

Información Importante

La Universidad de La Sabana informa que el(los) autor(es) ha(n) autorizado a usuarios internos y externos de la institución a consultar el contenido de este documento a través del Catálogo en línea de la Biblioteca y el Repositorio Institucional en la página Web de la Biblioteca, así como en las redes de información del país y del exterior con las cuales tenga convenio la Universidad de La Sabana.

Se permite la consulta a los usuarios interesados en el contenido de este documento para todos los usos que tengan finalidad académica, nunca para usos comerciales, siempre y cuando mediante la correspondiente cita bibliográfica se le de crédito al documento y a su autor.

De conformidad con lo establecido en el artículo 30 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993, La Universidad de La Sabana informa que los derechos sobre los documentos son propiedad de los autores y tienen sobre su obra, entre otros, los derechos morales a que hacen referencia los mencionados artículos.

BIBLIOTECA OCTAVIO ARIZMENDI POSADA
UNIVERSIDAD DE LA SABANA
Chía - Cundinamarca

**REFLEXIONES ALREDEDOR DE LA SUBROGACIÓN EN EL CONTRATO DE
SEGURO - *RESTRICCIÓN EN LOS SEGUROS DE PERSONAS***

**ADRIANA ROCÍO HORTÚA SUÁREZ
DIEGO ALEXÁNDER JAIMES DELGADO
GABRIEL MAURICIO PORRAS CHÁVEZ**

**UNIVERSIDAD DE LA SABANA
INSTITUTO DE POSTGRADOS FORUM
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN SEGUROS Y SEGURIDAD SOCIAL
BUCARAMANGA
2012**

**REFLEXIONES ALREDEDOR DE LA SUBROGACIÓN EN EL CONTRATO DE
SEGURO - *RESTRICCIÓN EN LOS SEGUROS DE PERSONAS***

**ADRIANA ROCÍO HORTÚA SUÁREZ
DIEGO ALEXÁNDER JAIMES DELGADO
GABRIEL MAURICIO PORRAS CHÁVEZ**

**Trabajo de grado para optar al título de especialistas en Seguros y Seguridad
Social**

Asesor

**Dr. ALMA ROCÍO ARIZA FORTICH
Magister en Derecho de Seguros**

**UNIVERSIDAD DE LA SABANA
INSTITUTO DE POSTGRADOS FORUM
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN SEGUROS Y SEGURIDAD SOCIAL
BUCARAMANGA**

2012

NOTA DE ACEPTACIÓN

Aprobado por el Comité de Grado en cumplimiento de los requisitos exigidos por la Universidad de la Sabana para optar por el título de Especialista en Seguros y Seguridad Social.

Jurado

Jurado

Bucaramanga, 21 de septiembre de 2012

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	6
1. ASPECTOS GENERALES DE LA SUBROGACIÓN EN EL CONTRATO DE SEGUROS	9
1.1. NOCIONES	9
1.2. ANTECEDENTES	11
1.3 DEFINICIÓN Y NATURALEZA JURÍDICA	13
1.4 REQUISITOS DE OPERANCIA	16
2. RESTRICCIÓN LEGAL DE LA SUBROGACIÓN EN LOS DENOMINADOS SEGUROS DE PERSONAS	20
2.1 ¿LOS SEGUROS DE PERSONAS ¿DE CARÁCTER INDEMNIZATORIO?	20
2.2. SITUACIÓN PARTICULAR DE LOS SEGUROS DE SALUD Y GASTOS MÉDICOS	24
2.3 DE LA SUBROGACIÓN EN EL SISTEMA GENERAL DE RIESGOS PROFESIONALES	26
2.4 TENSIÓN ENTRE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO “ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA” Y “EQUIDAD” ASÍ COMO EL VALOR DE LA “JUSTICIA” CON LA EXPRESA PROHIBICIÓN LEGAL CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 1139 DEL CÓDIGO DE COMERCIO.	29
3. CONCLUSIONES	32
BIBLIOGRAFÍA	34
JURISPRUDENCIA CITADA	35

RESUMEN

Mediante el presente documento se persigue deliberar, desde una perspectiva meramente propositiva, en torno a la figura jurídica de la subrogación en el contrato de seguros, particularmente la posibilidad de su implementación en los denominados seguros de personas, iniciando su estudio a partir del desarrollo legal que ha tenido ésta en instituciones afines, como lo es en el campo de la seguridad social, especialmente los riesgos profesionales, y en los denominados “seguros de salud y gastos médicos”.

Finalmente, con un ojo crítico y reflexivo, se aborda la restricción legal contemplada en el artículo 1139 del código de comercio.

INTRODUCCIÓN

La subrogación, como instituto jurídico de vieja data pero con gran vigencia dentro de la actividad aseguradora y objeto de importantes, destacadas y renombradas discusiones jurídicas, paneles académicos, tesis, trabajos de grado, así como de enconadas litis judiciales¹, ha sido la inspiración para realizar el presente escrito de orden jurídico.

Sea ésta, legal o convencional², encuentra su fundamento en el reconocido principio general del derecho intitulado “*enriquecimiento sin causa*” que propende por evitar que una persona se enriquezca con ocasión de otra, a su vez que también se inspira en el principio de “*equidad*”, el cual se traduce en darle a cada quien lo que le corresponde³.

¹ Por ejemplo el proceso ordinario entre la Compañía Suramericana de Seguros S.A., Aseguradora Colseguros S.A., Compañía Agrícola de Seguros S.A., La Previsora S.A. Compañía de Seguros y Seguros Comerciales Bolívar S.A. contra Conconcreto S.A. y Estudios Aburrá con ocasión de unos daños causados durante la construcción de un tramo de canal y estructura de caída en el río Medellín, fallo que trasciende dado el destacado análisis en el término prescriptivo del derecho del asegurado que corre igual en perjuicio de su asegurador. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar. Sentencia del 16 de diciembre de 2005. Expediente 05001-3103-016-1999-00206-01. Así como Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Sentencia del 18 de mayo de 2005. Expediente 0832-01, donde se varió la tesis que por más de dos décadas sostenía que a la acción subrogataria del asegurador le estaba vedada la corrección monetaria.

² Al respecto el Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, C.P. Ricardo Hoyos Duque, Bogotá 3 de octubre de 2002, afirmó: “... Además y en lo que concierne con el punto “del pago con subrogación” debe recordarse que el mencionado código define la subrogación como la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero que le paga (art. 1.666); indica que el tercero se subroga en los derechos del acreedor en virtud de la ley o en virtud de una convención del acreedor (art. 1.667); precisa que 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...”

³ Enciclopedia jurídica virtual, sobre la SUBROGACIÓN, Fundamento: “Hay que buscarlo en la equidad, o en una razón de técnica jurídica. Según BONNECASE, a semejanza de las nociones de enriquecimiento sin causa, abuso del derecho y de la imprevisión, se basa en la noción de derecho, en la salvaguardia del crédito y la organización jurídica en general. Sería frágil la base del crédito si los derechos basados en un bien individualizado fueran susceptibles de pérdida por el solo hecho de que desapareciera este bien del patrimonio. Su razón última estaría en el principio de justicia conmutativa el dar a cada uno lo suyo para prevenir o remediar el equilibrio patrimonial injustamente perturbado”. [Disponible] <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/subrogacion->

De otra parte resulta imperativo destacar que la institución jurídica de la subrogación, encuentra también respaldo de carácter constitucional, ya que la constitución política de 1991 basa su filosofía en el respeto de la persona y en general, en la búsqueda del resarcimiento de los daños antijurídicos ocasionados por los particulares y por el estado.

Habida cuenta lo anterior, los hechos y circunstancias que a diario inciden de forma directa e indirecta en la ejecución de cualquier contrato de seguro, no se escapan a la aplicación de estos principios generales del derecho, como tampoco de los valores inmutables, razón por la cual asalta la gran duda del por qué el legislador comercial de 1971 prohíbe expresa y tajantemente la aplicación de la subrogación en los denominados seguros de personas.

Si bien en el contrato de seguro, tipificado en la legislación comercial⁴, se ha desarrollado progresivamente la figura del derecho de subrogación que tiene el asegurador que paga una indemnización; pasando de un sistema convencional a uno legal, de obligatorio y estricto cumplimiento, éste históricamente ha imperado en los seguros ofrecidos por las compañías o cooperativas de seguros generales, mientras que se ha prohibido de manera literal el ejercicio del mismo en los seguros de personas, aun cuando resulte contrario a las diferentes circunstancias fácticas en que un tercero es el causante del hecho que da origen a la realización del riesgo y por el cual la aseguradora se obliga a pagar.

Es por esta razón que el presente estudio jurídico persigue analizar la figura del derecho de subrogación en el contrato de seguros consagrado en el estatuto comercial patrio, así como reflexionar respecto de las razones que llevaron al legislador comercial a prohibir expresamente la misma en los seguros de personas.

real/subrogacion-real.htm. Fecha de consulta: 20 de Agosto de 2012.

⁴ Título V, del libro cuarto del Código de Comercio de Colombia.

Será entonces, bajo la égida de una profunda argumentación doctrinaria que se intentará formular una propuesta distinta para que, cuando menos, sea materia de debate, ya del ejecutivo ora del legislativo, la jurisprudencia y la doctrina, en orden al cambio y dinámica actual del concierto internacional en la materia.

Un eventual cambio legislativo respecto de la subrogación en los seguros de personas podría resultar económicamente beneficioso para las compañías aseguradoras que verían la posibilidad de recaudar, vía recobro, sumas de dinero, que actualmente tienen vedado hacer; no obstante resulta imperativo aclarar, como ya se mencionó en líneas anteriores, que esta propuesta jurídica propende por una correcta y real aplicación de los principios generales del derecho y valores constitucionales aludidos.

1. ASPECTOS GENERALES DE LA SUBROGACIÓN EN EL CONTRATO DE SEGUROS

1.1. NOCIONES

Quizá una de las labores más complejas en el derecho, y por demás osada, es la de pretender definir las *instituciones jurídicas*, máxime cuando existe norma positiva que lo delimite.

Por ello se recogen algunas definiciones que la doctrina y jurisprudencia han empleado al tratar el tema de la subrogación.

El gran jurista y profesor Fernando Hiestrosa expresa: *“Subrogar significa ocupar el lugar de alguien (personal), operación de la que la subrogación del acreedor es prototipo, o de algo (real), de la que el equivalente pecuniario de la prestación es ejemplo paradigmático (art. 1731 C.C.), de modo que por mandamiento legal el sujeto o el objeto nuevos hacen las veces de los precedentes sustituidos”*⁵.

Por su parte, la comisión redactora de la ponencia del capítulo de Bogotá en el VII encuentro nacional de la asociación colombiana de derecho de seguros celebrado en la ciudad de Cali entre el 25 y 29 de Junio de 1981 manifestaron: *“La subrogación es un fenómeno de sustitución entre personas o entre cosas, como resultado de lo cual no se modifica la calificación jurídica de la situación preexistente. Cuando lo sustituido sea una persona, la subrogación será personal y cuando lo sea una cosa se denominará real”*⁶.

La Corte Suprema de Justicia – Sala Civil ha señalado desde su jurisprudencia de antaño que *“el efecto natural del pago es extinguir la obligación del deudor, pero hay veces en que ella apenas queda extinguida respecto al acreedor, que por*

⁵ HINESTROSA Fernando. Tratado de las Obligaciones. Universidad Externado de Colombia, 2002, Bogotá D.C. Pág. 403.

⁶ Comisión integrada por Diana Patricia Salom de Cadavid, Claudia Roa, Jesús Vall de Ruten Germán González Cajiao.

haber recibido la cosa nada puede ya reclamar. Cuando es un tercero quien paga, no siempre se extingue la obligación respecto al deudor, el cual puede quedar ligado a favor de la persona que vino a ocupar el lugar del acreedor. Esto ocurre en virtud del pago con subrogación, pago de naturaleza especial que no libera al deudor porque no es hecho por él. La subrogación es una institución jurídica en virtud de la cual los derechos del acreedor se transmiten con todos sus accesorios a un tercero que ha pagado. La obligación subsiste a favor de un tercero. En otras palabras, hay mudanza de acreedor sin que extinga la deuda”⁷.

Por último y, eventualmente, el concepto más importante es el que se ha tipificado en el artículo 1666 del código civil colombiano, a saber:

“Artículo 1666. La subrogación es la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero, que le paga.”

La mencionada subrogación se realiza ya sea en virtud de la ley o en virtud de un acuerdo de voluntades (contrato), según el alcance que realiza el código civil en sus artículos 1667 y 1668, respectivamente.

Ya desde el punto de vista de acción – subrogataria -, sea legal o convencional, ésta traspasa al nuevo acreedor todas aquellas facultades, derechos o prerrogativas contra el deudor y sobre todas aquellas personas obligadas de manera directa o indirecta.

Descendiendo este instituto jurídico particularmente al contrato de seguro, teoría civil íntimamente enlazada con la norma del artículo 1096 del código de comercio⁸,

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 25 de noviembre de 1935 G.J.XLIII. p. 392.

⁸ Tal y como ha sido el criterio de la Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, véase la de la Sala de Casación Civil, M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar. Sentencia de 16 de diciembre de 2005. Expediente N° 05001-3103-01-1999-00206-01, que frente al tema expresó: “El artículo 1096 del Código de Comercio, que también integra el régimen jurídico del negocio asegurativo, consagra la subrogación que, por ministerio de la ley, obra en favor del asegurador que satisface el débito contractual, en los derechos del asegurado frente al responsable del daño, hasta concurrencia de la suma asegurada, subrogación que si bien tiene una naturaleza y teleología singular, como lo dejó sentada la Corte en sentencia del 18 de mayo de 2005, “se encuentra íntima y funcionalmente enlazada con la institución de la subrogación disciplinada por el ordenamiento civil, al punto que los fundamentos y los postulados medulares que le sirven de apoyatura en este específico régimen, en general, son los que informan la figura en el esfera mercantil”.

de novedosa inclusión legislativa en el año 1971, esta reflexión habrá de ocuparse en concreto de la subrogación en aquel negocio jurídico típico de la legislación mercantil, especialmente en lo que corresponde a la prohibición expresa contemplada en el artículo 1139 *ibídem*.

1.2. ANTECEDENTES

Con ocasión de la expedición del nuevo código de comercio⁹ en el año de 1971, el cual derogó el código de comercio terrestre adoptado como legislación permanente mediante la ley 57 de 1887, la legislación mercantil colombiana evolucionó significativamente en diversas instituciones jurídicas, propugnando actualizarlas a la realidad de los tiempos así como dinamizar el tráfico jurídico en las relaciones comerciales.

El contrato de seguro no fue ajeno a esta actualización pues muchos de sus conceptos se modificaron, renovaron y ampliaron. Particularmente el avance que se dio respecto del objeto del seguro que inicialmente era limitativo a las cosas¹⁰ concibiéndose ahora al patrimonio, como noción más amplia, así como la vida de las personas, no obstante que el artículo 793 y siguientes del antiguo código reglamentaban el seguro de vida. De igual manera el derogado estatuto mercantil, prescribía que los objetos asegurados debían “pertenecer” a una persona, negando la posibilidad de asegurar un derecho distinto al de dominio que perfectamente constituye un interés asegurable, como por ejemplo, el arrendatario frente a la cosa arrendada, entre otros.

Otro de los grandes cambios surgidos con ocasión de la nueva normatividad mercantil fue la introducción de la subrogación legal en favor del asegurador, ya que en la práctica, operaba con fundamento en la legislación anterior, una figura algo similar pero sustancial y jurídicamente distinta, como lo era la cesión de

⁹ Código de Comercio Colombiano.

¹⁰ Código de Comercio Terrestre de la República de Colombia, artículo 634.

derechos o *cessio legis* de los derechos del acreedor de que habla el profesor Hinestrosa.

El derogado código de comercio terrestre rezaba en su artículo 667: *“El asegurador que pagare la cantidad asegurada, podrá exigir del asegurado cesión de derechos que por razón del siniestro tenga contra terceros; y el asegurado será responsable de todos los actos que puedan perjudicar el ejercicio de las acciones cedidas”*.

De la lectura de la norma, a simple vista se asoman abismales diferencias entre la cesión de derechos y la subrogación legal, pues aquella era una figura potestativa que requería del consentimiento expreso del asegurado, lo cual no era más sino un caldo de cultivo de nuevos litigios entre asegurador y asegurado toda vez que, ante la negativa de cesión por parte de éste, debía la compañía aseguradora iniciar un proceso ejecutivo en su contra, como bien lo señala el maestro Hernán Fabio López Blanco *“...como se observa, tan solo era fuente de nuevos pleitos caso de que pagada la indemnización el asegurado se negara a efectuar la cesión de derechos, que entonces debía demandarse bajo el sistema de ejecutivo por obligación de hacer...”*¹¹.

Esta cesión de derechos, como lo advierte el maestro J. Efrén Ossa G.¹², no es nada distinto a la denominada *subrogación convencional*, opinión que se apoya y que igualmente avala el profesor Hernán Fabio López Blanco¹³. Sin embargo, hay quienes afirman que la subrogación no es más que un híbrido que entrelaza los efectos del pago con los de la cesión de créditos, tal como lo señala el profesor Ospina Fernández, citando a Claro Solar y a Alessandri y Somarriva, al señalar que *“algunos han querido ver en él un caso de cesión voluntaria del crédito, cuando el acreedor conviene en ella; forzosa respecto de dicho acreedor, cuando este no quiere prestar su consentimiento para la subrogación, pero la ley le*

¹¹ LOPEZ BLANCO Hernán Fabio. Comentarios al Contrato de Seguros. DUPRÉ Editores, Bogotá D.C., 2010. Pág. 253.

¹² OSSA G. J. Efrén. Teoría General del Seguro, 2ª Edición, 1991. Pág. 177

¹³ LOPEZ BLANCO Hernán Fabio. Comentarios al Contrato de Seguros. DUPRÉ Editores, Bogotá D.C., 2010. Pág. 255

impone la obligación de hacerla, tal como sucedía en el derecho romano con el beneficio credandarum acciones, por cuya virtud el fiador que pagaba era reputado como comprador de las acciones del acreedor contra el deudor y sus cofiadores. En esta tesis, la subrogación legal sería, pues, una cesión o venta ficticia del crédito en cuestión”¹⁴.

De lo anterior, se comparte la tesis mayoritaria, en cuanto los requisitos de la cesión exige que el nuevo acreedor adquiriera además de los derechos del crédito las obligaciones propias de la figura, mientras que en la subrogación, tal como tipifica la ley, basta la convención o el deber legal impuesto, para iniciar el ejercicio de la acción por parte del acreedor.

1.3 DEFINICIÓN Y NATURALEZA JURÍDICA

La subrogación en el contrato de seguro se encuentra dada por el artículo 1096 del código de comercio colombiano, a saber:

“Artículo 1096: 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. Pero éstas podrán oponer al asegurador las mismas excepciones que pudieren hacer valer contra el damnificado.

Habrá también lugar a la subrogación en los derechos del asegurado cuando éste, a título de acreedor, ha contratado el seguro para proteger su derecho real sobre la cosa asegurada”.

Al respecto, se considera importante, oportuno y pertinente consignar el siguiente extracto del pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia en providencia del 4 de marzo de 1977 con ponencia del doctor Héctor Rueda Gómez: *“el legislador*

¹⁴ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones Cuarta Edición. Editorial Temis S.A., Bogotá D.C., 1987. Págs. 378 y 379.

colombiano de 1971 ... consagró positivamente la subrogación ... entendiéndola 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” “Y para buscar la necesaria eficacia del derecho así instituido, esos mismos legisladores establecieron que el asegurado no puede ejecutar ningún acto jurídico o material que afecte el ejercicio de la subrogación ni menos renunciar en ningún momento a sus derechos contra terceros responsables del siniestro”. Dice, en fin, esta providencia, que “ya no es menester la previa convención al efecto entre este y aquel {el asegurado y el asegurador, aclara el suscrito}, sino que la subrogación se produce por el solo ministerio de la ley... aun contra la voluntad del asegurado, lo cual no es sino confirmación del derecho común que rige la materia (C.C., arts. 1166 a 1671)”¹⁵.

Se encuentra pues, que el legislador de 1971 le otorgó a la subrogación una naturaleza de carácter legal, es decir, que opera *ipso jure*, por mandato expreso y con la característica de ser de orden público.

Ello significa que el asegurador que paga la indemnización, se subroga aún en contra de la voluntad de su asegurado conservando todas las prerrogativas que el ordenamiento jurídico le otorga al indemnizado en contra del tercero responsable del siniestro.

De igual manera ésta institución por motivos de política legislativa y conforme se desprende del mandato legal expreso, se ha considerado por parte de la Corte Suprema de Justicia como una figura de orden público¹⁶, lo cual implica que es irrenunciable, no simplemente por el hecho de recuperar el dinero que ha pagado el asegurador, máxime cuando dentro del cálculo actuarial realizado para

¹⁵ OSSA G. J. Efrén. Derecho de Seguros. J. Efrén Ossa G. Vida y Obra y de un Maestro. Colombo Editores, 2007. Pág. 315.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. M.P. Pedro Lafont Pianetta. Sentencia de 23 de septiembre de 1993. Expediente 3961.

determinar la prima pura de riesgo se ha tenido en cuenta la variable de siniestros acontecidos en un plazo determinado (siniestralidad) proyectándose como posibles ocurrencias futuras en virtud de la *“ley de los grandes números”*¹⁷ y de la *“teoría del cálculo de las probabilidades”*¹⁸, sino consultando principios generales del derecho que por muchos lustros han inspirado esta ciencia, verbi gratia, el enriquecimiento sin causa y la equidad, claro está, sin olvidar el valor supremo de la justicia.

1.4 REQUISITOS DE OPERANCIA

Uniformemente la doctrina¹⁹ y la jurisprudencia²⁰ han señalado que se requiere satisfacer los siguientes presupuestos para que proceda de forma válida la subrogación en favor del asegurador:

¹⁷ Con este nombre se conoce a un postulado científico que dice “Los fenómenos eventuales que circunstancialmente se producen o manifiestan, al examinar continuamente un mismo acontecimiento, decrecen en su irregularidad hasta adquirir una constante, a medida que aumenta el número de veces en que la observación es realizada o se extiende la masa de hechos a que se aplica dicha observación.” Esta ley es la base fundamental de la técnica actuarial en lo referente al cálculo y determinación concreta de las primas que deben aplicarse a la cobertura de un riesgo, tomado de la página 2 del título 8, Unidad Didáctica 4, Módulo 1 Introducción al Seguro del Máster Universitario en Gestión y Técnica de Seguros de la FUNDACIÓN MAPFRE.

¹⁸ Recibe este nombre la manifestación de la ciencia estadístico-matemática por la que, a través de métodos estadísticos, puede establecerse con relativa exactitud el grado de probabilidad de que se produzca determinado evento (siniestro) de entre un gran número de casos posibles (riesgo). Tomado de la página 2 del Título 8, Unidad Didáctica 4, Módulo 1 Introducción al Seguro del Máster Universitario en Gestión y Técnica de Seguros de la FUNDACIÓN MAPFRE.

¹⁹ Al respecto ver LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Comentarios al Contrato de Seguros, Quinta Edición. Dupré Editores, Bogotá D.C., 2010.

²⁰ Al respecto véase, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Agosto 6 de 1985. M.P., Horacio Montoya Gil: “...aún cuando del texto del referido artículo 1096 pareciera deducirse que el único requisito exigido para el ejercicio de la acción subrogataria fuera el de que el asegurador hubiere efectuado un pago, es lo cierto que la doctrina teniendo en cuenta la noción misma que de subrogación da el artículo 1666 del código civil, ha señalado los siguientes: 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.” Léase también, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Sentencia del 31 de enero de 2007. Expediente N° 2000-5492-01

- a) La existencia de un contrato de seguro vigente al momento de la realización del riesgo asegurado.
- b) La indemnización o pago del siniestro por parte del asegurador.
- c) La acción contra el tercero responsable del siniestro.

A continuación se explican cada uno de ellos.

a) La existencia de un contrato de seguro vigente al momento de la realización del riesgo asegurado.

Es claro que en primera medida se requiere la celebración de un contrato de seguro, el cual debe estar vigente al momento de la ocurrencia del siniestro.

Aunado a lo anterior, el contrato de seguro debe satisfacer sus elementos esenciales²¹, es decir, contar con un interés asegurable, riesgo asegurable, prima y la obligación condicional del asegurador.

Así mismo debe estar libre de cualquier situación que lo vicie de nulidad o lo hagan inoperante en virtud al incumplimiento de alguna cláusula y/o garantía pactada o establecida en la ley.

b) La indemnización o pago del siniestro por parte del asegurador.

Realizado el riesgo asegurado, se impone a cargo del asegurador cumplir con su obligación de pagar la indemnización, haciendo la salvedad que para ello se requiere previamente *“demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso”*²².

²¹ Código de Comercio Colombiano, artículo 1045.

²² Código de Comercio Colombiano, artículo 1077.

Este pago a su vez debe ser perfectamente válido y haberse efectuado real y materialmente, pues la subrogación no aplica en los denominados “pagos comerciales” o “*ex gratia*”²³ como tampoco cuando exista una promesa de pago por parte de la aseguradora, ya que éstos pagos se realizan por fuera del marco legal y contractual que rige la relación entre asegurador y tomador, asegurado o beneficiario, según sea el caso, consultado únicamente factores comerciales y/o de costos administrativos. De modo que resulta jurídicamente reprochable que un pago de ésta naturaleza sea repetido en perjuicio de un tercero, lo cual a su vez contrariaría el tan mentado principio de “*enriquecimiento sin causa*”, “*equidad*” y el valor supremo de la *justicia*.

Sin perjuicio de lo anterior, la Honorable Corte Suprema de Justicia, escinde éste requisito con el de “*que el daño producido por el tercero sea de los cubiertos o amparados por la póliza*”²⁴, el cual en el presente literal, respetuosamente, se integra o incluye como un solo requisito, ya que al referirse al riesgo asegurado, debe entenderse que éste tiene la connotación de estar amparado por la póliza de seguro.

c) La acción contra el tercero responsable del siniestro.

²³ Diccionario Mapfre de Seguros, sobre los pagos *ex -gratia* (*ex -gratia payment*), fundamento: “Definición: Se da este nombre al que efectúa el asegurador sin estar obligado a hacerlo a tenor del contrato de seguro. Normalmente se persigue con ello evitar los gastos excesivos que se producirían al tener que demostrar judicialmente, o de modo análogo, la improcedencia de dicho pago, cuyo importe no compensaría la cuantía de aquellos gastos. En tales casos, si mediase contrato de reaseguro, el reasegurador no será responsable de los pagos *ex-gratia* efectuados por la cedente, salvo en el caso de que los hubiera autorizado previamente o que en el contrato se indique expresamente que queda obligado a pagar su parte”. [Disponible] <http://www.mapfre.com/wdiccionario/terminos/vertermino.shtml?p/pagos-ex-gratia.htm>. Fecha de consulta: 27 de Agosto de 2012.

²⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Sentencia del 31 de enero de 2007. Expediente 2000-5492-01. En ésta la cual de forma particular y expresa considera la corporación como dos requisitos independientes el “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”.

Por último, se hace imprescindible que exista un tercero responsable del siniestro contra el cual el asegurado tuviere las acciones encaminadas al resarcimiento del perjuicio causado, siempre y cuando aquel no sea ninguna de las personas de que trata el artículo 1099 del Código de Comercio, a saber:

“Artículo 1099. El asegurador no tendrá derecho a la subrogación contra ninguna de las personas cuyos actos u omisiones den origen a la 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.

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”.

Así lo ha advertido la Corte Suprema de Justicia al rotular que: *“la Corte, de tiempo atrás, ha señalado cuáles son los requisitos que se infieren del artículo 1096 del Código de Comercio para que, habiéndose realizado el pago de la correspondiente indemnización, se abra paso a la subrogación del asegurador en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro, entre los cuales se encuentra el de “que una vez ocurrido el siniestro surja para el asegurado una acción contra el responsable” (G.J. CLXXX, p. 234); exigencia ésta que deviene como consecuencia de que el daño indemnizado por el asegurador, en cumplimiento de las obligaciones propias del contrato de seguro, debe ser imputable a la responsabilidad a una persona distinta del asegurado, lo que naturalmente traduce que la subrogación comprende única y exclusivamente los derechos que el asegurado, como víctima del siniestro, pudiese ejercer contra el directo autor o responsable del perjuicio irrogado”²⁵.*

Reunidos estos presupuestos podrá válidamente el asegurador realizar las gestiones extrajudiciales y judiciales encaminadas a recobrar las sumas

²⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. Nicolás Bechara Simancas. Sentencia del 29 de julio de 2002. Expediente 6129.

indemnizadas, resaltando que, en principio, y por ser norma de orden público, es irrenunciable y de obligatorio cumplimiento en la celebración y ejecución del contrato, sin perjuicio que por la relación de costo-beneficio resulte más oneroso desplegar las acciones de recobro, lo cual permite en determinados casos, el abstenerse del ejercicio de la misma acción o llegar hasta determinada etapa extrapocesal. Así pues, el derecho de subrogación es irrenunciable, mas no lo es, el ejercicio de la acción, la cual es desistible.

2. RESTRICCIÓN LEGAL DE LA SUBROGACIÓN EN LOS DENOMINADOS SEGUROS DE PERSONAS

Estudiados los aspectos más relevantes del instituto jurídico de la subrogación en el contrato de seguro, a través de éste capítulo se quiere reflexionar acerca de la restricción de orden legal contemplada para los seguros de personas en la legislación comercial patria.

Para lograr dicho cometido, es necesario esbozar conceptos y doctrinas que se constituyen como cimiento de la tesis acogida en este estudio jurídico.

2.1 ¿LOS SEGUROS DE PERSONAS ¿DE CARÁCTER INDEMNIZATORIO?

Los seguros terrestres se clasifican en seguros de daños²⁶ y de personas²⁷, frente a los seguros de daños es de anotar que la figura de la subrogación tiene total aplicación y cabida²⁸, por lo cual no merece mayor despliegue, teniendo en cuenta lo desarrollado en líneas precedentes.

De otra parte, los seguros de personas sí tienen una expresa prohibición en el artículo 1139 del Código de Comercio, así: *“la subrogación a que se refiere el artículo 1096 no tendrá cabida en esta clase de seguros”*.

El legislador comercial de 1971 al redactar el artículo 1088²⁹ del Código de Comercio, circunscribió el carácter indemnizatorio a los seguros de daño³⁰,

²⁶ Código de Comercio de Colombia. Capítulo II del Título V, del Libro Cuarto.

²⁷ Código de Comercio de Colombia .Capítulo III del Título V, del Libro Cuarto.

²⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. Pedro Lafont Pianetta. Sentencia del 23 de septiembre de 1993. Expediente 3961. “En desarrollo del perjuicio de la indemnización que informa la institución del seguro de daños, la propia ley estableció como medidas protectoras del mismo: (...) y, por último, la subrogación del asegurador en los derechos del asegurado contra el responsable del acaecimiento del siniestro, hasta concurrencia del importe de la indemnización que hubiere sido pagada por ello (artículo 1.096, Código de Comercio)”.

²⁹ Código de Comercio Colombiano, artículo 1088: “Respecto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento. La indemnización podrá comprender a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero éste deberá ser objeto de un acuerdo expreso”.

³⁰ El Maestro Effren Ossa, en su libro Teoría General del Seguro, 2ª Edición, 1991. Pág. 187, acuña esta tesis argumentando que “en los seguros de personas que, por regla general, escapan al

excluyendo de paso, esta connotación en los de personas en general³¹, lo que revela la dicotomía que menciona el maestro López Blanco *“se observa un fuerte movimiento doctrinario que predica de todo contrato de seguro el carácter indemnizatorio, hasta los de vida, con la única diferencia de que en los primeros el monto de la indemnización se tasa luego de ocurrido el siniestro, mientras que en los segundos se fija con anterioridad y sobre bases que no admiten discusión”*³².

Dentro de los debates sostenidos en el Comité Asesor para la Revisión del Código de Comercio, específicamente el del día 15 de junio de 1970, acta 257, al referirse al mérito ejecutivo de la póliza de seguros, se dejó consignado lo consiguiente: “Este artículo [artículo 25 de la ley 105 de 1927] se ha convertido en un instrumento de chantaje contra las compañías de seguros. Esto es más grave si se tiene en cuenta que **el contrato de seguro es un contrato de indemnización, la que debe determinarse previamente**. La suma asegurada no es necesariamente la que debe pagarse pues en todos los seguros existe un ajuste necesario para justipreciar la magnitud de la indemnización...” (Negritas fuera de texto)

Si bien lo transcrito no quedó plasmado en el Código de Comercio de 1971, no es menos cierto que de la naturaleza del seguro de personas se desprende su carácter indemnizatorio, como lo evidencian las apreciaciones aludidas, de lo que se deriva que la exclusión estipulada no obedece al sentir de aquellos, sino que, al parecer mutó en el Subcomité de Seguros - cuyas actas no se encuentran a disposición del público³³- y, en últimas no pasa de ser una previsión legal, que si bien es de orden público y obligatorio cumplimiento, no atiende a su esencia.

carácter indemnizatorio de los seguros de daños, no se aplica la subrogación”

³¹ Sin embargo, dentro del acta número 257 del 15 de julio de 1970, suscrita por el Comité Asesor para la revisión del Código de Comercio se refirió al contrato de seguros como un “contrato de indemnización” en términos generales, sin excluir expresamente a los seguros de personas.

³² LOPEZ BLANCO Hernán Fabio. Comentarios al Contrato de Seguros, DUPRÉ Editores, Bogotá D.C., 2010. Pág. 71 y 72.

³³ Dentro de la Biblioteca de la Superintendencia Financiera reposan únicamente algunas de las actas del Comité Asesor para la Revisión del Código de Comercio, no así las de los Subcomités.

Piénsese el siguiente caso: El padre de familia que ha tomado un seguro respecto de su propia vida por un valor determinado y designado como beneficiario en un cincuenta por ciento (50%) a su cónyuge y en el otro cincuenta por ciento (50%) a su única hija menor de edad. Este padre de familia es quien sufraga en la totalidad los gastos del hogar, pues su cónyuge es ama de casa y su hija se encuentra en época escolar, por lo que naturalmente no generan ingreso económico alguno al hogar. El padre de familia muere como consecuencia de una negligente intervención quirúrgica y las beneficiaras del seguro, cónyuge e hija, reciben el pago del valor acordado en el seguro de vida, lo cual puede entenderse como una indemnización, por lo menos parcial, del ingreso que con ocasión al fallecimiento del padre dejarán de recibir su esposa e hija y, si se quiere, de un perjuicio moral y/o daño a la vida en relación o cualquier otro perjuicio extrapatrimonial que naturalmente es resarcible a título de indemnización.

Ahora, obsérvese esta otra hipótesis: Una mujer adquiere una vivienda a través de un crédito hipotecario contratado con una entidad financiera, la cual le exige suscribir un seguro de “vida deudores”³⁴ con el propósito que en el caso de muerte o incapacidad total y permanente de la deudora asegurada se pague el saldo insoluto de la deuda. En vigencia del crédito la mujer es arrollada por un vehículo, el cual le ocasiona una incapacidad total y permanente, al punto que requiere de la ayuda de otra persona para el desarrollo de sus actividades esenciales. La entidad financiera presenta la reclamación ante la aseguradora la cual le cancela el valor del saldo insoluto del crédito hipotecario. Nuevamente se estima que este caso ratifica la posición de carácter indemnizatorio en los seguros de personas,

³⁴ Es importante mencionar que esta clase de seguros no se constituye como un imperativo legal; por el contrario, es una garantía adicional del crédito conforme las políticas crediticias de cada entidad financiera, tal y como lo ha ratificado la Superintendencia Financiera de Colombia en conceptos número 2003035982-1 y la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. M.P. Edgardo Villamil Portilla. Sentencia del 30 de junio de 2011. Expediente 76001-31-03-006-1999-00019-01, entre otros.

particularmente los de vida, toda vez que la entidad financiera encuentra satisfecha su obligación con cargo a la póliza – seguro de vida grupo deudores³⁵.

Esta tesis resulta también compartida por un sector de la doctrina mexicana la cual reconoce la naturaleza resarcitoria de los seguros de personas, así: *“como hemos visto, los fines del contrato son meramente resarcitorios no con fin de lucro para el asegurado. Este aspecto se da plenamente en el seguro de personas. El carácter resarcitorio de este contrato salta a la vista, ya que en todos los casos lo que se busca es no ver demeritado el patrimonio al atender un siniestro, por ejemplo no ver diezmado el peculio del asegurado al enfrentar una larga enfermedad, de igual forma, en el seguro de vida lo que se busca es que al momento de fallecer el asegurado los beneficiarios no queden desamparados ante esta falta, ni qué decir del seguro de accidentes, por lo que es contundente la aseveración que debo manifestar en el sentido de que el seguro de personas es con finalidad resarcitoria”*³⁶.

Se comparte la tesis doctrinal que atribuye el carácter de indemnizatorio a toda clase de seguros sin distinción alguna, lo cual nos lleva a debatir la posición del legislador comercial de prohibir la subrogación en los seguros de personas, la que deriva directamente del desconocimiento de su condición indemnizatoria. Sin embargo, pese a la previsión legal, desconocer su naturaleza atenta contra los principios del derecho privado, bajo el entendido de que, todo daño genera un perjuicio y, consecuentemente, todo perjuicio conlleva la obligación de ser

³⁵ Hipótesis similar fue la debatida en la providencia de la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. Edgardo Villamil Portilla. Sentencia del 30 de junio de 2011. Expediente 76001-31-03-006-1999-00019-01, dentro de la cual se reconoce el principio indemnizatorio en el particular seguro de vida grupo deudores, a saber: “Por el contrario, el uso de la acepción “conurrencia” en la regla mencionada, que refiere “acción y efecto de concurrir” , significa que en la reclamación de la indemnización el acreedor viene a “tomar parte en un concurso” , conformado por los demás beneficiarios que pueda llegar a tener el seguro. El Banco, al abrigo de ese precepto, básicamente reproducido en las normas que en la actualidad regulan la materia, participa de la indemnización hasta el límite “*del saldo insoluto de la deuda*”, sin que pueda recibir nada más que ello, so pena de quebrar el principio indemnizatorio”.

³⁶ Colección Digital UANL. Capítulo Tercero. Respecto de los seguros de personas. [Disponible] http://cdigital.dgb.uanl.mx/te/1020148592/1020148592_04.pdf. Fecha de consulta: 23 de Julio de 2012].

indemnizado, con la expresa salvedad de que, en el caso de los seguros de vida, la indemnización es fijada de antemano por el suscriptor de la póliza.

Ahora bien, atendiendo a la realidad, el seguro de vida busca, en mayor o menor medida, aliviar la ausencia económica de una persona sea su por falta absoluta o su incapacidad de generar ingresos para sí o para sus dependientes, de forma que se asegura un riesgo, la muerte o incapacidad, previendo este hecho incierto, por lo que no puede asimilarse a un producto o bien de consumo, toda vez que se hace para salvaguardar el patrimonio frente a la consumación del riesgo, lo que denota, abiertamente, su carácter indemnizatorio.

En síntesis resulta claro el carácter indemnizatorio de los seguros de vida, en la medida en que, al realizarse el pago por parte de la aseguradora a un beneficiario – o asegurado, según sea el caso-, por la realización del riesgo, esta erogación se estructura, sin distingo de otros, en una indemnización por los riesgos amparados en el contrato suscrito.

2.2. SITUACIÓN PARTICULAR DE LOS SEGUROS DE SALUD Y GASTOS MÉDICOS

Merece particular consideración en este estudio, abordar un análisis jurídico respecto de los denominados “seguros de salud y gastos médicos”.

El artículo 1140 del Código Mercantil señala 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”*.

Del contenido de la norma transcrita podemos determinar que si bien el legislador en el artículo inmediatamente anterior al señalado prohíbe de manera expresa la aplicación de la subrogación en los seguros de personas, dicha norma le atribuye expresamente el carácter de indemnizatorio a los seguros de salud y gastos médicos, disponiendo por vía de remisión normativa la aplicación de las normas

del capítulo II denominado “seguros de daños”. Capitulo éste que tiene inmerso la norma que trata la subrogación (artículo 1096).

Al respecto vale la pena resaltar el comentario del maestro Efrén Ossa en su obra *Teoría General del Seguro*: *“Por su contenido indemnizatorio, y no obstante su naturaleza de seguros personales, admiten la subrogación los seguros de “gastos médicos, clínicos, quirúrgicos o farmacéuticos” enderezados todos ellos a la reparación de un daño patrimonial. Es evidente que la subrogación no es contraria a su naturaleza por lo cual les es aplicable el art. 1096, por disposición del art. 1140, lo mismo que las demás normas que lo desarrollan”*³⁷

Emerge claro que, la previsión del legislador de permitir la subrogación en este tipo de seguros, apoya la tesis planteada de que todos los seguros tienen carácter indemnizatorio, apoyado además en el hecho de que no se encuentra sustento suficiente en la distinción hecha para excluir expresamente a los seguros de personas y, así mismo, permitir el ejercicio de este derecho para una especie de aquellos, como lo son los seguros de salud y gastos médicos.

2.3 DE LA SUBROGACIÓN EN EL SISTEMA GENERAL DE RIESGOS PROFESIONALES

Los riesgos profesionales fueron abordados en el libro tercero, artículo 249 y siguientes de la ley 100 de 1993 *“Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”* concebido como *“un conjunto de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos destinados a prevenir, proteger y atender a los trabajadores de los efectos de las enfermedades y los accidentes, que puedan ocurrirles con ocasión o como consecuencia del trabajo que desarrollan”*³⁸

³⁷ OSSA G. J. Efrén. *Teoría General del Seguro*, 2ª Edición, 1991. Pág. 188

³⁸ Ley 100 de 1993, artículo 139 numeral 11. Facultades Extraordinarias otorgadas por el legislador al Presidente de la República (Constitución Política de Colombia, artículo 150 ordinal 10).

Con la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, el Sistema de Seguridad Social Integral en Colombia, se concibió a partir de la teoría del riesgo³⁹ y su traslado a un tercero quien funge como asegurador, adoptando sin duda alguna el esquema asegurativo tradicional, con algunas particularidades, ya no de la técnica aseguradora, sino de la misma reglamentación establecida por el legislador.

Es así como el empleador traslada a su Administradora de Riesgos Profesionales, el riesgo por invalidez, vejez y muerte de sus trabajadores, lo que denota el carácter eminentemente indemnizatorio de las prestaciones a cargo de la ARP.⁴⁰ En virtud de lo anterior, se inspiró el artículo 12 del decreto 1771 de 1994 al consagrar el derecho de subrogación a favor de la Administradora de Riesgos Profesionales contra el tercero responsable de la contingencia profesional⁴¹

³⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-453 del 12 de junio de 2002 expresó: “El sistema de riesgos profesionales se estructura a partir de la existencia de un riesgo creado por el empleador. El Legislador acoge en esta materia la teoría del riesgo creado en la que no se toma en cuenta la culpa del empleador sino que se establece una responsabilidad objetiva por cuya virtud resulta obligado a reparar los perjuicios que sufre el trabajador al desarrollar su labor en actividades de las que el empresario obtiene un beneficio. (...) En ese orden de ideas las entidades Administradoras de Riesgos Profesionales, bajo un esquema de aseguramiento, deben ocuparse de brindar a los trabajadores la prestación de los servicios de salud que requieran, así como asumir el reconocimiento y pago oportuno de las prestaciones económicas establecidas en el Decreto ley 1295 de 1994”.

⁴⁰ En este sentido se ha referido el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, C.P. Ricardo Hoyos Duque. Expediente 19001-23-31-000-1995-3007-01 (14207) y la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 3 de septiembre de 1991. Sin embargo el criterio jurisprudencial no se encuentra unificado, pues la misma Corte, en sentencia de 09 de julio de 2012, expediente 11001-3103-006-2002-00101-01, niega el carácter indemnizatorio de las prestaciones derivadas de los riesgos profesionales, afirmando que “ *el pago de una pensión de sobreviviente se calcula sobre los presupuestos del propio sistema y no atiende a la verificación de un daño, ni al monto del mismo, ni a la imputación de responsabilidad civil a un tercero, ni tiene por finalidad compensar la ayuda económica que se dejó de recibir de manos del difunto. Todo lo cual indica, sin ambages de ninguna especie, que al no tener esa prestación relación alguna con los perjuicios que han de ser resarcidos, mal podría significar una fuente de ganancias o enriquecimiento sin causa*”

⁴¹ Decreto 1771 de 1994, artículo 12: *Subrogación*. La entidad administradora de riesgos profesionales podrá repetir, con sujeción a las normas pertinentes contra el tercero responsable de la contingencia profesional, hasta por el monto calculado de las prestaciones a cargo de dicha entidad administradora, con sujeción en todo caso al límite de responsabilidad del tercero. Lo dispuesto en el inciso anterior no excluye que la víctima, o sus causahabientes, instaure las acciones pertinentes para obtener la indemnización total y ordinaria por perjuicio, de cuyo monto deberá descontarse el valor de las prestaciones asumidas por la entidad administradora de riesgos profesionales.

Entonces es claro que el aseguramiento de los riesgos profesionales al amparar las contingencias de vejez, invalidez y muerte, lo convierten en un seguro de personas, cuyas prestaciones, como ya lo dijimos, son de tipo indemnizatorio, sobre el cual, además, se prevé la especial figura de la subrogación a favor de la entidad encargada del pago en contra del tercero que ocasionó el perjuicio, sin más miramientos que el límite de responsabilidad de aquel y, en caso de ser procedente, no excluye la posibilidad de que se exija, por el trabajador o sus familiares, la indemnización total y ordinaria prevista, descontando las sumas pagadas por la ARP.

Al amparo de este título, no podemos dejar de referenciar el artículo 1100 del Código de Comercio que permite la aplicación del artículo 1096 *idem*, en los seguros de accidentes de trabajo, siempre y cuando medie pacto expreso entre las partes, que como lo señala el ilustre doctor Efrén Ossa “*abre un boquete al principio consignado en el artículo 1139*”.⁴²

De lo anterior, surge prístina la intención del legislador de evitar un provecho desmedido por la ocurrencia de un solo hecho, donde debe analizarse si el pago hecho por la seguridad social extingue la obligación del tercero que ocasionó el perjuicio o, si por el contrario dada su naturaleza, cubre su propia obligación, en donde de darse la primera hipótesis la entidad está plenamente facultada para subrogarse, sin embargo, también resulta claro para la Corte Suprema de Justicia que tal facultad tiene un origen legal, pues deviene de la consagración normativa y ya no, de la naturaleza que éste tiene de ser un seguro de personas⁴³

Si bien no es el centro de estudio en el presente trabajo y, ha sido un tema controvertido, lo cierto es que la ley, de forma escueta, sin los alcances que ha fijado la jurisprudencia, prevé la acción de subrogación de la ARP, frente al

⁴² OSSA G. J. Efrén. Teoría General del Seguro, 2ª Edición, 1991. Pág. 183.

⁴³ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 22 de octubre de 1998 “...la improcedencia de la acumulación no puede fundarse en el argumento simple del resarcimiento de la víctima por el asegurado y el carácter indemnizatorio del mismo, sino en la consagración legal de una acción de subrogación a favor del asegurador que pagó, pues de no existir dicha acción la acumulación no tendría reproche, porque el tercero no puede quedar impune y constituirse en el verdadero beneficiario del seguro”.

responsable del daño y, de forma pura y simple cuando este es un tercero ajeno a la relación, pues en tratándose del empleador a través de los pronunciamientos hechos por la Corte Suprema de Justicia, se incluyen unas características especiales para su procedencia.

Sin embargo lo anterior, el punto adquiere importancia suma para el desarrollo de esta reflexión en la medida en que, un cambio normativo, permitiría la aplicación de la figura de la subrogación en los seguros de personas, en términos semejantes a los previstos en el artículo 12 del decreto 1771 de 1994.

Es así como, en síntesis, nos enfrentamos a una modernización del derecho, donde, la norma de seguridad social con un desarrollo legal posterior a la prohibición del Código de Comercio, no encuentra asidero actual, en que los seguros de personas no tengan la posibilidad de subrogarse, toda vez que, tal como lo reconoce la Corte Suprema de Justicia⁴⁴, esta determinación tiene un sustento meramente legal y no sustancial, lo que nada obsta para que una actualización jurídica, permitiera la subrogación de la aseguradora en contra del causante del perjuicio en los mismos términos del artículo 12 del decreto 1771 de 1994, cuya fórmula resulta por demás adecuada y aplicable al campo de los seguros de vida.

2.4 TENSION ENTRE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO “ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA” Y “EQUIDAD” ASÍ COMO EL VALOR DE LA “JUSTICIA” CON LA EXPRESA PROHIBICIÓN LEGAL CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 1139 DEL CÓDIGO DE COMERCIO.

Aunada a la discusión doctrinal de si los seguros de personas son o no son de carácter indemnizatorio, se quiere invitar a la reflexión de que, en todo caso, en los diferentes negocios jurídicos, los principios generales del derecho y los valores

⁴⁴ Ibídem.

como la justicia deben imperar, dándole un tratamiento sistemático, propio de la ciencia del derecho y, con la búsqueda de la prevalencia del derecho sustancial⁴⁵.

Ahora, ¿el actual código de comercio en su artículo 1139 contraviene los multicitados principios y el valor de la justicia?, es el cuestionamiento que motivó la realización de este trabajo de grado y que según las bases analizadas nos lleva a la final determinación que el legislador en dicho artículo ha asumido una posición totalmente restrictiva sin mirar más allá del horizonte y abrir las puertas a la aplicación de la subrogación en los seguros de personas con el ánimo de trascender en la ciencia del derecho, máxime que el estatuto comercial cumplió cuatro décadas de vigencia.

Así se le considera, en la medida en que la ciencia del derecho ha evolucionado en otros campos, como el de la seguridad social, donde en materia de riesgos profesionales, entendido aquel como un seguro de personas en toda su dimensión, se ha dado paso, con acertada limitación, al ejercicio del derecho de subrogación del asegurador.

De igual forma, es de destacar que el estatuto comercial permite esta acción en los llamados “seguros de salud y gastos médicos”⁴⁶ así como los “seguros de accidentes de trabajo”, bajo el entendido que los mismos hacen parte de los también llamados “seguros de personas”, por lo que se reafirma que la prohibición general de la subrogación en los seguros de personas, reviste una connotación meramente legal, sin que se atienda la naturaleza o realidad de los seguros como tal.

⁴⁵ Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad del 02 de febrero de 1995. M.P. Jorge Arango Mejía. C-029 de 1995. “Cuando el artículo 228 de la Constitución establece que en las actuaciones de la Administración de Justicia *“prevalecerá el derecho sustancial”*, está reconociendo que el fin de la actividad jurisdiccional, y del proceso, es la realización de los derechos consagrados en abstracto por el derecho objetivo, y, por consiguiente, la solución de los conflictos de intereses. Es evidente que en relación con la realización de los derechos y la solución de los conflictos, el derecho procesal, y específicamente el proceso, es un medio”.

⁴⁶ Código de Comercio Colombiano, artículo 1140: 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.

Es innegable que actualmente la jurisprudencia ha adquirido un papel predominante en el ejercicio del derecho procesal lo que conlleva a que los jueces ejerzan a través de sus providencias el llamando “derecho de los jueces”⁴⁷, mediante el cual pueden regular las diferentes situaciones jurídicas, con fuerza de precedente vertical, por lo que desde esta perspectiva puede abordarse la actualización jurídica que necesita el campo de los seguros para impedir que se sustraiga el principio del enriquecimiento indebido que se presenta, especialmente, en los seguros de vida, con la prohibición expresa de la subrogación.

Corolario de lo anterior, es aquí que juegan un papel importante los principios generales del derecho de la “equidad” y del “enriquecimiento sin causa”, toda vez que son preceptos que orientan el valor supremo de la justicia, que a su vez iluminan el ejercicio del derecho, específicamente para nuestro estudio, del derecho de seguros. Concebido así, el derecho de subrogación surge primigeniamente para evitar un aprovechamiento indebido por parte de la víctima o sus herederos, de un in suceso causado por un tercero, quienes, bajo el ordenamiento jurídico actual, contradiciendo la teleología de la figura en mención, tienen la posibilidad de reclamar a su aseguradora por el siniestro y a ser indemnizados por aquel que fue responsable del hecho dañino.

Sin tener en cuenta la discusión del carácter indemnizatorio de las prestaciones derivadas del seguro de personas, ya que no hay una postura unánime al respecto y de la cual ya hemos tomado partido en su favor, bajo el entendido de lo que se debe mirar, según lo referimos en líneas anteriores es si la pretensión resarcitoria de la víctima y/o sus herederos se satisface con el pago que haga el tercero responsable del hecho dañino, es claro que al existir identidad en el sujeto que ocasiona el perjuicio, en la acción y el hecho dañino, encontrando como única fuente la responsabilidad civil del tercero, la indemnización ordinaria y el pago hecho por el seguro son incompatibles o, dada la previsión legal, atentatorio de los

⁴⁷ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, El derecho de los jueces, ediciones Uniandes-legis, Bogotá, D.C., 2000.

principios aludidos y, que en últimas, fueron la consideración por la que el legislador previó la figura de la subrogación, pudiéndose configurar un doble pago o mejor un doble beneficio para quien sufre el daño.

3. CONCLUSIONES

Luego de un sinnúmero de reuniones y encuentros, cargados con encendidos debates jurídicos y prácticos en torno al instituto jurídico de la subrogación en el contrato de seguro y la particular restricción que del mismo impera en los seguros de vida, en ocasiones con posiciones a favor y en ocasiones con posiciones en contra, son plurales las conclusiones que el presente ensayo permite realizar.

El derecho de subrogación a favor del asegurador en el nuevo código de comercio, es el resultado de la añeja figura de la cesión de derechos, enderezado a dar aplicación al principio del *enriquecimiento sin causa y equidad*, partiendo de la subrogación consagrada en el código civil colombiano, pero con las particularidades y cualidades que impone el contrato de seguro.

La doctrina y jurisprudencia, tanto local como foránea, ha entendido que esta figura jurídica solo prospera en los contratos de seguros de *carácter indemnizatorio*, principalmente aquellos relativos a los seguros de daños y patrimoniales, escapándose de su aplicación los denominados seguros de personas, advirtiendo que en aquellos que existan amparos o coberturas de naturaleza indemnizatoria si procederá la figura, no obstante la creciente teoría que predica del principio indemnizatorio en todos los contratos de seguros, sin excepción alguna.

De las razones del legislador, encaminadas a prohibir frontalmente la aplicación de la subrogación en los seguros de personas, muy pocas luces dan las Actas del Comité Redactor de la Reforma de Código de Comercio, empero se vislumbra como razón principal que dichos seguros no son considerados de carácter indemnizatorio y por lo tanto le resulta vedado la subrogación del asegurador contra el causante del siniestro, quizá con algún matiz del concepto de moral y buenas costumbres arraigado en los años 70.

La formula concebida en el Decreto 1771 de 1994, construye un nuevo camino en torno a la procedencia del derecho de subrogación en los seguros de personas, concibiéndose como la formula más justa entre todos derechos yuxtapuestos.

Finalmente, la mayor y mejor conclusión de este escrito y su fin último es que sea concebido como el punto de partida de una nueva discusión jurídica en las aulas, en los foros académicos, en otros escritos de orden jurídico, en los estrados judiciales y así como en cualquier escenario idóneo que promueva la evolución de la apasionante disciplina del contrato de seguro y, particularmente, lo relativo al derecho de subrogación.

BIBLIOGRAFÍA

Artículo 634 del Código de Comercio Terrestre de la República de Colombia.

COMISIÓN ASESOR PARA LA REVISIÓN DEL CÓDIGO DE COMERCIO. Del 13 al 28 de Julio de 1970. Revisadas las actas 255, 256, 257, 258, 259, 265y 266. Decreto 410 del 27 de marzo de 1971

HINESTROSA Fernando. Tratado de las Obligaciones. Universidad Externado de Colombia, 2002, Bogotá D.C.

LOPEZ BLANCO Hernán Fabio. Comentarios al Contrato de Seguros, DUPRÉ Editores, Bogotá D.C., 2010.

OSSA G. J. Efrén. Teoría General del Seguro, 2ª Edición, 1991. OSSA G. J. Efrén. Derecho de Seguros. J. Efrén Ossa G. Vida y Obra y de un Maestro. Colombo Editores, 2007.

JURISPRUDENCIA CITADA

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 25 de noviembre de 1935.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. M.P. Horacio Montoya Gil, sentencia de agosto 6 de 1985.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia N° 198 de 3 de septiembre de 1991

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. M.P. Pedro Lafont Pianetta, sentencia de 23 de septiembre de 1993. Expediente 3961.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 22 de octubre de 1998

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. M.P. Nicolás Dr. Bechara Simancas, sentencia de 29 de julio de 2002, expediente 6129.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, sentencia de 18 de mayo de 2005. Expediente 0832-01.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar. Sentencia de 16 de diciembre de 2005. Expediente N° 05001-3103-01-1999-00206-01

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, sentencia de 31 de enero de 2007. Expediente N° 2000-5492-01

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. M. P. Edgardo Villamil Portilla, sentencia del 30 de junio de 2011. Expediente 76001-31-03-006-1999-00019-01,

Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 09 de julio de 2012. Expediente 11001-3103-006-2002-00101-01.

Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente Ricardo Hoyos Duque, sentencia de 3 de octubre de 2002.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Ricardo Hoyos Duque. Expediente 19001-23-31-000-1995-3007-01

Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad del 02 de febrero de 1995. M.P. Jorge Arango Mejía. C-029 de 1995

Corte Constitucional, sentencia de tutela 453 de 12 de junio de 2002