta el monto contratado, y no puede la aseguradora reusarse por haber otro responsable, so pena de incurrir en responsabilidad contractual; y 3) tiene derecho a perseguir la suma restante de su daño, si lo pagado por la aseguradora no logra cubrir la totalidad de los perjuicios.
6. De igual manera, la aseguradora tiene como derechos: 1) el ejercer las mismas acciones que el asegurando subrogante, y con las mismas ventajas que la posición obligacional contenga; y a 2) que se le procure la subrogación, ello lleva a que el asegurado no pueda aceptar responsabilidad

o renunciar, total o parcialmente, a la indemnización, actuando así siempre como apoyo para el asegurador en su acción.

7. Si bien en Colombia, dada la falta de estudio en la materia, hay quienes confunden el fundamento de la subrogación con sus funciones, es necesario advertir que distan. El fundamento de la subrogación radica en los principios que sirvieron como inspiración para la creación de esta figura. Así, el fundamento de la figura radica en el principio de equidad y el derecho común.
8. Las finalidades o funciones que la jurisprudencia establece se buscan con la subrogación son: 1) evitar el enriquecimiento sin justa causa del asegurado y del causante del daño, el primero al recoger indemnización del asegurador y del responsable por un mismo daño, y el segundo al librarse de responder por un daño que causó, sacando provecho de un seguro por el cual no pagó prima; 2) mantener la función preventiva de la responsabilidad, al cobrar al responsable del daño se envía un mensaje a la sociedad en pro de evitar daños, pues de lo contrario habrían de responder y arriesgar su patrimonio. La doctrina ha agregado otras funciones como: 3) reducir el costo de las primas, pues al tener en cuenta la probabilidad de recobro, se haría un descuento proporcional sobre la misma; y 4) mantener el equilibrio financiero de la compañía, como ingreso relevante que busca saldar las pérdidas por pagos de siniestros.

CAPÍTULO III: EVALUACIÓN CRÍTICA DE LA FIGURA PARA SU FORTALECIMIENTO

A pesar de que esta figura carece de estudios críticos en nuestro ordenamiento, principales doctrinantes la defienden de una crítica *per se* insulsa. La cual, de la lectura de los argumentos a mencionar, se fundamenta en que: no debería proceder la subrogación en favor del asegurador por cubrir este una obligación propia¹⁸⁵, y ser la subrogación una figura dispuesta tan sólo para quien ha pagado una obligación ajena. Como se estudió en el primer capítulo de esta tesis, la afirmación hecha sobre la subrogación es errónea, pues también procede cuando se es deudor de la obligación primigenia sufragada. Cuando es legalmente propia la Por el contrario, el fundamento de su procedencia radica en el provecho de la prestación que antecede el débito subrogado.

En consecuencia, doctrinantes como Fernando Hinestrosa y Andrés E. Ordoñez han desarrollado dos posturas en defensa de la mentada figura. Por un lado, Ordoñez considera que la figura del art. 1096 C.Co. es *sui generis*, pues se paga una obligación propia, lo que escapa a “*las condiciones propias de la figura en materia general.*”¹⁸⁶; en todo caso, el mismo parece contradecirse cuando, páginas más adelante, al estudiar la viabilidad de pactar cesión de derechos concomitante con la subrogación, dispone que:

*“En efecto, partiendo de la base de que el seguro de daños tiene por definición legal un carácter indemnizatorio (art. 1088 del C.Co.), pagado el seguro, ese pago extingue en su misma medida la acción del asegurado contra el responsable y **equivale, aunque la ley no lo diga expresamente, al pago de una deuda ajena, que conlleva el efecto de la acción de***

¹⁸⁵ En sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 23 de septiembre de 1993, M.P. Pedro Lafont Pianetta, Exp. No. 3961, G.J.T. CCXXV, No. 2464, II semestre, se dijo que el asegurador pagaba una obligación propia derivada del contrato sinalagmático de seguro.

¹⁸⁶ ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, Andrés Eloy, *Estudios de Seguros*, “La subrogación en el contrato de seguro”, Universidad Externado, Bogotá, 2012, P. 227.

*reembolso del artículo 1631 del Código Civil, con efectos sustancialmente similares a la subrogación*¹⁸⁷.

*** Negrita fuera del texto**

Por su parte, el Doctor Fernando Hinestrosa opina que la aseguradora paga una deuda propia, pero que ello no contraviene con la figura de la subrogación, pues la misma no se limita a casos de pago de una deuda ajena. Fundamenta su posición en la consagración del evento 3° del art. 1668 C.C. (caso de los deudores solidarios y subsidiarios), quienes no son terceros en la relación obligatoria, sino, por el contrario, conforman la parte pasiva de la misma, adeudando así el crédito¹⁸⁸. En todo caso, este autor también cae en contradicción pues, más adelante en su obra, dispone: *“La figura de la subrogación exige ontológicamente el pago por un tercero, pago de una deuda ajena y no propia. Y eso es lo que ocurre cuando el asegurador satisface la obligación a cargo del sujeto civilmente responsable: paga una deuda ajena; que si fuera propia no sería concebible la subrogación”*¹⁸⁹.

Como se ha visto, al buscar reforzar la validez de la figura, estos grandes doctrinantes se han visto en aprietos sobre la titularidad de la obligación solucionada por la compañía de seguros. Al respecto, considero que: 1) la obligación del asegurador es condicional del tipo mixto, pues no sólo depende del hecho futuro e incierto independiente de la voluntad de las partes, sino que también de la voluntad del acreedor, concomitante o posterior al siniestro, de afectar la póliza¹⁹⁰; 2) una vez se cumple la condición, la aseguradora soluciona una obligación propia; 3) el estado de la aseguradora es de deudor subsidiario; aunque 4) el fundamento de la consagración del art. 1096 C.Co. no es el mismo que el de los casos del Código Civil, sino que dependerá del cumplimiento de sus funciones. Fue estatuida por razones de interés general.

La finalidad de esta capítulo es hacer un análisis jurídico sobre el cumplimiento de las funciones de la subrogación en favor del asegurador, y mostrar la relación que tienen con el fundamento para su consagración y su naturaleza jurídica. En

¹⁸⁷ *Ibidem* P. 239

¹⁸⁸ HINESTROSA FORERO, Fernando. *Tratado de las Obligaciones: Concepto, Estructura Y Vicisitudes*, Op. Cit., P. 424.

¹⁸⁹ *Ibidem* P. 424. Cabe aclarar que, en una interpretación más amable del escrito, parece que el autor hace referencia a la posición planteada en la presente tesis. En virtud de la cual la subrogación no depende si se es jurídicamente deudor o no del crédito, sino de si se sacó o no provecho del mismo, siendo titular, previa disposición legal, quien no tuvo interés o provecho alguno. Esto pues seguido establece que: *“Lo cual, sin ir más lejos, es lo que ocurre con ‘el que paga una deuda a que se halla solidaria o subsidiariamente obligado’, que, como es bien sabido, es deudor o responsable para ante el acreedor, pero internamente, frente a sus compañeros o al deudor, puede ser solo garante o puede serlo en parte, y únicamente en la medida en que sea tal, esto es, en que sea tercero y, por lo mismo, haya pagado una deuda ajena, se subrogará”*.

¹⁹⁰ La obligación del asegurador exige dos elementos para nacer a la vida jurídica y surtir su concomitante exigencia. Estas son: 1) la ocurrencia del siniestro, entendido como el acaecimiento del hecho asegurado, y 2) la exigencia del asegurado de hacer efectiva la póliza.

consecuencia, se llegará a la conclusión de que: 1) es un deber, y como tal exige su obligatoria ejecución por disponerse con su consagración la persecución de fines estatales, fines que se manifiestan a través de las funciones de la figura; y que 2) desde una perspectiva meramente jurídica, dichas funciones no se cumplen en todos los casos, ya sea por imprecisión conceptual falta de ejercicio o incertidumbre; 3) pero que, la falta de ejercicio es compensada por lo excesivo de este deber en ciertas situaciones, pero que esto no es óbice para su eliminación, sino modificación para mantener su legitimidad, y con ello el carácter social que reviste. Por último, en el presente se hará una somera propuesta para solventar las falencias que tiene el modelo actual.

Para cumplir con el objetivo propuesto, se analizará el cumplimiento de las funciones principales para las cuales se dispuso la subrogación. Posteriormente estableceré la naturaleza de deber que tiene para la compañía aseguradora, y en qué se fundamenta esta imposición.

Dada la amplitud de modalidades aseguradoras que hacen parte de los seguros de daños, los informes estadísticos y contables a los que se hará referencia serán los dispuestos por las entidades competentes para el ramo de los microseguros. Un estudio detallado de cada uno de ellos no es la finalidad de la presente, pues el análisis económico y estadístico no es objeto de esta tesis. Me circunscribo a un análisis jurídico.

3.1. ANÁLISIS DEL CUMPLIMIENTO DE LAS FUNCIONES

A la subrogación se le atribuyen cuatro funciones, dos de índole jurisprudencial y apoyadas por la doctrina, y las demás son simplemente doctrinales. Así, la jurisprudencia ha destacado que se consagró la subrogación en favor del asegurador en búsqueda de: 1) evitar el enriquecimiento sin justa causa y 2) mantener la función preventiva de la responsabilidad. Estas son las funciones principales¹⁹¹. En cuanto a las otras dos funciones, que son apoyadas por la doctrina, las denominaré funciones subsidiarias. Estas son: 1) reducir el costo de las primas y 2) mantener la solidez financiera de la compañía aseguradora.

3.1.1. Evitar el enriquecimiento sin justa causa

El enriquecimiento sin justa causa es una figura que nace de la equidad, en virtud de la cual se busca evitar el traspaso de un patrimonio a otro sin causa jurídica que lo justifique. Esta goza de ser un principio general del derecho, inspirando,

¹⁹¹ Las considero como principales pues, no sólo son las reconocidas por la unanimidad de la jurisprudencia colombiana e inglesa (véase nota 172-177), sino, también, por ser éstas parte de la conclusión a la que se llegó en el VII Encuentro Nacional de La Asociación Colombiana de Derecho de Seguros, donde se reunieron los más importantes exponentes del ramo en Colombia para discutir sobre la subrogación en favor del asegurador (junio 25 a 29 de 1981, Cali, Colombia P. 147).

interpretando y llenando el ordenamiento jurídico; y como acción útil con fines restitutivos.

Esta categoría encuentra sus orígenes en el derecho romano. En especial, en los pasajes de Pomponio, recogidos en el Digesto, según el cual “*por derecho natural es equitativo que ninguno se haga más rico con detrimento de otro y con injuria*”, y que “*es de justicia natural que nadie se enriquezca a costa de otro*”¹⁹². Así, se crearon *condictios* (remedios usados en Roma para corregir injusticias derivadas de actos válidos) inspiradas en la figura, como, por ejemplo: la *condictio indibiti*, creada para la restitución de aquel que pagaba una deuda inexistente; y la *condictio sine causa*, de carácter residual, y dirigida a situaciones de desequilibrio patrimonial inequitativo. Dentro de estas encajaba la *actio in rem verso*, que, si bien en un comienzo buscó retraer el negocio de quien contrató con un *allieni iuris* no autorizado por su *pater familias*¹⁹³, “*con el paso de los siglos considerada como el remedio universal para corregir el enriquecimiento sin causa*”¹⁹⁴.

En Colombia, la figura fue adoptada por vía jurisprudencial a partir de la interpretación de la Ley 153 de 1887. Su regulación general no se vino a dar sino hasta 1971 con la expedición del Decreto 410 (C.Co.). El mayor desarrollo de esta figura se ha dado en su calidad de acción¹⁹⁵ -*actio in rem verso*- en virtud de la cual, desde 1935, ha sido pacífica la jurisprudencia en aceptar que para su procedencia se requieren de los siguientes requisitos: 1) enriquecimiento de uno, 2) el empobrecimiento correlativo de otro, 3) que ese empobrecimiento carezca de causa justa, y 4) que el empobrecido carezca de otra acción para hacer valer su derecho a la restitución¹⁹⁶.

Como principio general del derecho, esta categoría constituye un imperativo moral de carácter deontológico. En virtud del cual, “*el ordenamiento jurídico no quiere patrocinar el acrecimiento económico de un sujeto a expensas de otro, cuando no existe ningún fundamento jurídico que lo justifique, postulado que encaja, desde luego, con la necesidad de dar a cada quien lo suyo, esto es, lo que verdaderamente le corresponde de acuerdo con los principios de justicia y equidad*”¹⁹⁷. Este principio goza de un gran valor normativo: el evitar que alguno acreciente su patrimonio sin

¹⁹² Justiniano, Digesto: D. 50.17.206

¹⁹³ Este caso se encuentra, en una forma moderna, en el art. 1747 C.C.

¹⁹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 19 de diciembre de 2012, M.P. Jesús Vall de Rutén Ruiz, Exp. Ref. 54001-3103-006-1999-00280-01.

¹⁹⁵ Que en realidad se enmarca en el campo de la pretensión y no de la acción. Esta es una discusión que ha venido haciendo carrera en el derecho procesal. Al punto que ha inspirado modificaciones en legislaciones de este tipo, como el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo donde se optó por hablar de medios de control y no de acciones.

¹⁹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 28 de agosto de 2001, M.P. Jorge Santos Ballesteros, Exp. 6673.

¹⁹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 7 de octubre de 2009, M.P. Edgardo Villamil Portilla, Exp. 00164-01.

causa fundada. Siendo así una de las manifestaciones de la equidad que ha inspirado normas de gran relevancia como la subrogación en favor del asegurador.

Al día, en Colombia, se ha sostenido que la consagración de la figura del art. 1096 C.Co. el ordenamiento jurídico *“tiene por objetivo básico la necesidad de evitar el enriquecimiento del causante del daño, así como enervar la posibilidad de que el asegurado obtenga un doble pago del perjuicio”*¹⁹⁸. Así, en función de esta figura los intervinientes en el marco de la subrogación no se enriquecerían sin causa justa.

En consecuencia, a continuación, se analizará si la subrogación cumple esta función, vista desde la perspectiva del asegurado y del tercero¹⁹⁹.

3.1.1.1. Desde la perspectiva del asegurado

Desde la perspectiva del asegurado, la concepción clásica de esta función considera que, con la subrogación se evita su enriquecimiento sin justa causa al impedir que este pueda cobrar el daño tanto al asegurador como al tercero llamado a responder por los perjuicios. Con ello, se ha dicho, busca *“evitarse a toda costa que, a través del seguro de daños, el asegurado pueda acumular indemnizaciones derivadas de un daño en medida tal que pueda verse beneficiado económicamente y en una situación mejor de la que tenía antes de que éste se produjera, ya que automáticamente ello lo llevaría a tener un interés evidente en la realización del siniestro, convirtiéndose en consciente o inconsciente motor del mismo, con clara desventaja de su contraparte contractual”*²⁰⁰. Este postulado, tal como el planteado, parece devenir del seguimiento al principio del daño indemnizatorio.

El planteamiento clásico antes citado, al menos a mi parecer, resulta jurídicamente insostenible, pues atribuye una función a la subrogación del art. 1096 C.Co. que no le es propia, sino que se logra gracias a otras categorías. Para probar esta

¹⁹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 13 de octubre de 1995, M.P. Héctor Marín Naranjo, Exp. No. 3986, G.J.T. CCXXXVII, II semestre de 1995, v.2, págs. 1110 y ss.

¹⁹⁹ Con el fin de evitar que en Colombia se reproduzcan teorías que han tenido un eco en Inglaterra, cabe aseverar que el asegurador tampoco se enriquece de forma injustificada con la subrogación. Ejemplo de seguidores de esta tesis son: HASSON, Reuben, *Op. Cit.*, P. 416 – 438; BIRDS, John, *Op. Cit.*; LOWRY, John & RAWLINGS, Philip, *Op. Cit.*; entre otros. Se fundamentan en argumentar que el asegurador siempre logra, no sólo recuperar lo que paga a título de indemnización, que además ha previsto y mutualizado en la prima pura; sino que además obtiene un beneficio extra a título de ganancias en la prima Y que incluso, se fomenta el uso de las contragarantías, por ejemplo, en el seguro de cumplimiento. Frente a dicha crítica, es necesario poner de frente las funciones de la subrogación y el carácter de interés público que con las mismas se protege. Que goza de fuente distinta, pues es una suerte de compensación por el ejercicio de dicha función estatal, la cual el ordenamiento jurídico le ha otorgado por su cercanía con los hechos, conocimiento del sector y la importancia que la misma empresa aseguradora reporta en la sociedad. Este aspecto final, tiene un desarrollo de mayor plenitud en los apartes 3.2 y ss.

²⁰⁰ Ordoñez Ordoñez, Andrés Eloy, *Op. Cit.*, P. 240. En este mismo sentido: LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, *Op. Cit.*, P. 446; STIGLITZ, Rubén S., *Op. Cit.*, P. 471.

afirmación, a continuación, será necesario estudiar los conceptos de daño, carácter indemnizatorio del contrato de seguro de daños y el principio de daño indemnizatorio.

Para empezar, se justifica el estudio de la categoría “daño” por ser el eje fundamental sobre el que gira la subrogación y el seguro mismo. Pues, es la causación de un daño antijurídico, que, al estar cubierto por un seguro, y, junto con la voluntad del asegurado de afectar la póliza, constituye siniestro y hace exigible la obligación de reparación del asegurador. De igual manera, dicho daño trae a la vida jurídica la obligación del tercero causante del daño de reparar el mismo.

Así, por daño se han propuesto varias definiciones. Un ejemplo es: “*Daño es lesión del derecho ajeno consistente en el quebranto económico recibido, en la merma patrimonial sufrida por la víctima, a la vez que en el padecimiento moral que la acompaña*”²⁰¹. En todo caso, considero que daño no es más que “*la amenaza o lesión efectiva cierta, personal y subsistente a un bien jurídico*”²⁰². De la última definición, se pueden abstraer los elementos del daño: “*cierto, personal y subsistente*”. La certidumbre del daño hace referencia a aquel que, aun siendo presente o futuro, es indubitable, y no es eventual ni contingente²⁰³. Por su parte, el elemento personal significa que quien solicita la reparación debe ser quien haya sufrido el daño o ser causahabiente. Por último, la subsistencia del daño quiere decir que el mismo no haya sido previamente indemnizado. El carácter del daño que cobra mayor relevancia para la presente línea argumentativa es el de ser subsistente.

Una vez cumplida la condición, se hace exigible y nace la obligación del asegurador. Cuando se está en el marco de un seguro de daños²⁰⁴, la obligación de este se regirá por el principio indemnizatorio²⁰⁵. En virtud de este principio, el pago efectuado por la aseguradora tiene el efecto de reparar el daño sufrido por el asegurado o beneficiario. Consecuencia de ello, es que el límite de la obligación no

²⁰¹ FERNANDO HINESTROSA. *Derecho de obligaciones, Op. Cit.*, p. 529.

²⁰² Definición propia construida a partir de las tendencias aceptadas por la jurisprudencia y doctrina colombianas, en conjunto con los elementos o características que le constituyen.

²⁰³ Es necesario distinguir la certeza del daño y la de su cuantía. El requisito indispensable es la prueba de la existencia del daño, por otro lado, la prueba de la cuantía resulta una carga del demandante, quien, de probar el daño, y no su cuantía, recibirá una condena *in genere*. Véase TAMAYO JARAMILLO, Javier. *De La Responsabilidad Civil: Las Presunciones de Responsabilidad y Sus Medios de Defensa*, Temis, Bogotá, 1989 (reimp.1996).

²⁰⁴ Sobre la discusión de la teoría monista y dualista, y la aplicación del principio indemnizatorio véase págs. 28 y 29.

²⁰⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 27 de agosto de 2008, M.P. William Namén Vargas, Exp. 11001-3103-022-1997-14171-01.

En el Reino Unido la jurisprudencia también ha resaltado la importancia de este principio. Ejemplo de ello es el caso *Castellian v. Preston* (1883), caso insignia en lo que a los derechos de la subrogación en seguros amerita. Otro pronunciamiento de gran importancia es *Roux v. Salvador*. Caso cuyo extracto del *Tindal CJ* y juicioso análisis puede ser encontrado en: Neira Pineda, Juan Camilo, *Op. Cit.*, P. 8.

sólo dependa de lo pactado en la póliza de seguro, sino también de la cuantía del daño²⁰⁶.

En Colombia, como en la mayoría de los sistemas romano-germánicos, rige el principio de daño indemnizatorio. En virtud de este, como suelen expresar maestros en las facultades de Derecho, “*el daño es la medida de la reparación*”²⁰⁷. Lo que, en otras palabras, significa que, el quantum de la reparación dependerá únicamente del alcance económico del perjuicio, que es consecuencia del daño²⁰⁸. Es así que la finalidad de la reparación es dejar indemne al sujeto pasivo del daño, ello es, en situación igual, o más próxima posible, a como si el daño no hubiese ocurrido²⁰⁹.

En consecuencia, dado que el pago que realiza la aseguradora al beneficiario como cumplimiento de su obligación se rige por el principio indemnizatorio, dándole el efecto de reparar el daño, que hace las veces de elemento del siniestro; además de que dispone el principio de daño indemnizatorio que la reparación no puede exceder el monto del perjuicio, dicho daño deja de ser subsistente con el pago de la aseguradora, sea total o parcialmente, según el caso. Por lo cual, carece este de uno de sus elementos, impidiendo que el asegurado o beneficiario solicite la reparación al tercero responsable del daño, o, por lo menos, la limita de la misma forma que la subrogación en favor del asegurador.

Lo que me lleva a la conclusión de que, lo que evita en enriquecimiento sin justa causa del asegurado, en cuanto a prevención de que ejerza un doble cobro de su daño, al tener este una doble fuente indemnizatoria de distinto origen, es el conjunto de estas tres figuras. Las cuales, operan de forma independiente de la subrogación dispuesta por el art. 1096 C.Co.

En vista de que la subrogación en favor del asegurador no es la que cumple la función de evitar que el asegurado ejerza un doble cobro de su daño, no hay lugar a posteriores análisis en este aspecto. Aun cuando, para ciertos autores esta es la única real función de esta subrogación²¹⁰, lo que, al ser derrotada, no daría lugar a

²⁰⁶ Cuantía cuya carga de la prueba está en cabeza del asegurado, según lo dispuesto por el art. 1077 C.Co. Además, es necesario tener en cuenta lo que se descuenta por concepto de deducible.

²⁰⁷ Tomado de apuntes propios de la clase de “Responsabilidad Extracontractual del Estado”, dictada por el Dr. Juan Carlos Henao Pérez, año 2016, Derecho, Universidad Externado de Colombia.

²⁰⁸ Sobre este punto ha dicho la Corte Constitucional: “*El resarcimiento del perjuicio, debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado, mas no puede superar ese límite*” Sentencia C- 197 del 20 de mayo de 1993, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

²⁰⁹ Sobre este tema: HENAO PERÉZ, J., *Op. Cit.*, P. y ss.

²¹⁰ Uno de estos es el anglosajón Tony Weir, quien afirma: “*La única razón real por la cual se ha dotado al asegurador de derecho de subrogación es prevenir que el asegurado se enriquezca por un doble cobro*” (Traducción libre: “*The only reason an insurer is granted the right of subrogation is to prevent the insured’s being enriched by a double recovery*” WEIR, Tony. *Op, Cit.*, P. 5. También BIRDS, John, *Op. Cit.*, P. 333. Quien afirma: “*No hay duda de que, hasta tanto ello prevenga que el asegurado saque provecho de su daño, es un principio eminentemente conocido*” (traducción libre:

posteriores estudios de las demás funciones. En todo caso, dada la posición de la jurisprudencia y doctrina nacional, se continuará el examen sobre las demás funciones.

3.1.1.2. Desde la perspectiva del tercero

Así como sucede con el punto anterior, la jurisprudencia es unánime en afirmar que una de las funciones principales de la subrogación es prevenir el enriquecimiento sin justa causa del tercero responsable del daño²¹¹. Esto se explica porque, toda vez que el asegurado, en principio, tiene dos sujetos pasivos, con fuentes distintas (el daño -o la ley- y el contrato), que cubren su daño, al solicitar el pago por parte de uno, dicho daño se extinguiría (al menos parcialmente). Entonces, al solicitar y recibir el pago por parte de la aseguradora la víctima perdería la legitimación para exigir al tercero que repare su daño²¹², dadas las razones expuestas en el aparte precedente. Lo que, en consecuencia, llevaría a que, el tercero responsable del daño se enriqueciera injustificadamente, al carecer de sujeto activo de la obligación de reparación que adeuda²¹³; además, de verse beneficiado de un contrato de seguro del cual es un simple tercero²¹⁴ y del cual no pagó prima²¹⁵.

Ahora, para solucionar el anteriormente planteado dilema, se propone la subrogación que, al ser efectivamente ejercida, y cobrado al tercero lo pagado por la aseguradora en virtud del daño, evitaría que este se enriqueciera²¹⁶. Poniendo así “*la responsabilidad por el daño donde justamente pertenece*”²¹⁷. Como efecto,

“*There can be no doubt that, to the extent that it prevents an insured from making profit from a loss, it is an eminently sound principle*”)

En todo caso, cabe aclarar que la postura que he propuesto se sustenta sobre principios que rigen el derecho romano-germánico, y que, por su lado, en los sistemas anglosajones hay posibilidad de condenar por sumas superiores al daño probado, ello pues se aplica el *sanctionatory damage*.

²¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 13 de octubre de 1995, M.P. Héctor Marín Naranjo, Exp. No. 3986, G.J.T. CCXXXVII, II semestre de 1995, v.2, págs. 1110 y ss.

²¹² Cabe aclarar que este tercero responsable del daño no está legitimado para negarse a reparar el daño argumentando la existencia de un contrato de seguro, tomado por dicha víctima, que lo podría cubrir. Claro, siempre y cuando aún no haya habido un pago por parte de la aseguradora que cubra la totalidad del daño. Y, aun así, el responsable del daño, cuando la víctima haya recibido reparación por parte del asegurador, será responsable de cubrir a esta la parte insoluta de su daño.

No es parte de ese contrato, y por ende no puede invocarlo en su favor. Cfr. STIGLITZ, Rubén S., *Op. Cit.*, P. 471.

²¹³ Su enriquecimiento se dará porque un pasivo que estaba llamado a afectar su patrimonio, ya no lo hará.

²¹⁴ Cfr. GOMÉZ DUQUE, *Op. Cit.*, P. 464.

²¹⁵ Cfr. WEIR, Tony, *Op. Cit.*, P. 5.

²¹⁶ La referencia sobre cómo esta fue una de las razones de política legislativa se encuentran en las págs. 46 y ss. de esta tesis de grado.

²¹⁷ YACOUBIAN, Alan J. “*Always think subrogation*”, Claims Magazine, PropertyCasualty360.com, October, 2017, P. 30. [en línea] <http://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:2311/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=4&sid=bbc035ff-d7cf-4bd3-be8a-6306d32db383%40sessionmgr4009> [consultado el 30 de abril de 2018]

para que se cumpla esta función es necesario que el asegurador ejerza efectivamente la acción subrogatoria y colecte el dinero por ella pagado. Dado que el cumplimiento de la función de mantener el carácter preventivo de la responsabilidad depende de lo mismo, punto que se estudia en el siguiente aparte, los argumentos de dicho análisis sobre el particular tendrán validez para el presente. Cabe adelantar, como se verá próximo, que las aseguradoras no siempre persiguen las subrogaciones.

Ahora, cabe resaltar que la regla antes establecida: “la subrogación cumple la función de evitar el enriquecimiento sin justa causa del tercero, siempre y cuando se ejerza y persiga efectivamente”, la que se cimienta en una perspectiva normativa de este principio, que se funda en la justicia y la equidad. Pues, si se le estudia desde una perspectiva procesal, echando mano de los elementos de procedencia dispuestos por la jurisprudencia, que le dan un cierto toque de función algebraica, veremos que, de no existir la subrogación en favor del asegurador, de todas maneras, no habría un enriquecimiento sin justa causa.

Se afirma esto pues, en caso de no existir la subrogación, y que el tercero no se viera compelido al cumplimiento de su obligación, no habría un empobrecimiento correlativo de otro. Veamos: no se empobrece el asegurado y víctima del daño pues el asegurador ha cubierto su daño (bajo el hipotético de una reparación integral por parte del primero); de igual manera, no se ve empobrecida la aseguradora, quien cumple una obligación contractual que le es propia, y que, a diferencia de los casos similares del pago con subrogación²¹⁸, tiene un previsión incluida en la prima para cubrir dicho daño (valor del riesgo)²¹⁹, que responde a la democratización del riesgo²²⁰.

Como consecuencia de lo anterior, cabe enaltecer el valor normativo del enriquecimiento sin justa causa como principio general del derecho, que ha sido defendido por autores en sistemas del Common Law como Juan Camilo Neira²²¹ y en esencia John Birds²²² y J. Lowry & P. Rawlings²²³. Punto sobre el que concuerdo.

²¹⁸ Con ello se hace referencia al numeral tercero (3°) del art. 1668 C.C. que establece la procedencia en favor de “*Del que paga una deuda a que se halla obligado solidaria o subsidiariamente*”.

²¹⁹ Un mejor estudio sobre los componentes que conforman la prima se dará en el punto 3.1.3.

²²⁰ Cfr. NEIRA PINEDA, Juan Camilo, *The Rationals of the Doctrine of Subrogation: a general critique with an emphasis on the insurers position*, Dissertation, University of Cambridge, Cambridge, 2010, P. 40 y ss. Este autor hace un análisis completo de la subrogación en el seguro de daños a la vista del principio de enriquecimiento sin justa causa, dividiendo su estudio desde la perspectiva del asegurado, asegurador y tercero responsable del daño. En la que concluye que, aun cuando no existiera la comentada subrogación, ninguno de estos se vería injustamente enriquecidos, si se ve está categoría como la conjunción de los elementos antes mencionados en la presente tesis de grado. En razón de ello, enaltece el valor normativo del principio de no enriquecimiento injustificado.

²²¹ *Ibidem*.

²²² BIRDS, John, Op. Cit., P. 330 y ss.

²²³ LOWRY, John & RAWLINGS, Philip, Op. Cit., P. 303.

3.1.2. Mantener la función preventiva de la responsabilidad

Toda disposición del derecho ha de cumplir al menos una función específica. En lo que al derecho de daños concierne, la función principal es siempre la reparación, figura sobre la que gira su regulación. Pero, junto con esta se encuentra la función de prevenir la causación de daños mediante la disuasión. Ello se cumple de dos maneras, una *ex ante* y la otra *ex post*: la primera, con la consagración de una norma que imponga el deber de reparar los daños que se causaren, y, la segunda, con el mismo ejercicio efectivo de dicha norma. Con ello se logra un “*impulso psicológico que puede experimentar el ciudadano, que, reconecedor de la norma, trata de evitar las consecuencias para él desfavorables que resultarían de su aplicación*”²²⁴, lo que se traduce en una prevención general; por otro lado, el sujeto causante del daño, al ver su patrimonio afectado y puesto en riesgo por el daño causado efecto de su falta de diligencia, dada su experiencia buscará actuar con mayor cuidado y evitar incurrir en responsabilidad a futuro. Esta última se puede ver como una función preventiva especial²²⁵.

La recepción de esta función no ha sido extraña al ordenamiento colombiano, pues ha sido acogida como una manifestación del Estado Social de Derecho que desdibuja las barreras entre lo público y lo privado, para lograr sus fines desde diferentes perspectivas²²⁶. Además, de tener claro que el Derecho Privado ha de someterse al principio de solidaridad del que “*habló Rodotá, y que obliga a ceder autonomía privada para obtener bienestar colectivo*”²²⁷. Todo ello, en suma, es un resultado de la “*socialización*” del derecho civil, que hace del derecho de daños uno entregado, no sólo al interés particular, sino al bienestar general y colectivo²²⁸.

Esta es la segunda y última función principal que la jurisprudencia ha reconocido para la consagración de la subrogación del Art. 1096 C.Co.²²⁹. La cual es considerada se cumple con la persecución que hace la aseguradora del recobro (valor por ella pagado en virtud del seguro). Pues, cuando la aseguradora ejerce la subrogación, el ordenamiento jurídico envía el mensaje al causante del daño de que “*aun cuando la víctima esté asegurada, y encuentre reparación por un sujeto*

²²⁴ DÍEZ-PICAZO, Luis. *Derecho de Daños*, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, P. 47.

²²⁵ *Ibidem*.

Las categorías de función especial y general aplicadas a la responsabilidad civil se derivan del planteamiento expuesto por Franz Von Lizst en lo que a la función de la pena concierne.

²²⁶ Cfr. LLAMAS POMBO, Eugenio C. *Problemas actuales de la responsabilidad civil*, Módulo de Formación de Jueces y Magistrados, 1ª ed, Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, 2011, P. 44 y ss.

²²⁷ *Ibidem*, P. 46.

²²⁸ Otra de las manifestaciones de la aceptación de esta función se ve en los reconocimientos que ha hecho de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de la amenaza como daño.

²²⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 13 de octubre de 1995, M.P. Héctor Marín Naranjo, Exp. No. 3986, G.J.T. CCXXXVII, II semestre de 1995, v.2, págs. 1110 y ss.; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 23 de septiembre de 2002, M.P. José Fernando Ramírez Gómez, Exp. No. 6581.

distinto, él, como responsable primigenio, habrá de responder por el daño causado”. Además, da a entender a los demás asociados que la causación de un daño siempre conllevará a la reparación²³⁰, con lo cual pueden llegar a verse envueltos en engorrosos procesos judiciales y, siempre, exponer su patrimonio. Lo que conllevaría como efecto que las personas, en el ejercer de sus actividades, esmeren en su diligencia con la finalidad de evitar incurrir en responsabilidad civil²³¹.

Para el cumplimiento de esta función, las formas en que las aseguradoras ejercen la subrogación son básicamente dos: 1) directamente con el responsable primigenio del daño, 2) cruce de cuentas con otras aseguradoras.

Cuando se dirige directamente contra el responsable del daño, puede ser que el respectivo recobro en ejercicio de la subrogación en favor del asegurador se logre en una etapa conciliatoria prejudicial, o, de no ser fructífero lo anterior, se de a través del uso del aparato judicial mediante un proceso de responsabilidad civil. Es de advertir que estos escenarios siempre serán subsidiarios para las compañías, y sólo se llevarán a cabo cuando no sea posible el que se expone a continuación²³².

En un primer momento la compañía aseguradora siempre va a intentar un cruce de cuentas con otras aseguradoras, en lo que a subrogaciones amerita²³³. Para que esto suceda se requiere de una situación fáctica específica. Esto se da en aquellos casos en que la víctima goza de un seguro de daños y el responsable primigenio se ha asegurado por responsabilidad civil. Por consiguiente, una vez acaezca el daño, la víctima reclama a su aseguradora por la respectiva indemnización. Una vez se califica como siniestro y paga la aseguradora, esta se subrogará contra el responsable primigenio del daño, quien, a su vez, efectuará el correspondiente reclamo a su aseguradora por la póliza de responsabilidad civil de la que goza. En consecuencia, la aseguradora del responsable primigenio del daño pagará a la aseguradora de la víctima.

Aun así, dado el tráfico siniestral y que una misma compañía suele ofrecer tanto seguros de daños como de responsabilidad, los débitos y acreencias por conceptos de subrogaciones resultan frecuentes. Como efecto de ello, las aseguradoras

²³⁰ La reparación fruto de un daño siempre tiene la naturaleza de obligación. No debe ser entendida como una sanción, pues no tiene el carácter de pena, en tanto no es una derivación del *ius puniendi* del Estado.

²³¹ Son varios los doctrinantes en nuestro ordenamiento que defienden esta función, entre los que se encuentran Andrés E. Ordoñez O., quien afirma “*Es allí donde debe encontrarse el fundamento del fenómeno de la subrogación (...) en la necesaria preservación de la sanción (sic) a los responsables del daño en el que se concreta el siniestro, ya que, de lo contrario, el seguro en el seno de una comunidad se convertiría en institución estimuladora de las conductas dolosas y culposas de los asociados.*” Ordoñez Ordoñez, Andrés Eloy, *Op. Cit.*, P. 240.

²³² Entrevista a BARRAGÁN CORREA, DIEGO: Ex presidente de Previsora S.A, Compañía de Seguros, 2007-2011. (Entrevista efectuada: octubre 25 de 2018).

²³³ *Ibidem*.

buscan hacer un cruce de cuentas con sus pares sobre el particular, donde cada cierto tiempo compensan las acreencias y se pagan sólo los excedentes. Con ello se logra una mayor eficiencia económica y administrativa, al ahorrar costos operativos. A este pacto se le conoce en el sistema anglosajón como *knock-for-knock agreement*²³⁴. En nuestro país también existe dicho acuerdo entre el sector, el cual se conoce como *Golpe por golpe*, y que se encuentra consignado en Fasecolda²³⁵. Estos acuerdos cobran mayor importancia en aquellos ramos de seguros con siniestralidad de mayor frecuencia y baja magnitud, como los microseguros.

La forma efectiva de lograr la prevención del daño a través de la subrogación en favor del asegurador radica en la certeza de la persecución del recobro. Es decir, en que siempre que sea posible, la aseguradora habría de buscar que el responsable primigenio del daño cubra lo que se pagó por este, sea porque paga él mismo o porque su aseguradora sea quien pague. Pues así siempre se asegura enviar el mensaje de prevención a los asociados y al mismo sujeto. Pues cuando paga el deudor primigenio, este va a sufrir los efectos de su daño vistos en la necesidad de reparar con su propio patrimonio. Cuando dicho dañante este asegurado contra responsabilidad, y sea su aseguradora quien responda por el daño, igual se ve afectado, pues sus índices de siniestralidad subirán y será catalogado para mayores cobros en su prima, además de perder la cobertura por el tiempo restante de la póliza por haber sido afectada.

En este sentido Alan J. Yacoubian, al estudiar la forma efectiva de ejercer la subrogación, aconseja que, aun cuando un daño parezca provenir de caso fortuito o fuerza mayor (*Acts of God*), debería estudiarse la posibilidad de endilgar responsabilidad por los efectos mayores que algún tipo de negligencia hubieren causado. Así, trae el ejemplo del Huracán Katrina, donde se persiguió a los ingenieros que diseñaron la desembocadura del Golfo del Río Mississippi²³⁶.

²³⁴ Visto en: LOWRY, John & RAWLINGS, Philip, *Op. Cit.*, 2005, P. 292.; WEIR, Tony, *Op. Cit.*, P. 3.; HASSON, Reuben, "Subrogation in Insurance Law-A Critical Evaluation", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 5, No. 3 (Winter, 1985), p. 422.

²³⁵ Entrevista a BARRAGÁN CORREA, DIEGO: Ex presidente de Previsora S.A, Compañía de Seguros, 2007-2011. (Entrevista efectuada: octubre 25 de 2018).

²³⁶ Cfr. YACOUBIAN, Alan J., *Op. Cit.*, P. 30. "Mientras que las inundaciones, huracanes, y otros desastres naturales son clasificados como 'Actos e Dios' (fuerza mayor), los equipos comerciales de recobro han usado el principio para obtener el recobro de sujetos tradicionalmente inmunes de responsabilidad por estos eventos, ej., las reclamaciones que se hicieron a causa del Huracán Katrina a los Cuerpos de Ingenieros derivados del diseño y construcción de la desembocadura del Golfo del Río Mississippi." (traducción libre: "While floods, hurricanes, and other natural disasters remain classified as 'Acts of God', enterprising recovery teams have utilized the spreading principle to obtain recoveries from parties traditionally immune from liability for such events, e.g., Hurricane Katrina claims against the Corps of Engineers arising out of the design and construction of the Mississippi River Gulf Outlet.")

Ahora, entrando al análisis crítico de la presente función, se expondrá como, si bien esta es una función válida en algunos casos, requiere de ciertos ajustes. Para esto se plantearán dos argumentos: 1) la falencia de la función por inoperancia y 2) los casos en que procede el Knock-for-Knock, se enaltece la función preventiva de la responsabilidad.

Tal y como se encuentra planteada la figura de la subrogación con fines de cumplir una función de promoción de la prevención del daño requiere del efectivo ejercicio de esta. Ahora, con ello se busca que ante el riesgo que genera para el patrimonio del causante del daño, este se disuada de cometer un daño y actúe diligentemente. El problema en este punto resulta de la carencia de ejercicio de la subrogación por parte de las aseguradoras. El que, en estos casos lleva a que no se cumpla con la su función preventiva general, y, además, genera un enriquecimiento sin justa causa para el tercero responsable primigenio del daño, pues, no sólo saca provecho de un seguro por el cual no pago prima, sino que también evita pagar una obligación suya.

Las aseguradoras siempre van a preferir ejercer la subrogación a través de acuerdos Knock-for-knock²³⁷, y cuando no proceda realizaran un estudio para determinar si persiguen al tercero. En dicho estudio se analiza la capacidad de pago del responsable primigenio del daño, la cuantía de lo pagado por la aseguradora sobre lo que procede subrogación y los costos del proceso y de recobro. Cuando se determina que el costo del proceso y recobro es mayor a lo que se espera recibir por concepto de subrogación, o que no hay capacidad de pago por parte del individuo, las aseguradoras prefieren no perseguir en ejercicio de la subrogación del art. 1096 C.Co.²³⁸. Esto último obedece a que, lo que convence a un asegurador de

²³⁷ En el sistema anglosajón algunos autores han establecido una crítica estructural de la subrogación en favor del asegurador a partir de la ejecución de estos acuerdos. Estos consideran que al permitirse que se asegure tanto la responsabilidad como el daño, desaparece la función preventiva de la responsabilidad. Por lo cual han propuesto que, dado que no se puede eliminar el seguro responsabilidad, punto sobre el que concuerdo por la importancia que tiene para la víctima, se prohíba que una misma compañía pueda asegurar tanto el daño como la responsabilidad. HASSON, Reuben, *Op. Cit.*, P. 424. “*Siguiente, si tomamos el argumento de la disuasión en serio no deberíamos permitir a los aseguradores que cubran al asegurado y al potencial causante del daño. Sabemos de varias fuentes que esto ocurre frecuentemente. Elaborar una ley que logre que el asegurador no pueda asegurar las dos partes del negocio no sería fácil de elaborar. Pero al menos se podría prever que el mismo asegurador no pueda asegurar a los dos, el vendedor y el comprador, arrendador y el arrendatario, contratantes y subcontratantes.* (Traducción libre: “*Next, if we took the deterrence argument seriously, we would not allow insurers to insure both the insured and the potential tortfeasor. We know from various sources that this is a frequent occurrence. A law making sure that the insurer could not insure both sides of the bargain would not be easy to draft. But one could at least provide that the same insurer could not say, insure both vendor and purchaser, landlord and tenant, contractors and subcontractors*”)

²³⁸ Entrevista a VESGA MAHECHA, Andrés: Actuario de Seguros Bolívar, en cargo, y expresidente de la Asociación Colombiana de Actuarios, 2015-2016. (entrevista efectuada: enero 16 de 2019); también entrevista a BARRAGÁN CORREA, DIEGO: Ex presidente de Previsora S.A, Compañía de Seguros, 2007-2011. (Entrevista efectuada: octubre 25 de 2018),

llevar avante la subrogación del art. 1096 C.Co. no es la seguridad de ganar el litigio, sino que, de obtener sentencia favorable, la misma pueda ser efectivamente ejecutada y recibir de vuelta el dinero pagado al asegurado²³⁹.

Una prueba física de esto se puede ver en el análisis del formato f290²⁴⁰ de la Superintendencia Financiera de Colombia, en la cual se reportan resultado técnicos y estadísticos. Dado que son muchos los ramos que hacen parte del seguro de daños, este análisis lo limite al ramo de automóviles, ramo en el cual se pueden encontrar varios de los casos en que una aseguradora decide no perseguir recobro. Así, para la fecha del reporte los Siniestros liquidados en la totalidad de las aseguradoras fue de: \$1.645.716.032.412²⁴¹, de esto, el Recobro que se logró fue un equivalente a: \$40.703.178.518²⁴². Esto se traduce en una tasa de recobro de tan sólo el 2.48%. En todo caso, para un análisis más profundo sobre la probabilidad de ejercicio del deber de subrogación por parte de las aseguradoras, sería necesario un análisis estadístico ramo a ramo. Cuestión de desborda el objeto de la presente tesis y el campo de conocimiento sobre el que se enmarca, que es el jurídico.

Por otro lado, el análisis que hace la aseguradora al omento de subrogarse no es sólo respecto al caso plenamente considerado. Sino que en ocasiones no sólo analiza la capacidad de pago del deudor, sino también su relación con el mismo. Así, salta a la vista el caso del seguro de transporte²⁴³. En el marco del *risk management*, los transportadores no sólo han tomado seguros de responsabilidad, sino que también han tomado medidas de carácter administrativo para prevenir el daño. Por ende, cuando una aseguradora se ve en dotada de los elementos para el ejercicio del deber de subrogación contra un transportador, muchas veces no lo hace cundo al analizar su gestión del riesgo lo cataloga como “*un buen riesgo*”, pues le parece más conveniente promover esta práctica²⁴⁴. De igual forma, otro aspecto

En el sistema anglosajón se hace esta misma afirmación por parte de: Neira Pineda, Juan Camilo, *Op. Cit.*, P. 30 y ss.; LOWRY, John & RAWLINGS, Philip, *Op. Cit.*, 2005, P. 292 y ss.; HASSON, Reuben, *Op. Cit.*, p. 422; BIRDS, John, *Op. Cit.*, P. 310 y ss.

²³⁹ Cfr. LOWRY, John & RAWLINGS, Philip, *Op. Cit.*, P. 303. “*no es claro como la probabilidad de recuperar lo pagado en reclamo entra en el cálculo de las primas, y lo que invita a concluir que los aseguradores perseguirán su derecho de subrogación siempre que estén razonablemente seguro, no sólo ganar, sino de ser capaces de ejecutar la sentencia*” (traducción libre: “*it is not clear how the likelihood of recouping claims enters into the calculation of premiums, and this invites the conclusion that the insurers will pursue rights of subrogation unless they are reasonably sure not merely of winning but of being able to enforce a judgment*”)

²⁴⁰ Se tomo el publicado para el 30 de septiembre de 2018.

²⁴¹ Eje X identificado como B y eje Y como 329, reporte No. 29000305005.

²⁴² Eje X identificado como B y eje Y como 345, reporte No. 29000307020.

²⁴³ En este se presentó en su momento una interesante discusión relativa a las partes del seguro, en el cual se buscó establecer la posibilidad que tenía la aplicación de la teoría de la transformación del contrato y la necesidad del juez de buscar la real voluntad de las partes. ZORNOSA PRIETO, Hilda E. “*Las Partes en el Contrato de Seguro*”, en *Escritos Sobre Riesgos y Seguros*, Universidad Externado de Colombia, Coord. ZORNOSA PRIETO, Hilda E., 2012, P. 657 y ss.

²⁴⁴ ZORNOSA PRIETO, Hilda E.: Directora del Departamento de Riesgos y Seguros, Universidad Externado de Colombia. (entrevista efectuada: abril de 2019)

a analizar son las buenas relaciones negociales que pueda tener con dicho sujeto. Así, por ejemplo, cuando el deudor mantiene negocios con la aseguradora o es le resulta un potencial buen cliente, prefiere no ejercer la subrogación para así cultivar relaciones comerciales. Como cuando una gran empresa de transporte de mercancías es el deudor en la subrogación, la aseguradora conoce que es tomador en múltiples seguros de responsabilidad, e incluso de daños, por lo cual prefiere no perseguirlo²⁴⁵.

Cuando proceda la ejecución de acuerdos *golpe-por-golpe*, la subrogación que allí se ejerce sigue manteniendo la función preventiva de la responsabilidad. Pues, aun cuando sea la aseguradora del responsable primigenio del daño la que pague, esta no lo hará en su totalidad, pues siempre queda el deducible. Además, según el aumento a la propensión al riesgo que pueda tener esta persona, las primas que pague por futuros seguros se verán incrementadas. Incluso, a través de estos, se enviará un mensaje a la comunidad en pro de, no sólo evitar causar un daño, sino también de que, de tener el infortunio de verse envuelto en un caso de responsabilidad, del que no se está exento dada su tendencia a la objetivación, es necesario siempre mantener una forma idónea para reparar a la víctima. Esto es concorde con la función principal de la responsabilidad civil, reparar a las víctimas de la forma más efectiva posible.

Como hemos visto, el cumplimiento de las dos funciones hasta acá aceptadas siempre va a depender del efectivo ejercicio de la subrogación, y más que eso, de la posibilidad de ejecutar efectivamente una sentencia favorable.

3.1.3. Mantener el equilibrio económico de la compañía aseguradora

El segmento doctrinal que apoya la presente función como fundamento para el reconocimiento de la subrogación en favor del asegurador afirma que, gracias a este mecanismo se “*reduce el impacto económico que les causan los siniestros pagados*”²⁴⁶ a las compañías de seguros, sin convertirse “*en fuente de lucro para ellas*”²⁴⁷. Y que, con ello se permite “*restaurar el fondo común o capital industrial aportado por los aseguradores y mantener o conservar dicho capital en los niveles idóneos para sus fines*”²⁴⁸.

Como breviarío, tenemos que se esgrimen dos razones por las cuales la subrogación ayuda a mantener el equilibrio económico de las aseguradoras: 1) sin ser una fuente de lucro, mengua la carga que el pago de los siniestros le acarrea; 2) porque es un mecanismo para mantener la solvencia idónea para cubrir los

²⁴⁵ *Ibidem*.

²⁴⁶ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, *Op. Cit.*, 447

²⁴⁷ *Ibidem*.

²⁴⁸ SOLER ALEU, Amadeo, *Op. Cit.*, P. 267.

riesgos a su cargo. Aun cuando, en Sentencia del 13 de octubre de 1995, la Corte Suprema de Justicia aceptó que la subrogación no cumple esta función, ni fue establecida con dicho fin, no hay un análisis al respecto²⁴⁹. Por lo cual cada una de estas razones será estudiada por aparte.

Primero, en cuanto al carácter de reducir el impacto económico que causa el pago de siniestros, se han de exponer dos contrargumentos. Por un lado, como se ha venido exponiendo a lo largo de este capítulo, el ejercicio de la subrogación se reduce muchas de las veces a la ejecución del acuerdo Golpe por golpe o Knock-for-knock. Dado que en los grandes siniestros es común que el responsable primigenio tome un seguro de responsabilidad, incluso en los pequeños²⁵⁰, y por ende quien resulte por cubrir el daño sea su aseguradora. En todo caso, es común que las aseguradoras ofrezcan tanto seguros de daños como de responsabilidad, en últimas estos casos resultan por limitarse a un cruce de deudas entre las compañías, quienes terminan por compensar. Segundo, cuando el responsable primigenio del daño no goza de seguro de responsabilidad, se mantiene la seguridad de que una entidad económicamente solvente y preventiva será quien va a reparar el daño. Para evitar que estas indemnizaciones desestabilicen de forma grave el patrimonio de la aseguradora, en los métodos para el cálculo de la prima, se tienen en cuenta la probabilidad de acaecimiento de los siniestros asegurados y se reparte dicha probabilidad de daño entre sus asegurados (lo que financieramente los actuarios conocen como *prima pura*²⁵¹). Por último, cabe aclarar que la subrogación no es siempre una fuente de ingresos para la aseguradora, pues los costos administrativos y litigiosos para su ejercicio, cuando procede contra un no asegurado, resulta más en una pérdida que en una ganancia.

Además, la subrogación no es el mecanismo idóneo que ha establecido el ordenamiento jurídico para mantener los niveles óptimos de solvencia de las compañías de seguros. El mecanismo dispuesto para cumplir dicho fin es el régimen de solvencia y reservas técnicas dispuesto por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 2555 de 2010), modificado sobre el particular por el Decreto 2973 de 2013.

²⁴⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 13 de octubre de 1995, M.P. Héctor Marín Naranjo, Exp. No. 3986, G.J.T. CCXXXVII, II semestre de 1995, v.2, págs. 1110 y ss. En esta se aseguró que “*el cimiento de la subrogación no es propiamente la protección patrimonial del asegurador, al cual, de todas formas, se le abre la posibilidad de la subrogación, la cual, en verdad, tiene por objetivo básico la necesidad de evitar el enriquecimiento del causante del daño, así como enervar la posibilidad de que el asegurado obtenga un doble pago del perjuicio*”.

²⁵⁰ En especial en los países con una arraigada cultura de aseguramiento como lo son Inglaterra y Canadá. En estos, muchas veces la subrogación sólo se reduce a la aplicación de acuerdos Knock-for-knock. Así lo expone Neira Pineda, Juan Camilo, *Op. Cit.*, P. 24

²⁵¹ También conocida como prima de riesgo, hace referencia al valor real del riesgo, y límite mínimo sobre el que se puede cobrar la prima.

Por solvencia de una compañía aseguradora se refiere al margen mínimo de recursos financieros que ha de tener para mantenerse en funcionamiento. En la misma se encuentra el patrimonio técnico, frente al cual dispone el Decreto 2954 de 2010 que “*deben mantener permanentemente y acreditar ante la Superintendencia Financiera de Colombia en la forma y plazos que esta determine*”²⁵². Por su parte, las reservas técnicas hacen referencia a los recursos que han de destinar las compañías de seguros para respaldar las posibles obligaciones que surjan para con sus asegurados. Siendo así el régimen de reservas técnicas el conjunto de normas prudenciales²⁵³ dispuestas por el regulador para que las compañías aseguradoras gestionen de forma eficiente las partidas destinadas a cubrir los siniestros que puedan acaecer, con independencia de los futuros recaudos²⁵⁴. Entre las reservas técnicas impuestas al asegurador se encuentran: la reserva de riesgos en curso, la de siniestros pendientes y la de desviación de siniestralidad, entre otras.

En relación con el punto que concierne al presente aparte: unas de las formas de reservas técnicas es la de riesgos en curso, que tiene como finalidad solventar las obligaciones futuras que pudieren proceder de pólizas vigentes a la fecha del cálculo, y se compone por las primas no devengadas y la reserva por insuficiencia de primas, última que tiene como finalidad solventar errores en el cálculo actuarial de distribución del riesgo en la prima pura. La reserva de siniestros pendientes, por su lado, busca atender los siniestros avisados y no avisados a la fecha del cálculo. Esta se calcula teniendo en cuenta los siniestros avisados y los no avisados, y, en consecuencia, se divide de la misma manera. Para los no avisados se hace una estimación de los siniestros que pueden haber corrido y de los cuales no hay aviso o suficiente información para considerarlos siniestros propiamente dichos. Por último, se encuentra la reserva de desviación de siniestralidad, que ha sido dispuesta para aquellos casos en que se han cubierto riesgos que la experiencia indica pueden causar amplias desviaciones de la magnitud esperada²⁵⁵.

De la explicación anterior sobre algunas de las reservas procedentes en los seguros de daños, resulta palpable que es esta institución la dispuesta por el ordenamiento jurídico para mantener el equilibrio económico de la compañía aseguradora. Pues mediante ello se espera mitigar cualquier error en los cálculos de las primas, o asegurar que estas compañías dispongan del capital necesario para cubrir sus obligaciones, y que, en ese sentido, el patrimonio de estas no se vea amenazado por el pago de siniestros.

²⁵² Art. 2.31.1.2.1. del Decreto 2555 de 2010, modificado por el decreto 2954 de 2010. En este último se encuentra la actual regulación en materia de solvencia y patrimonio técnico de las compañías de seguros.

²⁵³ Este régimen se encuentra regulado en el Título IV del Libro 31 de la Parte 2 del Decreto 2555 de 2010, modificado por el Decreto 2973 de 2013.

²⁵⁴ La imposición de esta obligación se encuentra en el art. 2.31.4.1.1. *ejusdem*.

²⁵⁵ Definiciones en el art. 2.31.4.1.2 EOSF.

3.1.4. Reducir el costo de las primas

Esta y la siguiente función no han sido reconocidas por la jurisprudencia, sino que apenas tienen origen doctrinal. Quienes la defienden consideran que dentro del cálculo actuarial²⁵⁶ para la determinación de la prima se tiene en cuenta la posible subrogación para reducir su monto, lo que responde a la técnica aseguradora, en la cual se observan la repartición mutualista de riesgos y costos²⁵⁷. Agrega Stiglitz que gracias a esto “a través de la pretensión deducida por el asegurador, consistente en el recupero de la suma afrontada en favor del asegurado con motivo del siniestro, se obtiene la finalidad de disminuir el costo de gestión del ramo. El efecto de lo expresado habrá de traducirse en una disminución de la entidad de los premios y el aumento de las garantías colectivas en ventaja de la masa de asegurados”²⁵⁸.

En este aparte se va a estudiar la efectividad del cumplimiento de esta función que, aunque tan sólo goza de reconocimiento doctrinal, no hay mayor claridad sobre la forma como se da, y si efectivamente es usada por las compañías de seguros como ha expresado la doctrina jurídica, que tampoco ahonda en el tema.

La prima ha sido entendida como la contraprestación que tiene el asegurado para con su asegurador²⁵⁹. Pero esta va más allá de la simple utilidad que puede reportar para la aseguradora, en ella se plasma el principio de distribución del riesgo que hacen de esta actividad tan importante en la sociedad. Así, en el cálculo de la prima se incluyen no sólo el valor del riesgo, sino también los gastos de administración y gestión externa, los tributos y recargos que procedan y la utilidad²⁶⁰. Al cálculo del valor del riesgo se le conoce como “prima pura”, la cual se obtiene de la división entre probabilidad de ocurrencia, que es el resultado de la frecuencia del siniestro sobre el número de asegurados, y el coste medio, que es el fruto del coste medio del hecho asegurado -magnitud media- sobre la frecuencia de ocurrencia²⁶¹.

²⁵⁶ Este hace referencia a las operaciones derivadas de la ciencia actuarial, que es una compleja rama de estudio que combina materias como la probabilidad, la estadística, finanzas y economía, altamente relevante en el ramo de los seguros.

²⁵⁷ Cfr. STIGLITZ, Rubén S., *Op. Cit.*, P. 471. En Colombia, uno de los exponentes que defiende esta función es GÓMEZ DUQUE, Arturo, quien afirma que “el asegurador, al calcular la “tasa”, debe mirar las posibles subrogaciones que le traerán utilidad, para rebajar proporcionalmente las primas de la mutualidad. (...) desde el punto de vista comercial, un asegurador financista, tendrá en cuenta las posibles subrogaciones efectivas para regular las primas” *Op. Cit.*, P. 465

²⁵⁸ STIGLITZ, Rubén S., *Op. Cit.*, P. 471.

²⁵⁹ Art. 1066 C.Co. “El tomador del seguro está obligado al pago de la prima. Salvo disposición legal o contractual en contrario, deberá hacerlo a más tardar dentro del mes siguiente contado a partir de la fecha de la entrega de la póliza o, si fuere el caso, de los certificados o anexos que se expidan con fundamento en ella.”

²⁶⁰ Tomado de apuntes propios de las clases dictadas en el “Semillero de Derecho de Seguros”, dictado por el Dr. Juan Camilo Delgado Franco, Departamento de Riesgos y Seguros, Facultad de Derecho, Universidad Externado de Colombia, año 2017.

²⁶¹ *Ibidem*.

Hasta ahora no hay una inclusión propiamente dicha de la probabilidad de subrogación. En todo caso, resulta aún más incierto pues la práctica comercial de cálculo de los factores antes descritos, pues esta va a depender de cada compañía de seguros y sus políticas internas. Las cuales pueden verse sometidas a factores del mercado, como relación con el cliente, posición en el mismo o, también sucede que, se somete al cálculo determinado por el reasegurador, que muchas veces acepta la traslación del riesgo siempre y cuando se cumplan ciertos parámetros, o él mismo entrega la fórmula para calcular los valores que compondrán la prima²⁶².

Ahora, si la probabilidad de subrogación tuviere una importante influencia en reducir el costo de las primas, se esperaría que los aseguradores buscarán hacer efectiva esta figura de forma agresiva²⁶³. Pues esto los llevaría a poder ofrecer primas más bajas y ganar posición en el mercado²⁶⁴. Aun así, es viable inferir que no siempre se ejerce, y no es constatable por estos medios que sea aplicada en la reducción de primas.

En realidad, lo que convence a un asegurador de llevar adelante la subrogación del art. 1096 C.Co. no es la seguridad de ganar el litigio, sino que, de obtener sentencia favorable, la misma pueda ser efectivamente ejecutada y recibir de vuelta el dinero pagado al asegurado²⁶⁵. En conclusión, el escenario más atractivo para el asegurador es la ejecución de los acuerdos Knock-for-knock del gremio, lo que no aporta mucho a la reducción de las primas.

Ciertamente, bien dice Hasson que, *“la razón por la cual los recobros de la subrogación no pueden jugar un papel importante en el cálculo de las primas es porque la mayoría de los reclamos subrogados son, en efecto, son encuentros entre dos aseguradores”*²⁶⁶. No sólo hemos de tener en cuenta los recobros por subrogación, también son relevantes los reclamos que hagan otras compañías por concepto de subrogación. Así las cosas, se esperaría que los recobros y reclamos se cancelen los unos a los otros. Lo que llevaría a que las aseguradoras ejerzan una compensación de deudas para evitar que el dinero tan sólo vaya y venga de la

²⁶² Tomado de entrevista a VESGA MAHECHA, Andrés: Actuario de Seguros Bolívar, en cargo, y expresidente de la Asociación Colombiana de Actuarios, 2015-2016. (entrevista efectuada: enero 16 de 2019)

²⁶³ Cfr. HASSON, Reuben, *Op. Cit.*, P. 422.

²⁶⁴ Ya que, reduciendo la siniestralidad, puede entregarse una nota técnica con prima pura más baja.

²⁶⁵ Cfr. LOWRY, John & RAWLINGS, Philip, *Op. Cit.*, P. 303. *“no es claro como la probabilidad de recuperar lo pagado en reclamo entra en el cálculo de las primas, y lo que invita a concluir que los aseguradores perseguirán su derecho de subrogación siempre que estén razonablemente seguros, no sólo ganar, sino de ser capaces de ejecutar la sentencia”* (traducción libre: *“it is not clear how the likelihood of recouping claims enters into the calculation of premiums, and this invites the conclusion that the insurers will pursue rights of subrogation unless they are reasonably sure not merely of winning but of being able to enforce a judgment”*)

²⁶⁶ HASSON, Reuben, *Op. Cit.*, P. 423. *“The reason why subrogation recoveries cannot play an important part in fixing insurance premiums is because most subrogated claims are, in effect, contests between two insurers”*.

una a la otra, sin reportar mayor beneficio o pérdida. Entonces, quedan aquellas subrogaciones contra responsables primigenios no asegurados. En estos casos, como se advirtió antes, la aseguradora hace un cálculo sobre el coste del proceso (tiempo y dinero invertido) para determinar si persigue. Muchas veces resultan más cuantiosas las sumas a invertir en la subrogación que la cuantía misma del recobro. Esto último es usual en los “microseguros”, pues se trata de siniestros de alta frecuencia, pero baja magnitud. Esto sugiere, al contrario de la función debatida, que la subrogación puede llegar a hacer los seguros más costosos si se persiguiere todo siniestro, en especial los de poca monta o aquellos en los cuales no se puede hacer efectiva una sentencia favorable.

En Colombia no hay pronunciamiento jurisprudencial que haga un análisis sobre el particular. Por otro lado, en Estados Unidos, no sólo ha sido debatido por la doctrina jurídica, sino que, la jurisprudencia se ha detenido a examinar si efectivamente con la subrogación en favor del asegurador se rebajan las primas. Concluyendo que “*parece haber muy poca evidencia de que los posibles recobros en subrogación sean considerados en determinación de las primas de seguros*”²⁶⁷.

En todo caso, de darse la inclusión de la probabilidad de subrogación al momento del cálculo de la prima, debe ser en el cálculo de la prima pura. Específicamente en el cálculo de la magnitud del riesgo, para bajar uno de los elementos de la siniestralidad²⁶⁸. Esto se puede hacer, tomando histórico de subrogaciones efectivamente ejercidas y cobradas, a ello habría que restarle los gastos incurridos, y sobre esa base hacer el cálculo en la nota técnica para ser aplicada a futuro, lo que acarrearía una posible menor prima. Cabe destacar que la necesidad de tener en cuenta tan sólo las efectivamente cobradas, y el hecho de descontar los engorrosos gastos de cobro, llevarían a que no fuera mucha la diferencia.

En todo caso para que haya plena seguridad sobre los descuentos aplicados por probabilidad de efectiva subrogación, habría de ser una cuestión endilgable a la superintendencia financiera. Toda vez que, una de sus funciones es revisar las notas técnicas cuando se abre un ramo²⁶⁹. Entonces, sería la misma la encargada de, en sus revisiones periódicas, revisar que los descuentos por la probabilidad de subrogación sean efectivamente hechos. Anteriormente, FASECOLDA era la indicada para recopilar la información relativa al cada ramo para establecer la prima pura de cada uno. Así, las tarifas estaban discriminadas en libros de distintos

²⁶⁷ Rimes v. State Farm Mut. Auto. Ins. Co (1982); Supreme Court, Wis. No. 81-387. Citado en: Neira Pineda, Juan Camilo, *Op. Cit.*, P. 37. (Traducción libre: “there appears to be very little evidence that possible recoveries in subrogation are considered in the determination of insurance premiums.”)

²⁶⁸ Esta es una posición defendida por la Dra. ZORNOSA PRIETO, Hilda E.: Directora del Departamento de Riesgos y Seguros, Universidad Externado de Colombia. (entrevista efectuada: abril de 2019)

²⁶⁹ Superintendencia Financiera de Colombia, Circular Básica Jurídica, 029 de 2014, Parte II, Título IV, Capítulo II.

colores, y se llegó a hablar de “*libro rojo de x ramo, o azul de otro*”²⁷⁰ y los precios no eran muy diferentes. Hoy en día, los precios compañía a compañía tienen un buen margen de diferencia, pues la forma de dispersión y cálculo del riesgo difiere, y así mismo la forma en que cada una calcula las primas²⁷¹. Por esta razón es que se estatuyó el control a priori por parte de la Superintendencia, junto con la obligación de presentar nota técnica.

En síntesis, parece poco probable que la subrogación en favor del asegurador tenga un efecto en reducir el costo de las primas, en especial cuando se trata de microseguros. Incluso, los costosos litigios para el recobro y los gastos administrativos extra cuando el responsable primigenio no tiene un seguro podrían hacerlo más caros²⁷². Como se advirtió en el aparte anterior, los recobros efectivos son mínimos, en especial en los microseguros, por lo que si hubiese un incremento en las primas sería minúsculo o nulo²⁷³.

3.2. LA SUBROGACIÓN COMO DEBER

En la doctrina aseguradora, incluso en la jurisprudencia, autores destacados han hecho referencia a la subrogación del art. 1096 C.Co. como un derecho. Afirmación que se hace sin mayor análisis sobre el tema. Así, por ejemplo, está Ossa quien define la figura como “*un derecho en virtud del cual el asegurador ocupa el lugar del asegurado con respecto al tercero responsable del siniestro ya indemnizado, hasta concurrencia de la indemnización*”²⁷⁴. Por su parte, en sentencia de 1984, la Corte Suprema de Justicia la entendió “*como un derecho en virtud del cual el asegurador ocupa el lugar del asegurado con respecto al tercero responsable del siniestro ya indemnizado hasta concurrencia del valor de la indemnización*”²⁷⁵.

En mi opinión la subrogación establecida en favor del asegurador es un deber. Para sustentar esta afirmación, disto de las concepciones clásicas del deber en Kelsen, donde se liga el deber a una sanción, y que, por ende, limita el ordenamiento jurídico a un sistema coactivo de imposición de deberes²⁷⁶. En la actualidad, los ordenamientos jurídicos gozan de una gran variedad de figuras jurídicas y su

²⁷⁰ ZORNOSA PRIETO, Hilda E.: Directora del Departamento de Riesgos y Seguros, Universidad Externado de Colombia. (entrevista efectuada: abril de 2019)

²⁷¹ Cfr. *Ibidem*.

²⁷² Cfr. HASSON, Reuben, *Op. Cit.*, P. 423.

²⁷³ Posiciones más fuertes sugieren que es preferible eliminar la figura en favor del asegurador, y que sea el Estado (la corona) quien la ejerza y reinvierta el dinero en el sector asegurador o reduzca impuestos al sector. Por ejemplo: Neira Pineda, Juan Camilo, *Op. Cit.*, P. 37

²⁷⁴ OSSA G., J. Efrén, *Óp. Cit.*, P. 312.

²⁷⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 18 de enero de 1984, M.P. Humberto Murcia Ballén, ID. 344731, G.J. T. CLXXVI n° 2415, pág. 7 - 16.

²⁷⁶ Vease: MORENO CRUZ, Diego “*Sobre el concepto de deber jurídico: Algunas reflexiones sobre el concepto de deber jurídico*”, en *Homenaje a Genaro R. Carrió*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017.

nacimiento depende de hechos jurídicos complejos. Así, un deber es identificable según el sistema jurídico al que pertenece²⁷⁷.

En el ordenamiento jurídico colombiano los derechos de índole económica se caracterizan por ser disponibles. Lo que otorga a quien lo detenta la posibilidad de renunciar de forma total o parcial al mismo. Por su parte, la subrogación en favor del asegurador ha sido reconocida como una norma de carácter imperativo y de orden público²⁷⁸. Cabe decir que, si bien el art. 1096 C.Co. no se encuentra entre el listado dispuesto por el art. 1162 C.Co. como normas de orden público en el contrato de seguro, la misma disposición establece que no es una lista taxativa, sino que han de agregarse “*las normas que por su naturaleza o por su texto son inmodificables por la convención en este título*”. En ese entendido, la jurisprudencia, como se puede ver en la precedente nota al pie, ha interpretado que esta figura ha de ser agregada en la lista de aquellas que son de orden público y, además, imperativa.

Lo anterior implica que, dada su naturaleza de orden público, no hay disponibilidad sobre su ejercicio o renuncia. Lo que hace mandatorio la ejecución de la subrogación todas las veces en que proceda. Ello se ha dispuesto pues la finalidad de dicha norma es el cumplimiento de intereses generales que se reflejan en sus funciones de evitar el enriquecimiento sin justa causa del tercero causante del daño y enaltecimiento de la función preventiva de la responsabilidad. Ahí es donde se fundamenta la imposición misma del deber de ejercerla, pues como se ha descrito anteriormente, las funciones de la subrogación en favor del asegurador, instituida en el 1096 C.Co.

En consecuencia, esta figura que, deriva de la ley, al gozar de “*una naturaleza de orden público con la imperatividad, obligatoriedad y consecuencias allí indicadas*”²⁷⁹ y al ser impuesta en la búsqueda de intereses generales, se asimila más a un deber que a un derecho²⁸⁰. Punto que se verá reforzado al estudiar el fundamento de su imposición.

²⁷⁷ *Ibidem*.

²⁷⁸ En la jurisprudencia se pueden ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 23 de septiembre de 1993, M.P. Pedro Lafont Pianetta, Exp. No. 3961, G.J.T. CCXXV, No. 2464, II semestre 1993, I parte, págs. 551-568; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 18 de mayo de 2005, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo, Exp. 0832.

²⁷⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 23 de septiembre de 1993, M.P. Pedro Lafont Pianetta, Exp. No. 3961, G.J.T. CCXXV, No. 2464, II semestre 1993, I parte, págs. 551-568.

²⁸⁰ En todo caso, si se optase por defender la postura de la subrogación como un derecho. Sus consecuencias no tendrían mucha diferencia, pues la jurisprudencia la ha catalogado como de obligatoria ejecución y orden público. A su vez, como derecho dicha imposición sería válida, pues en la actualidad los mismos no son poderes absolutos, sino que cumplen también una función social. Sobre la función social de los derechos como limitante a la autonomía de la voluntad véase: HINESTROSA FORERO, Fernando. “*Función, Límites y Cargas de la Autonomía Privada*”, Revista de Derecho Privado, No. 26, Universidad Externado de Colombia, enero-junio, 2014, P. 5 – 39, en especial la nota al pie 26 y las p. 11 – 20.

3.2.1. Fundamento de la imposición del deber

En la actualidad, es claro que el Estado no sólo confiere derechos a los particulares, sino que también está legitimado para imponerles deberes²⁸¹ para la consecución eficiente de sus fines²⁸². Dichos deberes no sólo se encuentran en normas tradicionalmente de derecho público, pues también las encontramos en el derecho privado, dado el fenómeno de la “*constitucionalización*”, que ha permitido reconocer normas de carácter social, donde se funden lo público y lo privado²⁸³. Incluso, las figuras que de antaño se consideraron clásicas manifestaciones meramente privadas, se han visto permeadas de la necesidad de cumplir funciones sociales. Así, por ejemplo, el contrato ya no es sólo un instrumento económico, sino un fenómeno social, con una función social que ha permitido al Estado su intervención en los negocios jurídicos de índole privada²⁸⁴.

Así, el Estado ha encontrado como fundamento para la imposición de deberes a los privados la persecución de un fin constitucional. Específicamente, la prevalencia del interés general (art. 1° Constitución) y el orden público (art. 2° *eiusdem*). Conceptos cuya definición ha sido compleja, pues tienen un doble poder: tanto afirmar como limitar los derechos de las personas. En consecuencia, la Corte Interamericana de derechos humanos se ha pronunciado estableciendo como frontera para las imposiciones dispuestas argumentando orden público o interés general es el núcleo esencial de los derechos en la Convención²⁸⁵. Posición que tiene directa influencia con la proscripción constitucional de estado organicista o totalitario, enalteciendo el derecho y el carácter social como lineamientos del actuar público. Igualmente, como limitantes en el materia contractual y ejercicio de la voluntad dispositiva en dicho ámbito, el orden jurídico se ha dicho es un concepto dinámico que va a depender

²⁸¹ Al respecto ha afirmado la Corte Constitucional: “*en desarrollo de sus competencias, la ley puede establecer deberes a los particulares que faciliten las tareas de las autoridades de preservar el orden público y la convivencia democrática.*” Sentencia de constitucionalidad del 11 de abril de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas Hernández, C-251/2002.

²⁸² Cfr. Corte Constitucional, Sentencia de constitucionalidad del 20 de abril de 1995, M.P. Fabio Morón Díaz, C-167/1995.

²⁸³ Cfr. LLAMAS POMBO, Eugenio C. *Problemas actuales de la responsabilidad civil*, Módulo de Formación de Jueces y Magistrados, 1ª ed, Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, 2011, P. 44 y ss.

²⁸⁴ FRANCO ZARATE, Javier. “*La excesiva onerosidad sobrevenida en la contratación mercantil: una aproximación desde la perspectiva de la jurisdicción civil en Colombia*”, Revista de Derecho Privado, No. 23, Universidad Externado de Colombia, julio-diciembre, 2012, P. 240 - 242.

²⁸⁵ Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A No. 5, párrs. 66-67. Criterio reiterado en Opinión Consultiva O-C 6/86 del 9 de mayo de 1986, Serie A No. 6, párr. 31. Citado en Sentencia de constitucionalidad del 11 de abril de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas Hernández, C-251/2002.

los valores y creencia de cada lugar²⁸⁶. Lo que es concreto, es que la identificación de orden jurídico en materia privada está en la prevalencia del interés social²⁸⁷.

En efecto, tenemos que son dos las características que fundan la imposición de un deber jurídico válido: “1) *persiga un fin específico e imperioso*, y 2) *no restrinja de manera desproporcionada los derechos fundamentales de los obligados*”²⁸⁸. A continuación, se hará un análisis de estos dos elementos a la luz del deber del asegurador de ejercer la subrogación.

Si bien la actividad aseguradora en Colombia es de interés público, para que el ejercicio de la subrogación pueda ser considerado un deber jurídico válido en nuestro ordenamiento su imposición ha de cumplir un fin constitucional específico. En este caso, se ha impuesto el deber a las aseguradoras en ejercicio de la función administrativa, que sometida a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad²⁸⁹, ha considerado que con la subrogación se puede lograr la consecución del interés general²⁹⁰. El cual se materializa a través de las funciones que la jurisprudencia ha reconocido a la figura estudiada, las cuales son: evitar el enriquecimiento sin justa causa de los intervinientes en dicho proceso y mantener la función preventiva de la responsabilidad. Cabe recordar que, como se expuso en páginas precedentes, la subrogación en su concepción actual tan sólo evita el enriquecimiento sin justa causa del tercero, que se cumple al mantener la obligación indemnizatoria.

Estas funciones se fundamentan en valores de alto interés público, pues mientras en la primera se ve una manifestación de la justicia que busca toda riqueza radique en una causa jurídicamente válida; la segunda busca mantener un pensamiento de diligencia, cuidado por lo bienes del otro y previsión en la sociedad. Ambas expresiones de enaltecimiento de interés y bien general como pilares del Estado Social de Derecho y “*legalidad finalística*”²⁹¹ que define nuestra república.

En este punto es meritorio hacer frente a una fuerte crítica que se ha hecho a la subrogación en favor del asegurador. La cual va guiada a establecer que con dicha figura se da un enriquecimiento sin justa causa por parte de la compañía de seguros,

²⁸⁶ FRANCO ZARATE, Javier. *Op. Cit.*, P. 242.

²⁸⁷ Cfr. HINESTROSA FORERO, Fernando. “*Función, Límites y Cargas de la Autonomía Privada*”, *Op. Cit.*, P. 18.

²⁸⁸ Corte Constitucional, Sentencia de constitucionalidad del 29 de marzo de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, C-220/2011.

²⁸⁹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Tratado de Derecho Administrativo: introducción a los conceptos de la administración pública y el derecho administrativo. [e-book]*, 3ª Ed, Universidad Externado de Colombia, 2003 (reimp. 2007)., Bogotá 2007. Disponible en: <<http://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:2048/login?url=http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=cat05988a&AN=uec.240809&lang=es&site=eds-live>>. Consultado 2 de febrero del 2019.

²⁹⁰ *Ibidem*, P. 368.

²⁹¹ Concepto introducido en *Ibidem*, P. 365 y ss.

por no solventarse pérdida o desequilibrio alguno²⁹². Posición con la cual no concuerdo, en tanto al Estado imponer el deber de ejecutarla para lograr fines constitucionales, se está dotando de fundamento a dicha norma, y con ello la capacidad de la aseguradora para retener el recobro. Es un beneficio que se ha reconocido a cambio de la carga que es el cumplimiento del deber mismo. Esto no significa que, como se verá en el siguiente aparte, siempre sea proporcional.

En consecuencia de lo anterior, se puede determinar la razón por la cual en el sistema europeo-continental los doctrinantes suelen confundir el fundamento de la subrogación con sus funciones²⁹³. Pues al haber una situación injusta, el Estado ha impuesto un deber, ejercer la subrogación, con lo cual se cumplen las mentadas funciones. Así, el fundamento del reconocimiento, desde una perspectiva privatista, va a ser la equidad, que dictaría *“toda vez que para la consecución de un fin relacionado con la función pública se ha impuesto un deber, que conlleva unos costos para la aseguradora, es equitativo que pueda mantener las ganancias que el recobro pueda traer consigo”*²⁹⁴. Podría asimilarse a la ganancia a la que tienen derecho las empresas prestadoras de servicios públicos cuando, habilitadas y sometidas a un régimen estricto relacionado al Estado social de derecho, ejercen la respectiva función administrativa. Una aproximación moderna, que tiene en cuenta que las barreras del derecho se han desdibujado en pro de la supremacía constitucional, dispondría que el fundamento está en la consecución del interés general como pilar del Estado, y la equidad como principio general del derecho.

En cuanto al segundo fundamento para la imposición de un deber jurídico válido, al relacionarse con la prohibición de exceso, su análisis se hará en el siguiente aparte.

3.2.2. La imposición de este deber raja tabla es excesivo

²⁹² Unos de los grandes expositores de esta tendencia son LOWRY, John & RAWLINGS, Philip, *Op. Cit.*, P. 303, quienes afirman: *“puede sugerirse que, mientras la subrogación busca prevenir que un no asegurado saque provecho, este principio no es aplicado a la aseguradora quien, si satisfactoriamente recupera el dinero pagado por el reclamo, no ha sufrido pérdida y está legitimada para retener las primas.”* (Traducción libre: *“it might be suggested that, while subrogation is meant to prevent an uninsured from making profit, this principle is not applied to the insurers who, if they successfully recoup the money paid out on a claim, have lost nothing and are entitled to retain the premiums”*).

²⁹³ Caso que no sucede en el sistema anglosajón donde la doctrina es consistente en diferenciar el fundamento de las funciones que cumple la subrogación en favor del asegurador, como he mostrado hasta ahora.

²⁹⁴ En el sistema anglosajón se dice que la subrogación es un *remedy* derivado de la doctrina de la restitución. Pues en dicho sistema, *remedy* es toda figura dispuesta por el Estado para restablecer un desequilibrio que se encuentra en el tráfico jurídico y lo hace inequitativo. Black's Law Dictionary define *remedy* como *“un medio mediante el cual una violación de un derecho se previene, reajusta o compensa”* (traducción libre: *“Remedy is the means by which the violation of a right is prevented, redressed, or compensated.”*) [En línea: <https://thelawdictionary.org/remedy/>] Consultado 14 de febrero de 2019.

La Corte Constitucional ha considerado que no basta con que el deber que se ha impuesto a un privado cumpla un fin constitucional. Por ello la siguiente característica que fundamenta la imposición de un deber jurídico válido es que “no restrinja de manera desproporcionada los derechos fundamentales de los obligados”²⁹⁵. Esto es una manifestación de la prohibición de exceso como pilar esencial del Estado de derecho, y que, más precisamente, se materializa a través del principio de proporcionalidad y el test de ponderación, proporcionalidad o razonabilidad.

El principio de proporcionalidad es “un criterio universal de evaluación de la legitimidad de las medidas estatales”²⁹⁶. Su aplicación material se da mediante lo que el derecho constitucional ha denominado test de ponderación o proporcionalidad. A través de esta herramienta argumentativa se estudian las limitaciones o imposiciones del Estado para impedir excesos del poder público. Así, se aplica “a fin de determinar si la relación que existe entre ellos es de equilibrio”²⁹⁷. Dicho test tiene tres pasos: 1) determinar si con la imposición se cumple un objetivo constitucionalmente válido; 2) examinar su idoneidad, ello es, si la medida es la adecuada para la consecución de dicho fin; y 3) proporcionalidad en sentido estricto, que determina si la imposición es o no excesiva frente al fin perseguido.

Seguido se aplicará este test para demostrar como la aplicación del deber de ejercer la subrogación por las aseguradoras, tal y como se encuentra dispuesto en el ordenamiento jurídico colombiano, resulta excesivo.

Frente al primer paso del test de proporcionalidad, cabe afirmar que guarda una extrema similitud con el primer fundamento para la imposición de un deber jurídico válido. Punto que ya fue estudiado y en el que se concluyó que el fin constitucional perseguido con la subrogación en favor del asegurador es el evitar el enriquecimiento sin justa causa en favor del tercero responsable del daño y mantener la función preventiva de la responsabilidad. Por ende, no se requiere de más análisis.

En cuanto a la idoneidad del deber impuesto, se ha de disponer si resulta adecuado para cumplir su función. Así, lo primero a aceptar es que, si bien la jurisprudencia considera que con la subrogación se evita el enriquecimiento sin justa causa de los sujetos envueltos en esta operación (entiéndase asegurador, asegurado y tercero

²⁹⁵ Corte Constitucional, Sentencia de constitucionalidad del 29 de marzo de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, C-220/2011.

²⁹⁶ MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo; VERGARA PEÑA, Luis Felipe; BAUTISTA PIZARRO, Nathalia. “Presentación”, *La Ponderación en el Derecho: Evolución de una teoría, aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el derecho alemán*, Comp. MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo; VERGARA PEÑA, Luis Felipe; BAUTISTA PIZARRO, Nathalia, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, P. 11.

²⁹⁷ Corte Constitucional, Sentencia de constitucionalidad del 29 de marzo de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, C-220/2011.

responsable primigenio)²⁹⁸, esto no es del todo así. Como se expuso en su momento, no es la subrogación la que evita que el asegurado un doble cobro del daño. Es la aplicación conjunta del carácter indemnizatorio del seguro de daños, el principio de daño indemnizatorio y el carácter persistente del daño.

En todo caso, es innegable que es la consagración de la subrogación en favor del asegurador la que, al ser efectivamente ejercida, logra que el tercero responsable primigenio del daño no se enriquezca sin justa causa al evitar una erogación a la que estaba obligado, previniendo así que, además, se vea favorecido por una seguro del cual no pagó prima. Adicionalmente, es certero que es dicho ejercicio de la subrogación el que mantiene la función preventiva de la responsabilidad, al hacer realidad los impulsos psicológicos en que se funda.

En conclusión, el ejercicio subrogación en favor del asegurador es un deber idóneamente impuesto. Pues, como se ha establecido a lo largo de la presente tesis, con ello se logran las mentadas funciones. Las cuales tienen directa relación con fines constitucionales del Estado: la prevalencia del interés general.

En cuanto a la proporcionalidad estricta del deber de ejercicio de la subrogación del asegurador, se tiene que ello no se cumple en todos los casos. En tanto el bien general que se logra, no es comparable con la carga económica que el ejercicio imperativo pueda acarrear, lo que podría desestabilizar una actividad de interés público (Art. 335 constitucional).

Así, pues, algunas veces resulta que el proceso de recobro es mucho más costoso que el monto a recuperar²⁹⁹, o la aseguradora no tiene garantía que una vez obtenga una sentencia favorable va a poder ejecutarla. Incluso, puede pasar que de su ejercicio se vean afectados otros de sus negocios o intereses. Las erogaciones en este proceso, al ser vistas en masa pone en peligro la estabilidad económica de las compañías de seguro. Por ende, en estos eventos no hay una retribución por el ejercicio de un fin estatal y se impone una carga desproporcionada al tener la aseguradora que disponer de sus recursos para el ejercicio de la subrogación. Y es que, como es sabido, un proceso no sólo tiene un costo monetario en gastos procesales y de sustanciación, sino que es también relevante el largo tiempo que puede llevar un proceso declarativo de responsabilidad civil³⁰⁰. Este inconveniente que hace desproporcional el deber impuesto a las compañías de seguros se revela

²⁹⁸ Funciones reconocidas en fallos: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 13 de octubre de 1995, M.P. Héctor Marín Naranjo, Exp. No. 3986, G.J.T. CCXXXVII, II semestre de 1995, v.2, págs. 1110 y ss.; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 23 de septiembre de 2002, M.P. José Fernando Ramírez Gómez, Exp. No. 6581.

²⁹⁹ Uno de los autores que hace esta afirmación es: HASSON, Reuben, *Op. Cit.*, P. 236; en el mismo sentido GIBSON, Daniel P. & SOLIS, Jorge, *Op. Cit.*, P. 36.

³⁰⁰ Cuando se tiene una contragarantía, el proceso a seguir es el ejecutivo. En todo caso, este también hace incurrir en importantes gastos de sustanciación al asegurador.

especialmente en el sector de los microseguros, pues son siniestros de baja intensidad (dan para procesos de mínima cuantía), pero de alta frecuencia.

Cabe agregar que no hay lugar a argumentar que podría haber una compensación de esta desproporcionalidad con los siniestros de alta intensidad, pues estos casos el responsable primigenio del daño la mayoría de las ocasiones suele estar asegurado por su responsabilidad, como bien han argumentado Birds y Neira³⁰¹. Por lo cual estos casos suelen solucionarse mediante la aplicación del pacto Knock-for-knock, y que, en últimas termina por llegar a una compensación entre aseguradoras. Cuando resultan algunos excedentes de estos procesos, termina por no ser cuantiosos³⁰². Incluso, en aquellos casos en que el responsable primigenio no está asegurado, y la aseguradora debe llevar adelante un proceso para el ejercicio de la subrogación, deben tenerse en cuenta los costos de dicha operación. En consecuencia, una vez deducidos los costos administrativos, el posible restante parece ser una retribución justa por el ejercicio de un fin estatal por parte de la aseguradora. Pero estos no lograrían cubrir los gastos en que habría de incurrir la compañía de seguros para perseguir toda subrogación en el ramo de microseguros. Por esta razón, las compañías no persiguen toda subrogación, lo que, en principio sería un incumplimiento a su deber, pero de un deber que no es proporcional en dichos casos, y que por ende no es constitucional. Para un análisis exacto de las cuantías antes descritas sería necesario un estudio de otra ciencia, que no es objeto de la presente.

Aquí es donde resulta la desproporcionalidad del deber, en su excesiva onerosidad, en ciertos ramos o situaciones específicas, para la aseguradora. Aun así, no considero sea meritoria para eliminar esta figura, pues la aseguradora, por su cercanía con el siniestro y su experiencia, goza de gran idoneidad para el recobro. Así que lo que procede es una modificación a la figura tal y como se encuentra actualmente concebida en Colombia. Se requiere repensar esta figura para hacerla proporcional y lograr, de la forma más eficiente, las funciones de la misma.

3.3. REPENSANDO LA FIGURA: UNA SOMERA PROPUESTA

Quienes han hecho un examen crítico y objetivo de la figura en cuestión, han concluido que la misma requiere reformas. En la presente tesis, he llegado a la misma conclusión, pero bajo la base de que su cambio se debe a la desproporcional que como deber representa para las compañías de seguro.

Entre los cambios propuestos, hay quienes como Birds, proponen que se debiese adoptar el modelo escandinavo, donde al asegurador sólo se le impone perseguir la subrogación tan sólo contra aquellos *“responsables que son culpables de una real*

³⁰¹ BIRDS, John, Op. Cit., P. 333; NEIRA PINEDA, Juan Camilo, Op. Cit., P. 39 y ss.

³⁰² Entrevista, BARRAGÁN CORREA, Diego Ex presidente de Previsora S.A, Compañía de Seguros, 2007-2011. (Entrevista efectuada: octubre 25 de 2018).

*falta de conducta*³⁰³, entiéndase ello en nuestro ordenamiento como culpa grave o dolo. Este es un modelo insostenible en Colombia. Toda vez que, 1) existe un problema en la distinción de lo que podría constituir culpa grave, por la aplicación del modelo medio del buen padre de familia u hombre responsable. La jurisprudencia en Colombia no ha condenado por culpa grave, por lo cual siempre se atiende al modelo medio de diligencia, bajo las proporciones de lo que la experiencia general de la vida indicaría, en el caso concreto y aptitudes del sujeto, es un modelo de conducta diligente esperado. 2) Esta es una solución efectiva en países desarrollados y con cultura de asegurar tanto sus bienes como su posible responsabilidad. En Colombia, no existe dicha cultura, hace falta más educación sobre un modelo preventivo de la responsabilidad que tenga en cuenta, no sólo el deber de diligencia para evitar causar daños a otros, sino, también, de asegurarse para propender por una indemnización rápida y eficaz, en caso de incurrir en responsabilidad.

Otra de las propuestas, mucho más agresiva, está en eliminar esta figura del derecho de seguros. Lowry, John & Rawlings, Philip, quienes aportan esta solución ante las fallas que hay en el ejercicio de la subrogación³⁰⁴, puntos que ya fueron expuestos en este escrito. No concuerdo con esta propuesta, dados los fines públicos que se buscan lograr con la subrogación. Pues, como bien expuso el Dr. Ossa en su momento, *“Pero aun no existiendo el derecho propio (sic) del asegurador, de perseguir al tercero responsable, forzosamente tendría que existir, como existe en efecto”* una figura que logre *“Que el responsable, por la sola existencia del contrato de seguros, a cuya gestación y perfeccionamiento ha sido totalmente ajeno, quede exento de las sanciones civiles a que da nacimiento el hecho ilícito. En otros términos, que derive utilidad de una relación contractual en que no ha intervenido como parte”*³⁰⁵; además, de mantener la función preventiva de la responsabilidad.

La actividad aseguradora reporta un gran interés para la sociedad, situación que ha sido reconocida constitucionalmente en el art. 335. Pues, no sólo para la economía por aportar el 2.7% del PIB³⁰⁶, sino porque a través de esta se cumplen funciones de interés constitucional³⁰⁷, como lo son la mismísima distribución del riesgo y la capacidad de reparar de forma efectiva a las víctimas de daños, tendencia actual de la responsabilidad. Así, una de esas funciones públicas se ve reflejada en las funciones de la subrogación que ya han sido estudiadas y aceptadas en la presente.

³⁰³ BIRDS, *Op. Cit.*, P. 334. (traducción libre: *“only against a wrongdoer who was guilty of real misconduct”*.)

³⁰⁴ LOWRY, John & RAWLINGS, Philip, *Op. Cit.*, P. 303.

³⁰⁵ OSSA G., J. Efrén, *Op. Cit.*, P. 313.

³⁰⁶ Apuntes propios de la conferencia *“La importancia de los riesgos y seguros: charla con la directora de comunicaciones de Fasecolda”*, dictada por Ingrid Vergara, Directora de Comunicaciones y Mercadeo de Fasecolda, En Universidad Externado de Colombia, promovida por Departamento de riesgos y Seguros, 18 de febrero de 2019.

³⁰⁷ Además de las otras que se dan en distintos ramos como salud y SOAT.

Por lo cual, se debe mantener esta figura, pero claro, es necesaria una reforma que logre solventar la desproporcionalidad que tiene este deber.

En consecuencia, a continuación, hare dos propuestas para solventar este problema. Propuestas que no tienen una pretensión de plenitud o desarrollo completo. Sino de sentar parámetros sobre los cuales se pueda desarrollar un nuevo modelo de subrogación en favor el asegurador.

La primera propuesta va guiada a mantener la imposición a la aseguradora de perseguir toda subrogación. Ello basado en la cercanía que tiene la compañía con el siniestro, los hechos que lo rodean y la víctima del daño quien debe su colaboración. Pero, como efecto de ello, el Estado habrá de compensar los gastos que excedan el recobro con anticipación. Incluso, lo apropiado para buscar la proporcionalidad de este deber, es que se pague además un excedente como retribución por el ejercicio de esta función pública.

La segunda propuesta, que veo más viable, es que en aquellos casos en que, previo examen sobre la procedencia económica de la persecución del recobro, la aseguradora informe al Estado sobre las subrogaciones que no va a perseguir, y le ceda dichos derechos para que este busque la manera de ejecutarlos. Además, dada la cercanía que tiene la aseguradora con los hechos que rodean el siniestro y la experticia que tiene en recobros, esta ha de colaborar en lo posible con el Estado para el ejercicio de sus derechos. A cambio de esto, el Estado habría pagar una retribución a la compañía de seguros u otorgarle beneficios tributarios por su la información y colaboración en pro de un interés público.

3.4. CONCLUSIONES PARA EL TERCER CAPÍTULO

Del capítulo final, se llegó a las siguientes conclusiones.

1. No tiene cabida la crítica a la subrogación en favor del asegurador basada en la titularidad de la obligación que esta paga. Toda vez que, si bien la aseguradora paga una obligación propia, la institución de la subrogación no se fundamenta en el pago de una obligación de la cual no se es jurídicamente deudor, e incluso se acepta en casos en que el subrogado integraba la parte pasiva de la relación obligacional.
2. Las funciones de la subrogación pueden ser divididas entre principales y subsidiarias. Las primeras son aquellas reconocidas unánimemente por la jurisprudencia y la doctrina, y son: 1) evitar el enriquecimiento sin justa causa y 2) mantener la función preventiva de la responsabilidad civil. Subsidiarias con aquellas con origen doctrinal y que no gozan del aval de la jurisprudencia, que son: reducir el costo de las primas y 2) mantener la sostenibilidad financiera de la aseguradora.

3. El enriquecimiento sin justa causa trasciende la esfera procesal de la *actio in rem verso*. Como principio general del derecho que es, tiene un amplio valor normativo, al inspirar, llenar e interpretar el ordenamiento.
4. La subrogación en favor del asegurador evita el enriquecimiento sin justa causa del tercero responsable primigenio del daño, siempre y cuando sea ejercida, pues mantiene la coerción al cumplimiento de la obligación de reparación del daño que este ha causado. No se predica lo mismo frente al asegurado, pues lo que evita que ejerza un doble cobro es: el carácter indemnizatorio del contrato de seguro, el principio de daño indemnizatorio y el carácter subsistente del daño antijurídico.
5. En la doctrina internacional no hay plena claridad de cómo la subrogación reduce el costo de las primas. Ello, pues el cálculo de la prima comercial dependerá de la política de cada compañía. Incluso, muchas veces depende de lo establecido por el reasegurador. En la fórmula estándar para establecer la prima pura no se ve un reflejo de ello tampoco. Podría darse con el cálculo de subrogaciones pasadas, para la rebaja de primas futuras, pero no hay claridad si la Superintendencia financiera constata que los descuentos se hagan. En todo caso, dados los gastos administrativos para el ejercicio de la subrogación, no se cree que el descuento tenga un importante impacto.
6. La subrogación no es el mecanismo dispuesto por el ordenamiento jurídico para mantener el patrimonio de la compañía aseguradora. Dicha función la cumplen el régimen de reservas y solvencia dispuesto en el EOSF. Además, la subrogación no reporta grandes ingresos para la compañía pues, cuando no se da una compensación en virtud del pacto *golpe-por-golpe*, se invierten importantes recursos en el recobro. Lo que, en consecuencia, deja una mínima ganancia para la aseguradora.
7. El ejercicio de la subrogación en favor del asegurador es un deber para la compañía. Tiene naturaleza de orden público y es imperativa, por buscarse con ella fines públicos, de interés y beneficio general, los cuales se manifiestan en sus funciones: 1) evitar el enriquecimiento sin justa causa del responsable primigenio del daño y 2) mantener la función preventiva de la responsabilidad.
8. Como deber imperativo, la aseguradora debería perseguir toda subrogación. Pero ello no es así. No se persiguen aquellas cuya baja cuantía sea superada por los costos administrativos, procesales y de sustanciación necesarios para el recobro; así como aquellas en las cuales, de tener una sentencia favorable,

no haya posibilidad de ejecutarla; y en las que, dadas las calidades del deudor de la subrogación, pueda afectar sus negocios o relaciones comerciales.

- 9.** No es oponible el deber de ejecutar toda subrogación a la aseguradora, pues, si bien con el mismo se buscan fines constitucionales, hay un exceso por parte de la administración en ciertos casos. No es proporcional la imposición de este deber, ya que en los casos en que actualmente las aseguradoras no persiguen el recobro, se da por razones económicas. La compañía no puede solventar todos los gastos o consecuencias que estos recobros le representan, pues de hacerlo se vería afectada la actividad, la cual es también de interés público. Por ende, en dichos casos el deber es inconstitucional.
- 10.** En todo caso, no es meritorio que se elimine la figura, pues con ella se persiguen fines constitucionales legítimos que representan los intereses de la mayoría. Lo que procede es una modificación de la subrogación tal y como se encuentra planteada en la actualidad, con la finalidad de lograr una proporcionalidad en el mismo, y no someter a una importante rama de la economía a pérdidas, sino retribuir su función pública.
- 11.** Para la consecución de la proporcionalidad, se proponen dos alternativas: 1) que se continúen imponiendo a las aseguradoras el deber de perseguir toda subrogación, incluso en los casos en que el costo del recobro supera su cuantía. Pero otorgando beneficios fiscales a las compañías aseguradoras para que logren compensar dichos gastos y consecuencias de recobro, y permitan a la compañía también recibir una retribución por el ejercicio de una función pública. 2) que, una vez ejercido el respectivo examen por parte de la aseguradora, en aquellos casos en que se decida no ejercer la subrogación, la compañía informe al Estado para que el mismo ejerza el respectivo recobro. Dada la cercanía con los hechos, que la aseguradora colabore con la información necesaria para facilitar el recobro por parte del Estado, y cambio de dicha información, se retribuya a la compañía: ya sea con beneficios tributarios o una compensación monetaria.

CONCLUSIONES FINALES

En la presente tesis se ha analizado la subrogación civil como categoría general que irriga la especial. De igual manera, se desarrolló un completo análisis de la subrogación en favor del asegurador dispuesta en el artículo 1096 C.Co., todo ello con la finalidad de promover esta figura y los intereses constitucionales que en ella se proyectan. Fue en el último capítulo, corazón de este trabajo, fueron resueltas las preguntas de investigación. Eso condujo a la conclusión de que, si bien la subrogación en favor del asegurador es de obligatoria ejecución, pues es un deber, no es promovida en toda ocasión, sino que el asegurador discrimina ciertos escenarios en que decide no ejercerla. Consecuencia de ello, es que las funciones para las cuales fue creada, que revisten un interés social, no son cumplidas siempre. En todo caso, la imposición de este deber resulta excesiva y desproporcional. Pero ello no amerita para que sea eliminada, sino que lo pertinente, dadas las importantes funciones que se pretenden con ella, es una modificación en su concepción actual.

Con este trabajo se ayuda a repensar el derecho de seguros desde una perspectiva más amplia, más allá de la especialización, con una crítica constructiva, y enalteciendo la importancia que esta empresa tiene para la sociedad.

Para quien se encuentre interesado en continuar una investigación en la materia, los aspectos que se han dejado abiertos, por no ser objeto de la presente, son: 1) desarrollar a cabalidad las propuestas que aquí se han planteado; 2) un estudio estadístico y económico sobre la proporción de ejercicio de la pretensión de subrogación por las aseguradoras, y el monto neto del recobro; 3) un análisis actuarial sobre la aplicación de la probabilidad de recobro en el cálculo de la prima, y si la Superintendencia Financiera ejerce el respectivo control sobre ello en las notas de cobertura. El faro a tener en cuenta en toda investigación sobre la materia son la proporcionalidad del deber impuesto a las aseguradoras, la promoción de la subrogación, las funciones que con ella se persiguen y la consecución de un sector asegurador más sólido, por el interés que el mismo reporta.

En síntesis, las conclusiones generales a las que se ha llegado con este trabajo son:

1. La subrogación es la sustitución de un bien por otro, o de una persona por otra. En el primer caso se le conoce como subrogación real; en el segundo como subrogación personal.
2. Dentro de la subrogación personal, se encuentra el “pago con subrogación” desarrollado en los artículos 1666 y ss. del Código Civil.
3. El pago con subrogación es un acto jurídico que consiste en la sustitución del acreedor por el tercero que soluciona la deuda. Ello conlleva consigo la totalidad de los derechos, garantías y ventajas en la prelación de créditos que el acreedor haya podido tener en su favor. Puntualmente, se transfiere todo derecho que otorga la parte obligacional. Cuando la subrogación sea parcial, la sustitución será hasta por el monto de lo solucionado por el tercero.
4. El pago con subrogación no constituye novación, ni conlleva la extinción, si quiera relativa, de la obligación.
5. En principio, el Código Civil considera que el pago con subrogación puede ser legal o convencional. En realidad, sólo existe la subrogación legal, cuya aplicación es *ipso iure*. Pues la subrogación convencional es en esencia una cesión de créditos.
6. En la legislación se establecen las situaciones en las que procede la subrogación personal legal. Si bien hay ciertos casos en los cuales el tercero subrogado paga una deuda ajena, también hay otros en los cuales se paga una deuda a la que se estaba obligado. En todo caso, el tercero siempre carece de interés en la prestación solucionada.
7. El fundamento de la consagración legal de subrogación personal por el pago se basa en la equidad y la justicia, y este es evitar el enriquecimiento sin justa causa, ya sea del deudor o del acreedor originario subrogante. También previene que se enriquezca injustamente el tercero subrogado al no consagrarse caso en el cual, legalmente, proceda subrogación en su favor. El interés o provecho que pueda tener u obtener el tercero en la deuda que soluciona le quita la posibilidad de hacerse legitimario a la subrogación legal, pues no hay caso estipulado en el que así proceda.
8. La subrogación en favor del asegurador es una figura que nació en Inglaterra en el año 1748. En Colombia la figura fue adoptada en el Código de Comercio de 1971, buscando adaptarse a la tendencia global, y sustituyendo así la cesión obligatoria de derechos que traía el código de 1887.

9. Esta figura consiste en la transferencia, por disposición legal, del asegurado al asegurador que ha cubierto el siniestro, de los derechos y acciones derivadas de su daño. Su procedencia se predica únicamente de contratos de seguro cuyo pago indemniza a la víctima del daño, siempre y cuando el asegurado o su círculo familiar cercano no sean los causantes jurídicos del daño. Si bien no procede respecto de los seguros de personas, sí lo hace sobre los amparos que tengan un carácter patrimonial, tales como gastos médicos o farmacéuticos.
10. Los requisitos para que proceda la subrogación son: 1) la existencia de un contrato de seguro válido al momento del siniestro; 2) el pago válido en virtud del convenio, para lo cual es necesaria prueba de la cuantía del daño, que detentará la cuantía por la cual se subroga la aseguradora y de no probarse sólo obtendrá una condena *in genere*, de la solución de la obligación de la aseguradora, y la misma validez del pago conforme a las normas civiles; 3) que el daño causado por el tercero esté amparado, pues de no estarlo, y ser un pago *ex gratia*, no procederá; y 4) que acaecido el siniestro nazca para la compañía aseguradora una acción contra el responsable, pues su derecho es derivado, debe probar cada uno de los elementos de la responsabilidad civil.
11. Si bien en el pago con subrogación el subrogado tiene la posibilidad de ejercer otras acciones para la restitución de lo pagado, en el caso del asegurador, este sólo consta de la posibilidad de subrogación que le otorga el artículo 1096 C.Co. No podría interponer otras acciones pues carece de legitimación al pagar una deuda propia y no sufrir mengua injustificada de su patrimonio.
12. En el marco de la subrogación el asegurado tiene derecho a: 1) elegir si afectar o no la póliza, decidiendo así si ser indemnizado por la aseguradora o el responsable del daño; 2) una vez decide afectar la póliza, tiene derecho a que le sea indemnizado el siniestro hasta el monto contratado, y no puede la aseguradora reusarse por haber otro responsable, so pena de incurrir en responsabilidad contractual; y 3) tiene derecho a perseguir la suma restante de su daño, si lo pagado por la aseguradora no logra cubrir la totalidad de los perjuicios.
13. De igual manera, la aseguradora tiene como derechos: 1) el ejercer las mismas acciones que el asegurando subrogante, y con las mismas ventajas que la posición obligacional contenga; y a 2) que se le procure la subrogación, ello lleva a que el asegurado no pueda aceptar responsabilidad o renunciar, total o parcialmente, a la indemnización, actuando así siempre como apoyo para el asegurador en su acción.
14. Si bien en Colombia, dada la falta de estudio en la materia, hay quienes confunden el fundamento de la subrogación con sus funciones, es necesario advertir que distan. El fundamento de la subrogación radica en los principios que

servieron como inspiración para la creación de esta figura. Así, el fundamento de la figura radica en el principio de equidad y el derecho común.

- 15.** Las finalidades o funciones que la jurisprudencia establece se buscan con la subrogación son: 1) evitar el enriquecimiento sin justa causa del asegurado y del causante del daño, el primero al recoger indemnización del asegurador y del responsable por un mismo daño, y el segundo al librarse de responder por un daño que causó, sacando provecho de un seguro por el cual no pagó prima; 2) mantener la función preventiva de la responsabilidad, al cobrar al responsable del daño se envía un mensaje a la sociedad en pro de evitar daños, pues de lo contrario habrían de responder y arriesgar su patrimonio. La doctrina ha agregado otras funciones como: 3) reducir el costo de las primas, pues al tener en cuenta la probabilidad de recobro, se haría un descuento proporcional sobre la misma; y 4) mantener el equilibrio financiero de la compañía, como ingreso relevante que busca saldar las pérdidas por pagos de siniestros.
- 16.** No tiene cabida la crítica a la subrogación en favor del asegurador basada en la titularidad de la obligación que esta paga. Toda vez que, si bien la aseguradora paga una obligación propia, la institución de la subrogación no se fundamenta en el pago de una obligación de la cual no se es jurídicamente deudor, e incluso se acepta en casos en que el subrogado integraba la parte pasiva de la relación obligacional.
- 17.** Las funciones de la subrogación pueden ser divididas entre principales y subsidiarias. Las primeras son aquellas reconocidas unánimemente por la jurisprudencia y la doctrina, y son: 1) evitar el enriquecimiento sin justa causa y 2) mantener la función preventiva de la responsabilidad civil. Subsidiarias con aquellas con origen doctrinal y que no gozan del aval de la jurisprudencia, que son: reducir el costo de las primas y 2) mantener la sostenibilidad financiera de la aseguradora.
- 18.** El enriquecimiento sin justa causa trasciende la esfera procesal de la *actio in rem verso*. Como principio general del derecho que es, tiene un amplio valor normativo, al inspirar, llenar e interpretar el ordenamiento.
- 19.** La subrogación en favor del asegurador busca evitar el enriquecimiento sin justa causa del tercero responsable primigenio del daño, que, al ser ejercida, mantiene la coerción al cumplimiento de la obligación de reparación del daño que ha causado. No se predica lo mismo frente al asegurado, pues lo que evita que ejerza un doble cobro es: el carácter indemnizatorio del contrato de seguro, el principio de daño indemnizatorio y el carácter subsistente del daño antijurídico.

- 20.** En la doctrina internacional no hay plena claridad de cómo la subrogación reduce el costo de las primas. Ello, pues el cálculo de la prima comercial dependerá de la política de cada compañía. Incluso, muchas veces depende de lo establecido por el reasegurador. En la fórmula estándar para establecer la prima pura no se ve un reflejo de ello tampoco. No hay claridad sobre cómo reduce las primas.
- 21.** La subrogación no es el mecanismo dispuesto por el ordenamiento jurídico para mantener el patrimonio de la compañía aseguradora. Dicha función la cumplen el régimen de reservas y solvencia dispuesto en el EOSF. Además, la subrogación no reporta grandes ingresos para la compañía pues, cuando no se da una compensación en virtud del pacto *golpe-por-golpe*, se invierten importantes recursos en el recobro. Lo que, en consecuencia, deja una mínima ganancia para la aseguradora.
- 22.** El ejercicio de la subrogación en favor del asegurador es un deber para la compañía. Tiene naturaleza de orden público y es imperativa, por buscarse con ella fines públicos, de interés y beneficio general, los cuales se manifiestan en sus funciones: 1) evitar el enriquecimiento sin justa causa del responsable primigenio del daño y 2) mantener la función preventiva de la responsabilidad.
- 23.** Como deber imperativo, la aseguradora debería perseguir toda subrogación. Pero ello no es así. No se persiguen aquellas cuya baja cuantía sea superada por los costos administrativos, procesales y de sustanciación necesarios para el recobro; así como aquellas en las cuales, de tener una sentencia favorable, no haya posibilidad de ejecutarla.
- 24.** No es oponible el deber de ejecutar toda subrogación a la aseguradora, pues, si bien con el mismo se buscan fines constitucionales, hay un exceso por parte de la administración en ciertos casos. No es proporcional la imposición de este deber, ya que en los casos en que actualmente las aseguradoras no persiguen el recobro, se da por razones económicas. La compañía no puede solventar todos los gastos que estos recobros le representan, pues de hacerlo se vería afectada la actividad, la cual es también de interés público. Por ende, en dichos casos el deber es inconstitucional.
- 25.** En todo caso, no es meritorio que se elimine la figura, pues con ella se persiguen fines constitucionales legítimos que representan los intereses de la mayoría. Lo que procede es una modificación de la subrogación tal y como se encuentra planteada en la actualidad, con la finalidad de lograr una proporcionalidad en el mismo, y no someter a una importante rama de la economía a pérdidas, sino retribuir su función pública.

26. Para la consecución de la proporcionalidad, se proponen dos alternativas: 1) que se continúen imponiendo a las aseguradoras el deber de perseguir toda subrogación, incluso en los casos en que el costo del recobro supera su cuantía. Pero otorgando beneficios fiscales a las compañías aseguradoras que logren compensar dichos gastos de recobro, y permitan a la compañía también recibir una retribución por el ejercicio de una función pública. 2) que, una vez ejercido el respectivo examen por parte de la aseguradora, en aquellos casos en que se decida no ejercer la subrogación, la compañía informe al Estado para que el mismo ejerza el respectivo recobro. Dada la cercanía con los hechos, que la aseguradora colabore con la información necesaria para facilitar el recobro por parte del Estado, y cambio de dicha información, se retribuya a la compañía: ya sea con beneficios tributarios o una compensación monetaria.

BIBLIOGRAFIA

ACOLDESE. VII Encuentro Nacional de La Asociación Colombiana de Derecho de Seguros, *El Derecho de Subrogación en el Contrato de Seguros*. junio 25 a 29 de 1981, Cali, Colombia.

ACOLDESE; FASECOLDA, *Jurisprudencia de Seguros*, Editorial Guadalupe, T. II., Bogotá, 2002.

BIRDS, John, *Birds Modern Insurance Law*, 7th Ed., Sweet & Maxwell, London, 2007.

BLACK'S LAW DICTIONARY, *The Law Dictionary*, 2nd On line Ed. [En línea: <https://thelawdictionary.org/>] Consultado 14 de febrero de 2019.

BUSTAMANTE FERRER, Jaime; URIBE OSORIO, Ana Inés. *Principios Jurídicos del Seguro*, 2^a Ed., Colombo Editores, Bogotá, 1994.

CLARO SOLAR, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado: De las Obligaciones*, T. 12, V. 6, Santiago de Chile, 1979.

CONAGLEN, Matthew; TURNER, Peter, "Subrogation, Accounting and Unjust Enrichment", *The Cambridge Law Journal*, Volume 69, 2010, P. 30-33.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *Derecho de Daños*, Civitas Ediciones, Madrid, 1999.

FRANCO ZARATE, Javier. "La excesiva onerosidad sobrevenida en la contratación mercantil: una aproximación desde la perspectiva de la jurisdicción civil en Colombia", *Revista de Derecho Privado*, No. 23, Universidad Externado de Colombia, julio-diciembre, 2012, P. 233 - 265.

GIBSON, Daniel P.; SOLIS, Jorge, “*Saving Through Subrogation: Making the Process a Profitable Venture*”, Claims Magazine, April, 2009, P. 34-37.

GOMÉZ DUQUE, Arturo, *Régimen de Seguros: El Contrato de Seguro Parte General*, T. I., Ed. Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 2014.

HALPERIN, Isaac, *Contrato de Seguro*, 2ª ed., Edit. Depalma, Buenos Aires, 1972.

HASSON, Reuben, “*Subrogation in Insurance Law-A Critical Evaluation*”, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 5, No. 3 (Winter, 1985), pp. 416 - 438.

HENAO PÉREZ, Juan Carlos, *El Daño: Análisis Comparativo de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés*, 1era Ed., 2da Reimp., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.

HINESTROSA FORERO, Fernando. *Tratado de las Obligaciones: Concepto, Estructura Y Vicisitudes*, Universidad Externado de Colombia, 3ª Ed., Bogotá, 2007.

HINESTROSA FORERO, Fernando. *Tratado de las Obligaciones II: de las Fuentes de las Obligaciones: El Negocio Jurídico*. Vol. I., Universidad Externado de Colombia, 2015.

HINESTROSA FORERO, Fernando. “*Función, Límites y Cargas de la Autonomía Privada*”, Revista de Derecho Privado, No. 26, Universidad Externado de Colombia, enero-junio, 2014, P. 5 – 39.

JARAMILLO J., Carlos Ignacio, “*Lineamientos Generales del Contrato de Seguro en la Legislación Colombiana: Visión Retrospectiva y comparada*”, Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros, Pontificia Universidad Javeriana, No. 1, 1992, Págs.

LLAMAS POMBO, Eugenio C. *Problemas actuales de la responsabilidad civil*, Módulo de Formación de Jueces y Magistrados, 1ª ed, Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, 2011. [En línea: <http://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/biblioteca/content/pdf/a1/7.pdf>]

LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Comentarios al Contrato de Seguro*, Dupre Editores, 6ª Ed., Bogotá D.C., 2014.

LOWRY, John; RAWLINGS, Philip, *Insurance Law: Doctrines and Principles*, 2nd Ed., Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2005.

MARASINGHE, M. L., “*An Historical Introduction to the Doctrine of Subrogation: The Early History of the Doctrine 1*”, Valparaiso University Law Review, Vol. 10, No. 1, Págs. 45 – 65.

MAZEAUD, H.; MAZEAUD, L.; MAZEAUD, J., *Lecciones de Derecho Civil*, parte II, Vol. III, Trad. Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960.

M'CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecelia, *Tipología y Reparación del Daño Inmaterial en Colombia: Comentarios Críticos sobre la Jurisprudencia Reciente*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.

MITCHELL, Charles, *The Law of Subrogation*, Clarendon Press, Oxford, 1994.

MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo; VERGARA PEÑA, Luis Felipe; BAUTISTA PIZARRO, Nathalia. "Presentación", *La Ponderación en el Derecho: Evolución de una teoría, aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el derecho alemán*, Comp. MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo; VERGARA PEÑA, Luis Felipe; BAUTISTA PIZARRO, Nathalia, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014.

MORENO CRUZ, Diego, "Sobre el concepto de deber jurídico: Algunas reflexiones sobre el concepto de deber jurídico", en *Homenaje a Genaro R. Carrió*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017.

MURCIA RAMOS, Ángela María, *La Subsistencia del Perjuicio a Partir de la Aplicación de la Compensatio Lucri Cum Damno y de la Reparación Integral*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017.

NARVÁEZ BONNET, Jorge Eduardo, *El Contrato de Seguro en el Sector Financiero*, 3ª Ed., Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2014.

NEIRA PINEDA, Juan Camilo, *The Rationals of the Doctrine of Subrogation: a general critique with an emphasis on the insurers position*, Dissertation, University of Cambridge, Cambridge.

O'BRIEN, John J., "Origins of Subrogation", [En línea] <https://subrogation.org/download/article/Chapter%20One.Origins%20of%20Subrogation.pdf>

ORDOÑEZ ORDOÑEZ, Andrés Eloy, *Estudios de Seguros*, "La subrogación en el contrato de seguro", Universidad Externado, Bogotá, 2012.

OSSA G., J. Efrén, *Tratado Elemental de Seguros*, 2da Ed., Ediciones Lerner, Bogotá D.C., 1963.

OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. *Régimen General de las Obligaciones*, 8º ed., 5º Reimpresión, Ed. Temis, Bogotá, 2018,

ORTIZ MONSALVE, Álvaro. *Manual de Obligaciones*, 6° ed. Editorial Temis, Bogotá, 2015.

PATTERSON, Edwin W., “*Insurable Interest in Life*”, *Columbia Law Review*, Vol. XVIII, No. 5, 1918, Págs. 381 - 422.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, 2018. [En línea: <http://dle.rae.es/>] Consultado el 30 de enero de 2019.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Tratado de Derecho Administrativo: introducción a los conceptos de la administración pública y el derecho administrativo. [e-book]*, 3ª Ed, Universidad Externado de Colombia, 2003 (reimp. 2007)., Bogotá 2007. Disponible en: <<http://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:2048/login?url=http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=cat05988a&AN=uec.240809&lang=es&site=eds-live>>. Consultado 2 de febrero del 2019.

SOLER ALEU, Amadeo, *El Nuevo Contrato de Seguro*, Reimp., Editorial Astrea, Buenos Aires, 1978.

STIGLITZ, Rubén S., *Derecho de Seguros*, Tomo II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.

SWENSEN, Michael, “*Insurance Subrogation: The What, The Who, and The How*”, *Utah Bar Journal*, Vol. 28, No. 4, Utah, July 2015, Págs. 44 - 46.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. *De La Responsabilidad Civil: Las Presunciones de Responsabilidad y Sus Medios de Defensa*, Temis, Bogotá, 1989 (reimp.1996).

TAMAYO LOMBANA, Alberto, *Manual de obligaciones: el acto o negocio jurídico y otras fuentes de las obligaciones*, Editorial Doctrina y Ley, 7° ed., Bogotá, 2008.

VALENCIA ZEA, Arturo; ORTIZ MONSALVE, Álvaro. *Derecho Civil: De las Obligaciones*, 10 ed., T. 3, Bogotá, Ed. Temis, 2015.

WEIR, Tony. “Subrogation and Indemnity”, *The Cambridge Law Journal*, Volume 71, Part 1, March 2012, Págs. 1 - 7.

YACOUBIAN, Alan J. “*Always think subrogation*”, *Claims Magazine*, PropertyCasualty360.com, October, 2017, P. 30. [en línea <http://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:2311/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=4&sid=bbc035ff-d7cf-4bd3-be8a-6306d32db383%40sessionmgr4009>] consultado el 30 de abril de 2018.

ZORNOSA PRIETO, Hilda E. “*Las Partes en el Contrato de Seguro*”, en *Escritos Sobre Riesgos y Seguros*, Universidad Externado de Colombia, Coord. ZORNOSA PRIETO, Hilda E., 2012, P. 645 - 672

JURISPRUDENCIA

Colombia

Corte Constitucional, Sentencia de Unificación del 2 de diciembre de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, SU-747/1998.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 26 de noviembre de 1935. M.P. Miguel Moreno Jaramillo. G.J. T. XLIII, No. 1907-1908, págs. 386-395.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 30 de abril de 1937, M.P. Juan Francisco Mujica, G.J.T. XLV, No. 1923, págs. 40-50.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 8 de septiembre de 1942, M.P. Ricardo Hinestroza Daza, G.J. T. LIV BIS, pág. 51-53.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 27 de septiembre de 1943, M.P. Isaías Cepeda, G.J. T. LVI, No. 2001 a 2005, pág. 161 – 164.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 28 de febrero de 1949, M.P. José Manuel Vargas, G.J.T. LXV, No. 2068 - 2069, págs. 350 - 354.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 17 de noviembre de 1960, M.P. José Hernández Arbeláez, G.J. T. CXCIV, págs. 73 y ss

Consejo de Estado, Sección tercera, Sentencia, agosto 5 de 1977, Rad.: No. 2291, C.P. Jorge Valencia Arango.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 17 de marzo de 1981, M.P. Germán Giraldo Zuluaga, G.J. T. CLXVI, No. 2407, P. 368 - 371.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 18 de enero de 1984, M.P. Humberto Murcia Ballén, G.J. T. CLXXVI, No. 2415, P. 7-16.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 23 de marzo de 1988, M.P. Rafael Romero Sierra, no publicada.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 20 de octubre de 1988, M.P. Eduardo García Sarmiento, G.J.T. CXCII, No. 2431, II semestre 1988, págs. 217-228.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 13 de diciembre de 1988, M.P. Eduardo García Sarmiento, no publicada.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 06 de noviembre de 1990, M.P. Héctor Naranjo Marín, no publicada.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 15 de agosto de 1991, M.P. Eduardo García Sarmiento, no publicada.

Corte Constitucional, Sentencia de constitucionalidad del 20 de mayo de 1993, M.P. Antonio Barrera Carbonell, C-197/1993.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 23 de septiembre de 1993, M.P. Pedro Lafont Pianetta, Exp. No. 3961, G.J.T. CCXXV, No. 2464, II semestre 1993, I parte, págs. 551-568.

Corte Constitucional, Sentencia de constitucionalidad del 16 de noviembre de 1994, M.P. Fabio Morón Díaz, C-511/1994.

Corte Constitucional, Sentencia de constitucionalidad del 20 de abril de 1995, M.P. Fabio Morón Díaz, C-167/1995.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 06 de octubre de 1995, M.P. Javier Tamayo Jaramillo, Exp. 4281, G.J.T. CCXXXVII, II semestre de 1995, v.2, págs. 1004 y ss.,

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 13 de octubre de 1995, M.P. Héctor Marín Naranjo, Exp. No. 3986, G.J.T. CCXXXVII, II semestre de 1995, v.2, págs. 1110 y ss.

- Salvamento de voto de Javier Tamayo Jaramillo.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 09 de octubre de 1998, M.P. José Fernando Ramírez Gómez, Exp. No. 4895, G.J.T. CCLV, II semestre de 1998, págs. 748 y ss.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 22 de octubre de 1998, M.P. José Fernando, Ramírez Gómez, Exp. No. 4866, G.J.T. CCLV, II semestre de 1998, págs. 830 y ss.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 28 de agosto de 2001, M.P. Jorge Santos Ballesteros, Exp. 6673.

Corte Constitucional, Sentencia de constitucionalidad del 11 de abril de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas Hernández, C-251/2002.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 29 de julio de 2002, M.P. Nicolás Bechara Simancas, Exp. No. 6129, no publicada.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 23 de septiembre de 2002, M.P. José Fernando Ramírez Gómez, Exp. No. 6581.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 27 de noviembre de 2002, M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno, Exp. 7400.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 30 de septiembre de 2004, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena, Exp. 7142.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 18 de mayo de 2005. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo, Exp. 0832.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 25 de enero de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil, Exp. T963345.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 27 de agosto de 2008, M.P. William Namén Vargas, Exp. 11001-3103-022-1997-14171-01.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 7 de octubre de 2009, M.P. Edgardo Villamil Portilla, Exp. 00164-01.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 16 de diciembre de 2010, M.P. Arturo Solarte Rodríguez, Exp. 00012.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 19 de diciembre de 2012, M.P. Jesús Vall de Rutén Ruiz, Exp. Ref. 54001-3103-006-1999-00280-01.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 14 de enero de 2015, M.P. Jesús Vall de Rutén Ruíz, Exp. 00475.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 03 de septiembre de 2015, M.P. Ariel Salazar Ramírez, Exp. 00429.

House of Lords, Reino Unido -Lista de casos-

| | |
|---|--------|
| Randall v. Cockran | (1748) |
| Mason v. Sainsbury | (1782) |
| Castellian v. Preston | (1883) |
| Simpson & co. v. Thompson | (1877) |
| King v. The Victoria Insurance Company Limited | (1896) |
| Napier v. Hunter | (1993) |

NORMAS

Constitución Colombiana

Artículos:

| | | |
|---|---|-----|
| 1 | 2 | 335 |
|---|---|-----|

Código Civil Colombiano

Artículos:

| | | |
|------|------|------|
| 27 | 1571 | 1670 |
| 28 | 1579 | 1960 |
| 728 | 1631 | 2395 |
| 1008 | 1634 | 2453 |
| 1162 | 1666 | 2454 |
| 1304 | 1667 | 2493 |
| 1411 | 1668 | 2494 |
| 1423 | 1669 | |

Código Civil Chileno

Artículos:

| | | |
|------|------|------|
| 19 | 1609 | 1612 |
| 20 | 1610 | 1613 |
| 1608 | 1611 | |

Código Civil Francés de 1804

Artículos:

| | | |
|------|------|------|
| 1236 | 1250 | 1252 |
| 1249 | 1251 | |

Código de Comercio Colombiano

Artículos:

| | | |
|------|------|------|
| 1066 | 1096 | 1140 |
| 1077 | 1099 | 1162 |
| 1079 | 1110 | |
| 1088 | 1139 | |

Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 2555 de 2010)

Artículos:

| | | |
|------------|------------|------------|
| 2.31.1.2.1 | 2.31.4.1.1 | 2.31.4.1.2 |
|------------|------------|------------|

Circular Básica jurídica del Sistema Financiero (Circular Externa 029 de 2014)

ENTREVISTAS

- BARRAGÁN CORREA, DIEGO: Ex presidente de Previsora S.A, Compañía de Seguros, 2007-2011. (Entrevista efectuada: octubre 25 de 2018).
- VESGA MAHECHA, Andrés: Actuario de Seguros Bolívar, en cargo, y expresidente de la Asociación Colombiana de Actuarios, 2015-2016. (entrevista efectuada: enero 16 de 2019)
- ZORNOSA PRIETO, Hilda E.: Directora del Departamento de Riesgos y Seguros, Universidad Externado de Colombia. (entrevista efectuada: abril de 2019)

ABREVIACIONES

| | |
|-------------------------|------|
| Artículo | Art. |
| Código Civil Colombiano | C.C. |

| | |
|--|---------|
| Código Civil Chileno | C.C.Ch. |
| Código de Comercio Colombiano | C.Co. |
| Estatuto Orgánico del Sistema Financiero | EOSF |
| Inciso | Inc. |

ANEXOS

