

LIMITE DE LA SUBROGACION DEL ASEGURADOR

Por: FRANCISCO ANTONIO LEON PEREIRA

El ordenamiento comercial colombiano tiene establecido en el artículo 1.096 que el Asegurador que pague una indemnización se subrogará por Ministerio de la ley en los derechos del asegurado contra los terceros responsables del siniestro, hasta el importe de lo pagado.

La interpretación jurisprudencial de la mencionada disposición legal ha llevado a que se considere que al asegurador le está vedado exigir el reconocimiento y el pago de la corrección monetaria y de los intereses sobre el monto de lo pagado. Consideramos que ha habido una errada intelección de la norma, que ha conducido a que se les niegue a las compañías aseguradoras un derecho totalmente legítimo e indiscutible. Por fortuna, el Consejo de Estado ha admitido ya que al asegurador se le ha de hacer el pago por el valor real, aceptando la posibilidad del reconocimiento de la corrección monetaria.

Este escrito se orienta, entonces, a demostrar el derecho que les asiste a las aseguradoras para que en ejercicio de la acción subrogatoria reclamen y obtengan un pago indexado, más los intereses legales sobre el importe de la indemnización y a partir de la fecha en que hayan cumplido su obligación con el asegurado o beneficiario.

1. CONCEPTO

Con fundamento en el citado artículo 1.096 entendemos la subrogación como la institución en virtud de la cual cuando el asegurador paga la indemnización se subroga, por ministerio de la ley, en los derechos del asegurado contra los terceros responsable del siniestro y, por ende, queda legitimado para exigir de éstos la reparación del daño, limitada a lo pagado al asegurado o al beneficiario, según el caso.

Se trata de una institución prevista por la ley, por cuyo ministerio opera, sin necesidad del consentimiento o de una manifestación de voluntad del asegurado y aún contra su querer. Basta que ocurrido el siniestro y en cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de seguro el Asegurador pague la indemnización para que la subrogación se produzca.

La subrogación evita, de una parte, que el asegurado pueda recibir la indemnización y al mismo tiempo demandar al causante del daño para que le repare los

perjuicios irrogados, lo que generaría para él un enriquecimiento sin causa y, de otra, que el tercero que dio lugar a la realización del riesgo asegurado resulte beneficiado y se vea libre de la obligación de indemnizar los perjuicios causados, que han sido cubiertos al asegurado por la compañía de seguros.

2. REQUISITOS DE OPERANCIA

La subrogación del asegurador no requiere cláusula o convención alguna, de modo que una estipulación de tal naturaleza no es indispensable ni como condición particular, ni tampoco como condición general del seguro y por consiguiente resulta innecesaria, pues, como se dijo antes, esta institución opera por el solo Ministerio de la ley; empero, sí exige unas condiciones de orden legal y únicamente en la medida en que ellas se reúnan habrá lugar a la subrogación y el asegurador estará habilitado para el ejercicio de las acciones pertinentes.

El doctor Hernán Fabio López B. expresa que del análisis sistemático de las normas que regulan la materia se desprende que los requisitos de la subrogación son: 1. Que exista un contrato de seguro válido. 2. Que el asegurador realice el pago de la indemnización. 3. Que el pago sea válido, y 4. Que no esté prohibida la subrogación (1).

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia de 6 de Agosto de 1985, señala cuatro requisitos para el ejercicio de la acción subrogatoria, a saber: «a) existencia de un contrato de seguro; b) un pago válido en virtud del referido contrato; c) que el daño producido por el tercero sea de los cubiertos o amparados por la póliza, y, d) que una vez ocurrido el siniestro surja para el asegurado una acción contra el responsable»(2).

Dentro de nuestro estudio planteamos los siguientes, que en el fondo coinciden con lo dicho por el doctor López y por al Corte Suprema de Justicia. Las diferencias son simplemente de forma.

2.1. Existencia del Contrato de Seguro.

La subrogación prevista en el artículo 1.096 supone la existencia de un contrato de seguro en virtud del cual el asegurador esté obligado a reparar el daño sufrido por el asegurado con motivo de la realización del riesgo que haya afectado, en todo o en parte, el interés objeto del seguro. Y es que sólo la existencia del contrato de seguro hace que la realización del riesgo dé origen a la obligación del asegurador, artículo 1.054 del Código de Comercio. Si el citado contrato no existe la compañía no podrá ser compelida a indemnizar y si lo hace realizará un acto

(1) LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Comentarios al Contrato de Seguro. Dupré Editores, Bogotá, 1993, 2a. ed., pág. 201.

(2) Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, Sentencia de 6 de Agosto de 1985, publicada en Nuevo Código de Comercio, Legis, Bogotá, 1993.



de liberalidad o cumplirá una obligación derivada de una relación enteramente diversa, pero no estará satisfaciendo una prestación nacida del contrato de seguro.

2.2. Validez del Seguro.

No basta que el contrato de seguro exista, es preciso que sea válido, es decir, ha de tratarse de un seguro que no esté viciado de nulidad, sea absoluta o relativa, pues si se presenta una causal de esta naturaleza es deber del asegurador invocarla, bien para objetar la reclamación, o como excepción en caso de ser demandado o en ejercicio de la acción correspondiente.

No creemos que advertida la causal de nulidad y estando dentro del término para alegarla, es decir, no habiendo ocurrido la prescripción, el asegurador pueda renunciar, expresa o tácitamente, a ese derecho para proceder al pago de la indemnización. Si el contrato es nulo (la nulidad del seguro se puede originar en la violación de una norma legal, en la inobservancia de una formalidad o en una conducta indebida del tomador) la obligación del asegurador puede invalidarse. Si el asegurador paga, el tercero causante del siniestro podrá oponer la correspondiente excepción y demostrados los fundamentos de hecho el juez deberá declararla probada.

El doctor Herán Fabio López Blanco afirma sobre el particular que «Ciertamente, si por algún motivo el contrato de seguro no es válido, el pago que se realice no generará jamás una subrogación por carecer de asidero legal, su base para tener vida jurídica es la existencia de un contrato de seguro; ...»(3)

No ocurre lo mismo si la acción de la aseguradora ha prescrito, pues en tal caso acaecido el siniestro surge con plena validez la obligación del asegurador de pagar la indemnización. Cualquier excepción del causante del daño resultaría improcedente en este evento. Igual cosa acontece cuando la nulidad ha sido saneada, como lo prevé, por ejemplo, el inciso final del artículo 1.058.

2.3. Validez del pago

Como tercera premisa se requiere que la aseguradora haya realizado un pago válido, esto es, que el siniestro haya tenido ocurrencia, afectando total o parcialmente el interés asegurado y que haya dado origen a la obligación del asegurador de indemnizar. En efecto, no todo pago que la Compañía de Seguros realice en favor del asegurado conduce a que opere la subrogación prevista por el artículo 1.096, es indispensable que el riesgo asegurado se haya realizado y que en virtud de ello se haya cancelado la indemnización. Si el asegurador le paga al asegurado el valor de los perjuicios sufridos por la ocurrencia de un riesgo no asegurado no puede invocar en su favor la subrogación y si lo hace el tercero presunto responsable podrá enervar fácilmente su acción.

(3) LOPEZ B., Hernán Fabio, Op. cit., pág. 202.



2.4. Que la subrogación no esté prohibida.

Aun cuando el precepto contenido en el artículo 1.096 a que nos venimos refiriendo parece que estableciera la subrogación para todos los casos en que las aseguradoras paguen la indemnización correspondiente a un siniestro en un seguro de daños, dicho precepto debe interpretarse en concordancia con el artículo 1.099 del mismo código, norma ésta que establece unos eventos en los cuales el asegurador no tendrá derecho a la subrogación, que hacen relación a siniestros causados por parientes consanguíneos del asegurado en segundo grado, por su padre adoptante o su hijo adoptivo, por su cónyuge o por personas cuyos actos u omisiones den origen a la responsabilidad del asegurado, limitaciones cuya razón de ser entendemos fácilmente y que no operan si la responsabilidad proviene de dolo o culpa grave, ni en los seguros de manejo, cumplimiento y crédito o si está amparada mediante otro contrato de seguro.

Al analizar este punto el doctor Jaime Bustamante Ferrer dice que sería absurdo que el asegurador se subrogara contra el asegurado mismo, por razón de hechos culposos cometidos por personas de quien es responsable, pues equivaldría a conceder y luego retirar la indemnización y que en lo relacionado con los siniestros ocasionados por el cónyuge y los familiares del asegurado habría un impedimento moral para la subrogación del asegurador y además un posible interés del asegurador de extender hasta ellos el amparo del seguro, exceptuado, claro está, los casos en que se obre con dolo o culpa grave. (3 bis).

3. QUANTUM DE LA INDEMNIZACION

Una de las condiciones particulares del contrato de seguro, previstas en el artículo 1.047 del Código de Comercio, hace referencia a la determinación de la suma asegurada, lo que equivale a decir que en la Póliza de Seguro debe indicarse el valor asegurado, que no es otra cosa que el valor dado al interés asegurable para efectos del contrato de seguro, y que en materia de seguros de daños debe corresponder, en lo posible, al valor real del interés asegurable, a fin de evitar las consecuencias desfavorables del infraseguro o del sobre o supraseguro. En las Pólizas de vida depende del arbitrio de las partes y de la capacidad de pago del tomador o del asegurado, debido a que no hay parámetros que permitan establecer el valor de la vida de una persona, si bien, para efectos indemnizatorios, en alguna clase de procesos judiciales, diversos de los originados en contratos de seguro, se toma en consideración la productividad de la persona en el momento de su fallecimiento y la vida productiva probable. Hay, además, algunos casos, en los seguros de daños, en que resulta difícil determinar ese valor real en una cifra exacta, como ocurre en materia de seguros de responsabilidad civil, cuando no es de objeto determinado, como lo expone el profesor Efrén Ossa Gómez,

(3bis) BUSTAMANTE F., Jaime y URIBE O., Ana Inés. Principios Jurídicos del Seguro. Colombo Editores, Bogotá, 1994, pá. 244.



aplicándose, entonces, la disposición contenida en el artículo 1.087 ejusdem (4). Pero no siendo el objeto de este estudio un análisis exhaustivo del valor asegurado y sin pretender nada diverso de haber enunciado el tema, nos limitaremos a agregar que el valor asegurado es uno de los parámetros que delimitan el monto de la indemnización a cargo del asegurador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.079 de nuestro ordenamiento mercantil, sin perjuicio de la obligación de la aseguradora de asumir los gastos razonables en que incurra el asegurado en cumplimiento de los deberes de evitar la extensión y propagación del siniestro y de proveer al salvamento de las cosas aseguradas, como está previsto en el inciso segundo del artículo 1.074.

La suma asegurada normalmente es determinada por medio de una declaración unilateral del tomador, aunque puede también ser el producto de un acuerdo entre éste y el asegurador, dando lugar al valor estimado de que trata el artículo 1.089, que en materia de seguros terrestres implica que el asegurador no podrá alegar en modo alguno la existencia de un infraseguro, pero que podrá demostrar que el valor asegurado excede notablemente el valor real del interés objeto del contrato y obtener la reducción correspondiente.

El segundo parámetro es el valor real del interés asegurable, que se ha de determinar de acuerdo con una justa estimación de la cosa o las cosas a las que esté vinculado dicho interés, que dependerá de que se hallen destinadas a la venta o al uso, como lo exponen acertadamente los autores Picard y Besson, citados por el doctor Efrén Ossa Gómez (5). Ahora bien, en la determinación del valor real es preciso tener en cuenta la diferencia entre el interés y la cosa o las cosas a las cuales aquel está vinculado, entendiéndose por interés asegurable, en este caso concreto, la relación económica que vincula al asegurado con la cosa o cosas objeto del contrato y que puede resultar afectada en caso de que se realice el riesgo, con la consiguiente lesión patrimonial del asegurado, que es precisamente lo que el asegurador se obliga a reparar o a indemnizar. Por tanto, el interés del titular del derecho de propiedad plena sobre un inmueble tendrá un valor superior al del interés de quien pudiera ser simplemente nudo propietario o usufructuario de dicho bien.

En los seguros patrimoniales en los que no sea posible determinar con anterioridad a la realización del riesgo la cuantía máxima del detrimento que la ocurrencia del siniestro pueda causar al patrimonio del asegurado, la suma asegurada será fijada libremente las partes, según lo permite la disposición contenida en el artículo 1.087. Algo similar ocurre en aquellos seguros de personas que sin participar del carácter indemnizatorio de los seguros de daños cubren riesgos cuyas consecuencias dañosas pueden ser cuantificadas pero sólo con posterioridad al siniestro, como en los seguros de hospitalización y cirugía.

(4) OSSA G., J. Efrén. Teoría General del Seguro, El Contrato. Temis, Bogotá, 1991. 2a. ed., pág. 82.

(5) OSSA G., J. Efrén. Op. cit, pág. 131.



Teniendo los seguros de daños un carácter indemnizatorio el legislador mercantil estableció en el artículo 1.089 que la indemnización a cargo del asegurador no excederá en ningún caso, del valor real del interés asegurado en el momento del siniestro. Esta disposición legal se entiende en la medida en que no es posible que el asegurado sufra una pérdida que exceda el valor real de su interés en ese momento, si nos ubicamos dentro de las previsiones del artículo 1.088, que excluye los riesgos especulativos, los riesgos de beneficio o ganancia.

En los seguros de vida, cuyo valor no es cuantificable, no juega papel alguno la consideración del valor real del interés; el infraseguro y el sobreseguro no pueden presentarse y la suma asegurada dependerá de la decisión de la partes y de la capacidad de pago del tomador o del asegurado, como se ha indicado antes. Habrá casos en que el asegurador exigirá que el asegurado se haga practicar determinados exámenes médicos antes de decidir si celebra el contrato o no; empero, ello nada tiene que ver con la suma asegurada en sí misma, sino que le permite a la compañía establecer la mayor o menor gravedad del riesgo, decidir si lo asume y determinar la tarifa aplicable de acuerdo con el estado del riesgo.

El tercer factor que se toma en consideración para determinar la cuantía de la indemnización es el monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o el beneficiario, el cual tampoco podrá ser excedido en ningún caso, conforme está previsto en el artículo 1.089 ya citado. Quiere esto decir que la indemnización a cargo del asegurador cuando más podrá ser igual a la cuantía de la pérdida sufrida por el asegurado con motivo de la ocurrencia del siniestro, pero que jamás podrá ser superior, salvedad hecha de la obligación del asegurador de asumir los gastos previstos en el artículo 1.074, como antes se indicó.

El interés del legislador en que se respete el carácter indemnizatorio del seguro de daños y su deseo de impedir, por tanto, todo enriquecimiento del asegurado (o del beneficiario) lo llevó a establecer en el artículo 1.078 que la mala fe de éste en la reclamación o comprobación del derecho al pago de determinado siniestro causará la pérdida de tal derecho, situación que se presentaría si, por vía de ejemplo, ocurrido un siniestro que destruye el interés asegurado en un treinta por ciento el asegurado o el beneficiario, en su caso, pretenden demostrar que la destrucción fue del setenta por ciento o que el siniestro fue total. Y es que el exceso sobre el monto efectivo de detrimento patrimonial causado por el siniestro implicaría un enriquecimiento del asegurado o del beneficiario.

4. CUANTIA DE LA PERDIDA Y CUANTIA DE LA INDEMNIZACION

Reconocido el carácter indemnizatorio del seguro de daños, consagrado por el legislador comercial en el artículo 1.088, la operancia de tal principio aconseja que el valor asegurado sea equivalente al valor real del interés asegurado para que en caso de siniestro, total o parcial, la indemnización pueda ser igual al monto de la pérdida, lo que satisfaría en un ciento por ciento las expectativas del

asegurado. Sin embargo, esa situación ideal de correspondencia entre uno y otro no es exigida por el legislador y son diversos los factores que contribuyen a que en numerosas ocasiones el asegurado sólo reciba una reparación parcial y deba soportar una parte de la pérdida.

Bien puede ocurrir que con base en lo dispuesto en el artículo 1.103 se haya pactado una franquicia o un deducible y que la póliza contenga cláusulas que impongan al asegurado el deber de soportar una cuota en el riesgo o en la pérdida o afrontar la primera parte del daño, lo que le impide contratar otro seguro para protegerse respecto de tales cuotas, so pena de que el contrato original termine, a menos que las condiciones de la póliza se lo permitan. En ese caso dentro de las condiciones particulares de la póliza habrá una estipulación en la que se expresará, en términos más o menos similares: Deducible 20%, Mínimo \$300.000.00. Significa lo anterior que la aseguradora no indemnizará en forma alguna los primeros \$300.000.00 de la pérdida y que en todo caso, para determinar la cuantía de la obligación a su cargo, descontará un veinte por ciento del monto del detrimento patrimonial sufrido por el asegurado. Lógicamente, la compañía no podrá aplicar el mínimo (franquicia) y el porcentaje (deducible) al mismo tiempo, optará según lo que le represente un mayor valor, lo que obviamente dependerá de la cuantía de la pérdida.

Estas cláusulas o condiciones del seguro exigen que el asegurado sea cuidadoso en la vigilancia y conservación de la cosa o cosas aseguradas y evite en lo posible la ocurrencia del siniestro. Es claro que el tomador y en su caso el asegurado deben ser diligentes aunque no se haya pactado la franquicia o el deducible, no sólo por cuanto así lo exigen los principios generales de los contratos, sino también porque el seguro está informado de manera especial por el principio de la buena fe; empero, es evidente, que si el asegurado sabe que en caso de siniestro deberá asumir una parte del daño empleará un mayor celo en la custodia de las cosas a las que esté vinculado el interés objeto del contrato y no habrá aliciente para que provoque el siniestro. Adicionalmente, al excluirse las reclamaciones pequeñas las aseguradoras evitan los costos administrativos que dichos trámites les ocasionarían.

De igual manera, cuando consciente o inconscientemente el tomador indica como valor asegurado una suma inferior al valor real del interés y da lugar al infraseguro, si se realiza el siniestro total la indemnización será inferior al monto del daño y tendrá que soportar o asumir la parte restante de la pérdida. Si el siniestro es parcial y la compañía advierte el infraseguro aplicará la regla proporcional consagrada en el artículo 1.102, que establece que en dicho evento el asegurador sólo ha de indemnizar el daño a prorrata entre la parte que esté asegurada y la que no lo esté.

El infraseguro puede conducir a que en un determinado caso la indemnización resulte muy inferior a la cuantía del daño, lo que explicamos con un ejemplo: Una persona decide asegurar por \$6.000.000.00 su interés vinculado a la propie-

dad de un automotor que realmente vale \$10.000.000 y la aseguradora pacta un deducible del 20%. Ocurrido un siniestro que destruye el vehículo en un cincuenta por ciento, con daños por tanto de \$5.000.000, la indemnización, en condiciones normales y aplicado el deducible, debería ser de \$4.000.000; sin embargo, en razón del infraseguro la compañía sólo indemnizará sobre la base del sesenta por ciento, vale decir, sobre \$3.000.000 y aplicado el deducible el monto que habrá de cancelar será de tan sólo \$2.400.000, de manera tal que el asegurado no alcanzará a recibir ni siquiera el cincuenta por ciento de lo que perdió. Una situación como ésta puede dar lugar a que se piense que las aseguradoras engañan a los tomadores o que los seguros son una forma de embaucar a incautas personas, cuestión que es contraria a la realidad y que evidencia simplemente un desconocimiento de la materia, producto a veces de una inadecuada información por parte del colocador de seguros y en otras, quizá las más, consecuencia del deseo de los tomadores de reducir las primas que deben pagar como precio del seguro.

Los efectos del infraseguro son inaplicables en los seguros de valor estimado, como lo prevé el inciso segundo del artículo 1.089, dado que en virtud del pacto, que debe constar en la póliza, se presume (juris et de jure) que el valor asegurado no es inferior al valor real. Con todo, en ningún caso el asegurador estará obligado a pagar por encima de la suma asegurada.

También se recibirá una indemnización insuficiente en los seguros a primer riesgo, cuando el daño resulta de un valor superior a la suma asegurada, no así en los casos en que el siniestro es parcial y la cuantía del daño resulta inferior al valor asegurado, pues en virtud del pacto la compañía aseguradora se obliga a indemnizar en forma total el primer siniestro que se presente, con la única limitación derivada de la suma asegurada, permisión ésta prevista en el inciso segundo del artículo 1.002.

Puede ocurrir, asimismo, que entre la celebración del contrato y el momento de la ocurrencia del siniestro y como consecuencia de los procesos de devaluación e inflación el valor asegurado se haya desactualizado y no corresponda al valor que realmente tenga el interés asegurado al producirse el riesgo y entonces, no obstante que la indemnización alcance el valor máximo pactado en la póliza, el asegurado recibirá menos que lo perdido. Estos efectos desfavorables pueden evitarse si se pacta una cláusula que permita hacer declaraciones periódicas para reajustar la suma asegurada, que conllevarán incrementos proporcionales en la prima o precio del seguro.

La insuficiencia de la indemnización para cubrir ya no el monto del detrimento patrimonial que haya sufrido el asegurado o el beneficiario sino el valor de la reposición o el reemplazo puede obedecer a la aplicación del demérito por el uso o como efecto de la obsolescencia o vetustez de la cosa o las cosas a las que esté vinculado el interés asegurado, salvo que con fundamento en lo dispuesto en el artículo 1.090 las partes hayan convenido contratar el seguro por el valor de

reposición o de reemplazo, evento en el que de todas maneras la suma asegurada sigue estableciendo el límite máximo de la indemnización.

Ahora bien, así como hay casos en los que el asegurado recibe únicamente una reparación parcial, hay otros en los que puede recibir más, conforme pasamos a exponer:

Frente al sobreseguro no advertido por la aseguradora y en caso de siniestro total el asegurado obtendrá una indemnización superior al monto del daño sufrido. Esta circunstancia no puede considerarse como un estímulo para que los tomadores den lugar al sobreseguro estipulando una suma asegurada superior al valor real del interés asegurable, pues estarían dando lugar a una causal de nulidad relativa del contrato, con la posibilidad de que haya retención de la prima a título de pena, si tuvieron la intención manifiesta de defraudar al asegurador. Y en el caso menos grave, en el sobreseguro inocente, el asegurador puede pedir la reducción de la suma asegurada con reducción o rebaja de la prima por el tiempo no transcurrido del seguro; la otra parte ya la ha devengado definitivamente el asegurador y se habrá pagado una prima mayor inoficiosamente artículo 1.091.

A este respecto bueno es recordar que en materia de seguros terrestres con valor estimado el asegurador puede probar que el valor acordado excede notoriamente el valor real del interés objeto del contrato, a fin de que se produzca la correspondiente reducción, artículo 1.089; pero ha de tratarse de un exceso notorio, de manera que una excedencia de poca consideración no amerita la reducción.

En los seguros marítimos, en cambio, la cláusula de valor estimado o admitido impide que el asegurador controvierta dicho valor, excepción hecha de que haya habido dolo por parte del tomador, conforme a lo estatuido en el artículo 1.713. En los seguros de valor a nuevo, permitidos por el legislador mercantil en la disposición contenida en el artículo 1.090, el asegurado recibirá también un valor mayor al detrimento patrimonial sufrido pues en virtud del pacto el asegurador no podrá aplicar el demérito por uso o por obsolescencia o vetustez. Sin embargo, lo anterior no desvirtúa el principio indemnizatorio; simplemente indica que el legislador ha querido permitir el seguro del riesgo de demérito, no en forma autónoma sino en cuanto vinculado al seguro sobre la cosa o el objeto afectado por el demérito.

Resumiendo este aparte, la indemnización a cargo del asegurador no habrá exceder ni la suma asegurada, ni el valor real del interés asegurado, ni la cuantía de la pérdida, pero podrá ser inferior.

5. QUANTUM DE LA SUBROGACION

El legislador comercial, así no lo haya expresado en una norma, debió ser consciente de que no siempre el asegurador cancelará en su integridad el monto del daño o detrimento patrimonial sufrido por el asegurado o el beneficiario y en forma consecuente y plausible estableció en el artículo 1.096 que la subrogación

operará solamente hasta la ocurrencia del importe de la indemnización. Y es que así como en el artículo 1.088 se encuentra establecido que respecto del asegurado los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento y así como la subrogación se fundamenta, entre otras razones, en la necesidad de evitar que el asegurado pueda recibir una doble indemnización, la que le paga la Compañía de Seguros y la que debería cancelarle el causante del daño, o evitar que en razón del pago efectuado por la Aseguradora el tercero responsable del siniestro se vea exento de la obligación de indemnizar, era preciso también evitar que el asegurador pueda enriquecerse y vedarle la posibilidad de reclamar del tercero causante del daño un valor mayor que el reconocido al asegurado. Esta norma, que parece clara, ha suscitado tesis contrarias, una de ellas, como se dijo en un comienzo, que niega al asegurador el derecho a exigir corrección monetaria e intereses sobre el monto de lo pagado, y que es sostenida por la Honorable Corte Suprema de Justicia y que en algún tiempo sostuvo también el Honorable Consejo de Estado, que en buena hora la ha modificado. Dada la indiscutible autoridad que se reconoce a estas dos altas corporaciones, nos referiremos a continuación a su jurisprudencia sobre este tópico.

5.1 TESIS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

La Corte ha sido enfática en sostener al asegurador no les es dable exigir ni la corrección monetaria, ni los intereses, así se trate de aplicarlos hacia el futuro, es decir, con posterioridad al pago efectuado por ella. Estima esta Corporación que el precepto contenido en el artículo 1.096 es de orden público, imperativo, que debe interpretarse restrictivamente, con independencia de lo ocurrido ante o después del pago realizado por la aseguradora y que, por consiguiente, el derecho que de la subrogación se deriva para el asegurador no puede ser complementado con factores tales como el deterioro monetario o la improductividad financiera, pues ello implicaría desbordar el límite establecido por el legislador. En la sentencia de casación de veintitrés de Septiembre de unmil novecientos noventa y tres, en la que reitera la tesis que sobre el mismo tema expuso en el fallo 202 de 16 de Junio de 1988, la Honorable Corte dijo: (6)

1.2. Sin embargo, ha querido el legislador, por las razones expuestas en el cargo precedente, otorgarle al pago del seguro con subrogación legal una naturaleza de orden público, con la imperatividad, obligatoriedad y consecuencias allí indicadas, con cierta independencia de lo que ha ocurrido cuantitativamente antes o después del pago. En efecto, para determinar el límite cuantitativo del objeto subrogado se toma en cuenta únicamente el valor de lo pagado por el seguro, con independencia del valor de las primas pagadas, o del mayor valor del objeto

(6) Jurisprudencia y Doctrina. Tomo XXII, número 263. Legis, Bogotá, Noviembre 1993, pags. 1.051 y ss.

asegurado y de circunstancias posteriores al pago, como son su deterioro monetario, improductividad financiera, etc.... Por eso, prescribe el artículo 1.096 del Código de Comercio que la subrogación legal del asegurador en los derechos del asegurado contra el tercero responsable, tiene como límite la suma pagada de acuerdo a lo asegurado, que, por su naturaleza debe entenderse restrictivamente para los efectos cuantitativos, porque esa es la clara intención inequívoca del precepto, y que, por lo tanto, no permite entender o completar su sentido de tal manera que desborde dicho límite...

2. Por consiguiente, reitera la Sala su doctrina en el sentido de la improcedencia de la corrección monetaria e intereses sobre el derecho subrogado legalmente y fundado en la suma pagada por concepto del seguro; lo que, por tanto, hace impróspero el cargo.

5.2 TESIS DEL CONSEJO DE ESTADO

El Honorable Consejo de Estado, por su parte, en una interpretación que consideramos correcta ha admitido el derecho del asegurador a la corrección monetaria sobre el monto de lo pagado, argumentando que el monto del reembolso debe ser el mismo valor real efectivamente pagado, no siendo admisible una interpretación nominalista del artículo 1.096, que si bien no quiso el enriquecimiento del asegurador, tampoco pretendió empobrecerlo. Al respecto ha expuesto dicha Corporación:

El seguro contratado estaba plenamente vigente cuando el riesgo asegurado (saqueo) se produjo. De allí que la compañía actora (La Aseguradora) haya podido indemnizar al asegurado, como lo hizo, por la ocurrencia del siniestro y por consiguiente que esté legitimada por ministerio del artículo 1.096 del Código de Comercio para reclamar de la empresa Puertos de Colombia, como subrogataria legal de «Confecciones Piccolino Ltda.» y hasta concurrencia del importe de la indemnización pagada, el reembolso correspondiente. Ahora bien, ¿Cuál ha de ser el monto de ese reembolso?

Debería ser el mismo **valor real** efectivamente pagado por la aseguradora demandante, pues no es dable pensar que en el estado actual del pensamiento jurídico universal, pueden interpretarse las normas jurídicas con criterios nominalistas. El legislador, al sentar el precepto que se contiene en el artículo 1.096 del Código de Comercio buscó sencillamente que la aseguradora subrogada en los derechos del asegurado a quien indemnizó, recibiera del autor del daño el **mismo valor** que desembolsó para cubrir el siniestro; en manera alguna quiso o pretendió enriquecerla o empobrecerla. Por consiguiente, la expresión «hasta la concurrencia de su importe», utilizada en el precepto que se comenta, ha de interpretarse en el sentido de que el responsable del siniestro cubierto por la aseguradora tiene para con ésta una obligación de resarcimiento, no formal o nominal de cifras, de

números, sino substancial de valor, de contenido reparatorio real o efectivo (7) (El resaltado es nuestro).

5.3 NUESTRA POSICION

Como ya lo hemos expresado consideramos que el asegurador puede exigir del tercero responsable del daño el valor pagado al asegurado, más la corrección monetaria o indexación a partir de la fecha del pago, más los intereses legales o puros desde la misma fecha.

Para sostener nuestra posición partimos de la base de que el asegurador que paga la indemnización se subroga por el solo ministerio de la ley en los derechos del asegurado contra el tercero responsable del daño, hasta el importe de la indemnización, y pasa a ocupar la misma posición del asegurado, cuyos derechos, con el límite indicado, quedan radicados en cabeza del asegurador, quien, a su turno, queda expuesto a la alegación de los mismos hechos exceptivos que el tercero podría oponer al asegurado.

La obligación del asegurador de pagar la indemnización una vez ocurrido el siniestro es de carácter contractual y la ley regula la oportunidad para su cumplimiento y las consecuencias de la mora. Efectuado el pago se produce la subrogación a favor del asegurador y los derechos en que se subroga pueden tener una fuente contractual o extracontractual según que entre el asegurado y el causante del daño exista una relación contractual en cuyo desarrollo se haya causado el perjuicio y por tanto surgido la obligación de indemnizar o no se dé relación alguna y se trate, entonces, de un delito (daño en bienes ajenos) o un cuasidelito o culpa.

Situado el asegurador en la posición del asegurado frente al tercero responsable podrá exigir de éste lo mismo que hubiera podido demandar el asegurado, sólo que no habiendo pagado el monto total del perjuicio, únicamente podrá exigir la parte que cubrió, más la indexación de dicha parte, más los intereses puros o legales, entendidos por tales aquéllos que llevan ínsito sólo el concepto de frutos del dinero y que por tanto no involucran en forma alguna protección frente al proceso devaluativo ni inflacionario, ni frente al riesgo del crédito, ni indemnización moratoria.

Si por no haber existido el seguro o haber sido éste inoperante el titular del interés afectado total o parcialmente por el hecho dañoso hubiera podido demandar al tercero responsable y exigirle no sólo el pago del valor la pérdida, según la tasación hecha con referencia al día del siniestro, sino además la corrección monetaria y los intereses puros, no vemos por qué cuando es el asegurador quien demanda desaparezca la posibilidad de exigir la indexación y los intereses. La única diferencia que encontramos es que el asegurado habría podido demandar el reconocimiento y el pago de la corrección y los intereses desde el día de la ocurrencia del hecho dañoso, en tanto que el asegurador sólo podrá demandarlos a partir del pago realizado al asegurado. Obviamente, el asegurador no podrá in-

(7) Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de Diciembre 1988, publicada en Nuevo Código de Comercio. Ed. Legis, Bogotá, Julio 1994, página 258, número 3361-1.

tentar el recobro de lo que haya pagado por concepto de intereses moratorios, cuando no haya pagado oportunamente la indemnización.

Establecido que el asegurador puede demandar la indexación y los intereses puros sobre el monto de la indemnización y a partir de la fecha del pago, conviene hacer unos comentarios sobre la tasa de interés aplicable, más ahora cuando el auge comercial ha traído como consecuencia que se busque en la mayoría de los casos la aplicación del artículo 884 del Código de Comercio, que permite el cobro de intereses moratorios hasta en una tasa igual al doble del interés bancario corriente.

Se dijo antes que la acción del asegurador contra el tercero responsable del siniestro puede ser de naturaleza contractual o extracontractual, según el carácter de la acción que pudiera ejercer el asegurado contra dicho tercero. El que entre el asegurado y el asegurador exista un contrato en cuya virtud la compañía deba pagar una indemnización al asegurado o al beneficiario no incide en la naturaleza de la acción en la cual se subroga el asegurador.

Dentro de ese orden de ideas, la aplicación del artículo 884 citado es claramente improcedente, pues la norma expresamente señala el ámbito de aplicación del precepto que ella contiene, esto es, los negocios mercantiles en los que haya de pagarse réditos de un interés, aspecto totalmente extraño en materia de responsabilidad extracontractual.

De otra parte, la mora, factor indispensable para que sea procedente exigir que los intereses se paguen al doble de bancario corriente es un concepto inocuo en relación con el tema que nos ocupa. Para que pueda predicarse la mora es necesario que exista una obligación cierta y que se dé alguno de los eventos previstos en el artículo 1.608 del Código Civil.

Por tanto, lo que establece el artículo 1.096 que se viene comentando, así el daño sufrido por el asegurado o el beneficiario haya sido mayor, es que el asegurador sólo se subroga en los derechos del asegurado hasta el importe de la indemnización pagada. La parte del daño no cubierta por el seguro continúa dando derecho al asegurado para exigir del tercero responsable la consiguiente reparación de perjuicios. El asegurado deberá ser cuidadoso al exigir dicho pago, de modo que no afecte los derechos de la aseguradora; pero eso es un asunto aparte, ajeno al presente estudio.

Lo que no quiere la norma, por tanto, es que frente a un siniestro de cinco millones el asegurador pague cuatro y en ejercicio de los derechos derivados de la subrogación cobre cinco, pues estaría obteniendo un enriquecimiento sin que haya una causa que lo justifique, en tanto que, sin razón, el asegurado perdería un millón que no le ha sido reconocido por la compañía aseguradora y que no podría cobrar al responsable del siniestro por cuanto en virtud de la subrogación habría pasado a la compañía de seguros.

Hasta acá la determinación del alcance de la norma es completamente lógico. Lo que nos parece contrario a la disposición legal es que se afirme que en virtud de lo establecido en el citado artículo 1.096 el asegurador, habiendo pagado la indemnización, no pueda exigir que sobre el monto de lo pagado y a partir de la fecha del pago se le abone la corrección monetaria y los intereses legales.

Estamos de acuerdo con la Corte en que la limitación que se establece en el

artículo 1.096 es cuestión de orden público, que no puede, por consiguiente, ser desconocida ni por las partes ni por los jueces, pero discrepamos de la conclusión a que llega dicha Corporación de que tal disposición legal implica la imposibilidad de que el asegurador exija la indexación y los intereses, aunque tan sólo se pretendan los posteriores al pago de la indemnización al asegurado.

Es claro que al asegurador se le debe vedar la posibilidad de demandar la corrección monetaria y los intereses anteriores al pago del seguro, por cuanto él no los cubrió y se estaría contrariando lo dispuesto en el artículo 1.096 y se presentaría una ilicitud; empero, predicar lo mismo hacia el futuro es darle a la norma una interpretación errónea.

Cuando el asegurador demanda al tercero responsable del siniestro y exige que éste le pague el valor cancelado al asegurado más la corrección monetaria a partir de la fecha del pago no está pretendiendo cosa diversa de que el pago que a él se le haga lo sea por su valor real, es decir que se le devuelva una cantidad de dinero con el mismo poder adquisitivo que tenía en su momento la suma que él debió entregarle al asegurado en virtud del seguro. Una pretensión de esa naturaleza no sólo no contraría el precepto legal en comento sino que reafirma el querer del legislador. Plausible no parece el criterio del Consejo de Estado al afirmar que si bien el legislador no quiso enriquecer al asegurador, tampoco pretendió empobrecerlo. Y es claro que negarle el derecho a la indexación de la suma pagada conlleva un empobrecimiento para él.

En el anterior planteamiento estamos tomando en consideración la jurisprudencia de la Corte, Corporación que en un comienzo consideró que la corrección monetaria quedaba comprendida dentro del concepto de lucro cesante, pero que bien pronto modificó su criterio para aceptar que, cuando de indemnización de perjuicios se trata, forma parte del daño emergente y que, por ende, forma parte de la prestación debida. (8) La función de la indexación es permitir que la obligación se satisfaga por su valor real, evitando las consecuencias desfavorables que una satisfacción meramente nominal traería para el acreedor.

Creemos que negarle a las aseguradoras subrogadas la posibilidad de obtener un pago indexado, más los intereses legales o puros, no sólo implica desconocerles un derecho a todas luces legítimo, sino que puede constituirse en un incentivo para que los terceros causantes de los siniestros eludan al máximo y se esfuercen por retardar el reembolso a las aseguradoras, pues en virtud de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda cada día de demora les significará una liberación parcial de su obligación de reparar el daño ocasionado.

En cuanto a los intereses tampoco encontramos reparo para su reconocimiento, siempre que se limiten a la tasa del seis por ciento anual prevista por el artículo 1.617 del Código Civil y que corresponde a los intereses puros. Otros factores que conlleven un interés mayor resultan extraños. En efecto, las elevadas tasas de interés que se cobran en el mercado no significan que en Colombia o en los países con economías inflacionarias el dinero sea más productivo que en los países industrializados, con economías estabilizadas, lo que ocurre es que en la

(8) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 9 de Julio de 1979, citado por OSSA G., J. Efrén, Op. cit., pág. 44.

determinación de las tasas de interés inciden factores tales como la devaluación monetaria, el riesgo propio del crédito, que es mayor en países como Colombia, la mayor o menor liquidez del sistema financiero; la tasa de interés moratorio conlleva, además, el concepto indemnizatorio. No es posible reconocerle al asegurador una tasa de interés que lleve involucrados estos factores, por las razones siguientes: a) La indexación se le está reconociendo por separado; b) El concepto de riesgo del crédito es totalmente ajeno al caso pues ningún crédito le ha concedido el asegurador al causante del daño, y la indemnización moratoria tampoco resulta de recibo, concluyéndose que los únicos intereses a que tiene derecho el asegurador son los legales.

Nos apartamos en este punto del planteamiento que sobre el particular hace el doctor Hernán Fabio López Blanco, quien admite la posibilidad del cobro de intereses moratorios por parte del asegurador en ejercicio de la acción subrogatoria. Dice este autor:

«Es éste un interrogante de particular interés frente al cual no vacilamos en responder de manera afirmativa, pues si se recuerda que el asegurador se subroga en los derechos del asegurado o beneficiario respecto del causante del daño, si en la virtud ocupa idéntica posición jurídica a la que hubiera tenido este (sic) estará demandando, nadie osaría aseverar que en este caso el asegurador no podría demandar intereses moratorios, perjuicios por el no pago de lo solicitado o, lo que es una modalidad de lo anterior, pago con valor actualizado, máxime cuando lo normal en estos procesos es (sic) la vía ordinaria y el art. 90 del C. de P. C. contempla la destacada disposición de tener la demanda como requerimiento para efectos moratorios» (9).

Acogemos, en cambio, lo expresado por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de 15 de Febrero de 1991, con ponencia del doctor Pedro Lafont Pianetta, providencia en la cual la Corte expresó:

«Ahora bien, tratándose de la responsabilidad extracontractual por el daño ocasionado en el pago irregular del cheque cruzado, para abonar en cuenta del primer beneficiario, y no de una responsabilidad fundada en el incumplimiento de obligaciones derivadas de «negocios mercantiles», ni originadas directamente en el incumplimiento de la obligación cambiaria voluntariamente adquirida en el mencionado título valor, se concluye que la regulación normativa de la ganancia frustrada de aquel perjuicio extracontractual por violación de normas legales, no es la contenida en el art. 884 del C. de Co., exclusiva en los «negocios» e «intereses» estrictamente «moratorios» y «mercantiles», sino que son las reglas generales anteriormente mencionada, teniendo en cuenta que el acreedor de la obligación dineraria, resarcitoria y subrogatoria del importe del cheque pagado irregularmente, se presume perjudicado en los intereses civiles anuales del 6% dejados de percibir (art. 1.617 C.C.)» (10).

(9) LOPEZ B., Hernán Fabio. Op. cit. pág. 206.

(10) Jurisprudencia y Doctrina. Tomo XX, número 232, Legis, Bogotá, Abril 1991, págs. 267 y ss.

La anterior jurisprudencia de nuestra Corte Suprema corresponde a un caso en que se demandó en acción de reparación de perjuicios a dos bancos que intervinieron en el pago irregular de un cheque cruzado para abonar en cuenta del primer beneficiario, pero en lo que tiene que ver con la tasa de los intereses la estimamos aplicable a todos aquellos casos en que se demande indemnización de perjuicios por responsabilidad civil extracontractual.

Ahora bien, cuando el asegurador se subroga en una acción derivada de un contrato, cuyo cumplimiento haya garantizado, y en el que las partes hayan previsto el pago de intereses moratorios, es obvio que el asegurador podrá demandar el pago de tales intereses, que obviamente no podrán acumularse con la corrección monetaria, pues ya llevan implícito dicho concepto. Para adoptar esta posición tenemos en cuenta que si en virtud del pago efectuado por la aseguradora al contratante cumplido el afianzado se viera liberado de la obligación de pagar los intereses de mora se estaría dando un incentivo para el incumplimiento de los contratos y para la obstaculización del recobro por parte de las aseguradoras, lo que implicaría un notable beneficio para el afianzado moroso. Claro está, los intereses que la aseguradora podrá demandar serán los correspondientes a la mora del afianzado, a partir del pago de la indemnización, y no los que por mora de ella haya debido pagar al asegurado.

Para concluir expresamos que si el tema que nos ha ocupado en este estudio no es aclarado por el legislador, no debiera necesitarse una norma al efecto, esperamos que bien pronto la Corte reconsidere su jurisprudencia, como lo ha hecho el Consejo de Estado, y que se admita, también, que el reconocimiento de los intereses legales a partir de la fecha de la indemnización tampoco es contrario al precepto contenido en el artículo 1.096 y que una pretensión de esa naturaleza debe ser despachada favorablemente.

Las normas jurídicas deben interpretarse de manera tal que no se desconozca o contraríe el querer del legislador, pero así mismo sin desconocerle a los interesados en su aplicación derechos que en modo alguno el ordenamiento jurídico les ha negado.

INFLUJOS DEL HUMANISMO EN LA UNIVERSIDAD AMERICANA