

LA SUBROGACION EN MATERIA DE SEGUROS

MARIA AUXILIADORA GUERRA MILLIAM

Trabajo de Grado presentado
como requisito parcial para
optar al título de Doctor
en Derecho.

DIRECTOR DE TESIS: DR. RAFAEL
BOLAÑOS M.

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

BARRANQUILLA, 1986

4034448

DE
#0906

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA JURIDICA
FRANCISCO DE PAULA SANTANDER
DIRECCION

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

T
346.086
G.934

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR
BIBLIOTECA JURÍDICA
FRANCISCO DE PAULA SANTANDER
DIRECCIÓN

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO SIMON BOLIVAR

PERSONAL DIRECTIVO

| | |
|------------------------------------|-------------------------|
| RECTOR: | DR. JOSE CONSUEGRA |
| VICE-RECTOR: | LEONELLO MARTHE |
| SECRETARIO GENERAL: | DR. RAFAEL BOLAÑO M. |
| DECANO DE FACULTAD: | CARLOS DANIEL LLANOS S. |
| SECRETARIO DE FACULTAD: | BLANCA FRANCO de CASTRO |
| DIRECTOR DEL CONSULTORIO JURIDICO: | ANTONIO SPIRKO CORTES |

Barranquilla, 24 de Junio de 1.986

S_eñor Doctor

CARDOS D. LLANOS SANCHEZ

Decano Facultad de Derecho

E.S.D.

En mi condición de Director de Tesis de la Egresada señorita MARIA AUXILIADORA GUERRA MILLAN, quien ha presentado un trabajo de grado bajo el título " LA SUBRO GACION EN MATERIA DE SEGURO", me permito rendirle concepto favorable sobre el mismo por considerar que se ajusta a las exigencias de nuestras normas.

Atentamente,


RAFAEL BOLAÑO MOVILLA

Nota de Aceptación

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Barranquilla, Abril 9

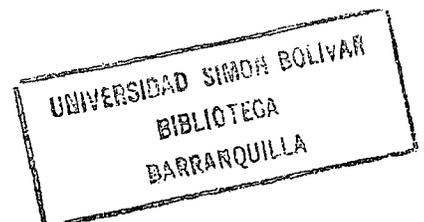


TABLA DE CONTENIDO

| | pág. |
|---|------|
| INTRODUCCION..... | 9 |
| 1. LA SUBROGACION EN MATERIA DE SEGUROS..... | 11 |
| 1.1 ORIGEN DEL DERECHO DE SEGURO EN EL AMBITO MUNDIAL. | 11 |
| 1.2 PRIMERAS MANIFESTACIONES LEGISLATIVAS DE CARACTER UNIVERSAL..... | 15 |
| 1.3 EL SEGURO EN LA EDAD MODERNA..... | 17 |
| 1.4 EL LLOYDS..... | 19 |
| 1.5 EL SEGURO CIENTIFICO..... | 20 |
| 1.6 LA VIGILANCIA GUBERNAMENTAL EN EL SEGURO..... | 22 |
| 1.7 ORIGEN DEL DERECHO DE SEGURO EN LA LEGISLACION.... | 23 |
| 1.7.1 Contenido de las ordenanzas de Bilbao..... | 24 |
| 2. CONCEPTO DEL CONTRATO DE SEGURO..... | 28 |
| 2.1 OMNIS DEFINITIO CLAUDICAT..... | 29 |
| 2.1.1 Definitio in jure civile preculosa..... | 29 |
| 2.2 CARACTERISTICAS DEL CONTRATO..... | 30 |
| 2.2.1 Contrato oneroso..... | 31 |
| 2.2.2 Contrato llamado aleatorio..... | 31 |

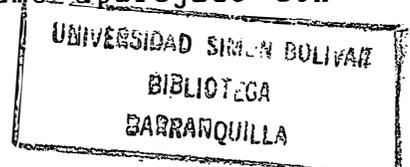
| | |
|--|----|
| 2.2.3 Contrato solemne..... | 33 |
| 2.2.3.1 El escrito como requisito sustancial..... | 33 |
| 2.2.4 Contrato bilateral..... | 34 |
| 2.2.5 Contrato de ejecución sucesiva..... | 34 |
| 2.2.5.1 Rescisión y terminación..... | 35 |
| 2.3 PARTES CONTRATO DE SEGURO..... | 39 |
| 2.3.1 Capacidad de las partes..... | 39 |
| 2.4 ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE SEGUROS..... | 40 |
| 2.4.1 El interés asegurable..... | 41 |
| 2.4.1.1 Riesgo asegurable..... | 41 |
| 2.4.1.2 La prima..... | 42 |
| 2.4.1.3 La obligación condicional del asegurador..... | 43 |
| 3. LA SUBROGACION PROVENIENTE DEL CONTRATO DE SEGURO.. | 44 |
| 3.1 RAZONES DE ESTA INSTITUCION..... | 44 |
| 3.2 ETIMOLOGIA..... | 45 |
| 3.3 NOCION JURIDICA Y CLASIFICACION..... | 46 |
| 3.4 CARACTERISTICAS..... | 47 |
| 3.5 FUNDAMENTO DE LA SUBROGACION POR PAGO..... | 47 |
| 3.6 CONDICIONES DE EXISTENCIA..... | 48 |
| 3.6.1 Efectos..... | 48 |
| 3.7 NATURALEZA JURIDICA..... | 50 |
| 4. LA SUBROGACION POR PAGO Y EL CONTRATO DE SEGURO.... | 53 |
| 5. LIMITES DE LA SUBROGACION..... | 71 |

| | |
|--|----|
| 6. EVENTOS EN QUE NO DA LUGAR A LA SUBROGACION..... | 73 |
| 7. DERECHO DEL ASEGURADOR A ACCIONAR CONTRA EL TERCERO POR LA DISMINUCION DE LA INDEMNIZACION A CAUSA DE LA DESVALORIZACION MONETARIA..... | 76 |
| 7.1 UNA DIFERENCIACION ENTRE DEUDAS DE VALOR Y DEUDAS DE DINERO..... | 78 |
| 7.2 LA MORA DEL DEUDOR..... | 80 |
| 7.3 EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL LA DEPRECIACION ES UN DAÑO EMERGENTE..... | 81 |
| 7.3.1 La depreciación es un daño notorio..... | 82 |
| 7.4 EVOLUCION DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL..... | 82 |
| 7.5 DERECHO DEL ASEGURADOR A ACCIONAR POR LA CORRECCION MONETARIA..... | 84 |
| 7.6 EL PAGO DEL SINIESTRO Y LA DEPRECIACION MONETARIA. | 86 |
| 7.7 PROCEDENCIA DE LA SUBROGACION DEL REASEGURADOR EN LOS DERECHOS DEL ASEGURADO..... | 90 |
| 8. SUBROGACION DE LA INDEMNIZACION A LA COSA HIPOTECA- DA O DADA EN PRENDA..... | 92 |
| CONCLUSION..... | 96 |
| BIBLIOGRAFIA..... | 98 |

INTRODUCCION

Punto particularmente discutido y que ha originado las más diversas opiniones, es el referente al mérito ejecutivo que prestan los Contratos de Seguros, debido a que, por su carácter Sui generis, el legislador se ha ocupado del tema en forma especial y excepcional frente a la teoría general de lo que es el título ejecutivo, aún cuando, infortunadamente, sin la necesaria claridad en aspecto tan importante como es éste.

En efecto, el Legislador al parecer, motivado por razones de defensa del Asegurado, muy valederas en épocas en que el control estatal a las Empresas era mínimo, casi ineficaz, optó por tratar de establecer fórmulas a fin de otorgar un mayor poder coercitivo a las reclamaciones de los Asegurados, concretamente para aquellas reclamaciones no aceptadas por las Empresas Aseguradas, y fue así como se expidió la Ley 105 de 1927 la cual, en su Artículo 5o. reguló lo concerniente al valor ejecutivo de la Póliza de Seguros, indicando que si dentro de los noventa días siguientes a la presentación de un Reclamo aparejado con



los comprobantes de rigor, la Empresa Aseguradora no objetaba dicho Reclamo, la acción sería ejecutiva, señalando además sanciones para la Aseguradora renuente.

1. LA SUBROGACION EN MATERIA DE SEGUROS

1.1 ORIGEN DEL DERECHO DE SEGURO EN EL AMBITO MUNDIAL

El contrato de seguro no nació como fruto del genio de un legislador o de la imaginación de un gran jurista, su concepción y desarrollo obedecieron a necesidades prácticas de la vida económica dentro de la cual el ser humano, cuando tiene que soportar un riesgo, busca siempre la manera de desplazarlo o de colocarlo dentro de un conjunto de riesgos semejantes.

En el comercio de Babilonia ya se conocía un contrato en virtud del cual se confiaban los productos a los jefes de carvanas con la expresa condición de que si la mercancía llegaba a salvo, el traficante participaba en la mitad del beneficio y en cambio si se perdía el productor soportaba el perjuicio.

Este principio de contribución común frente al peligro aparece en forma más expresa en el derecho romano, donde se encuentran cláusulas contractuales como la de "PECUNIA

TRAJECTICIA" o renta viajera o la estipulación "SI NAVIS EX ASIA VENERETI" que condicionaba el pago flete a la llegada a salvo de la nave.

Tito Livio relata como las naves con munición de guerra o de boca que se perdían por tempestad o de ataque del enemigo se consideraban peligro común que debía cubrirse con los dineros públicos.

En Roma se conocieron expresiones peculiares al principio de solidaridad "COLLEGIA TENULIORUM" en virtud de la cual se indemnizaban a los miembros de la fuerza armada en el evento de cambio de guarnición y los "COLLEGIA FUNERATICA" esta estipulación tenía por objeto cubrir el gasto de entierro de los militares.

En la edad media fue cuando se comenzó a trasladarse el riesgo a cambio de un precio o prima, dentro de los contratos que contenían la cláusula "SIT SALVA IN TERRA IN BONA FORTUAM" o la estipulación "AD TUUM RISICUM AD TUAM FORTUAM".

Pero el seguro en su formación actual, nació como fruto de la combinación de los italianos cuando se vieron forzados a encontrar fórmulas que sustituyeron los préstamos a la gruesa que prohibió el pontífice Gregorio II en su

decretal de 1234.

El préstamo a la gruesa (NAUTICUM FOENUS) fue operación comercial muy usada en el tráfico marítimo medieval, cuando los prestamistas de las provincias lombardas dominaban el mercado del dinero. Se trataba de un préstamo al capital de la nave o al dueño de la carga, dentro de una condición aleatoria si el embargo se perdía el deudor quedaba exonerado del pago, si se salvaba el monto de la deuda se recargaba con un fuerte interés.

Los abusos que cometieron los prestamistas florentinos, diseminados por el mundo llegaron a formar una fuerte reacción popular recogida por los teólogos y los literatos del siglo XIII, baste recordar que Dante en una escala de valores del sexto círculo en donde se encuentran las personas que cometieron los más atroces delitos igualmente, así se les castiga.

El pontífice Gregorio IX mientras está librando sus grandes batallas políticas contra Federico II, quien a su vez discutía con su hijo Enrique el dominio de las provincias lombardas, dictó el Decretal 1234 en la cual se prohibió los préstamos a la gruesa, lo que equivalía a suprimir esta clase de contratos, pero los negociantes y juristas italianos, cuya imaginación, ha sido siempre más rápida que la de los legisladores, en un nuevo contra-

1.2 PRIMERAS MANIFESTACIONES LEGISLATIVAS DE CARACTER UNIVERSAL

Las primeras manifestaciones legislativas del Derecho de seguro aparecieron en Italia en el decreto del Dogo de Génova de 1309 y en el breve Portus Kalliritani, en pisa 1318.

Con posterioridad a las reglamentaciones italianas, encontramos al libro del consulado del mar, el cual recopiló las leyes y costumbres marítimas bajo la dirección del Tribunal Marítimo de Valencia cuyos miembros eran denominados cónsules del mar.

A pesar de las reglamentaciones enunciadas, podemos afirmar que la regulación orgánica del seguro, viene a aparecer como tal en las Ordenanzas de Barcelona, de las cuales la primera fue promulgada en 1435, por los magistrados del Puerto Catalán, que ejercían funciones legislativas a despecho de la corona de Aragón.

Nuevas ordenanzas se publicaron en el 1436, 1458 y 1484, la última codificó todas las anteriores y revocó cualesquiera otras dictadas hasta esa fecha. El derecho de los seguros marítimos en el mediterráneo se rigió durante buena parte del Siglo XV, por las dichas ordenanzas, que en veinticinco capítulos daban reglas minuciosas sobre

primera vez las prescripciones de las acciones precedentes del contrato, las de Sevilla de 1556 contenían la primera disposición sobre registro público del texto íntegro de la póliza de seguro.

En esta misma época se publicó en la ciudad francesa de Roum, una recopilación anónima a la que recogen los usos y costumbres concurrentes a ciertos actos de comercio marítimo a la avería común, al préstamo a la gruesa y al seguro de mercadería.

Esta obra conocida como "LE GUIDON DE LA MEHE" sigue siendo en el derecho comercial contemporáneo una de las fuentes más completas y de mayor contenido jurídico.

En los puertos de Norte de Europa también se sintió la necesidad de reglamentar los seguros.

Amberes, donde se había fundado la primera Cámara de Aseguradores promulgó "LA COUTUME D ANVERE" en 1582, Flandes editó su primera ordenanza en 1549, Rotterdam en 1604, Amsterdam en 1593, por esta misma época se publicó una compilación privada sobre usos y costumbres mercantiles, conocida como "ROOLES DE OLERON".

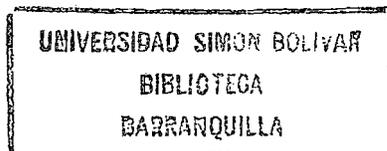
1.3 EL SEGURO EN LA EDAD MODERNA

En el Siglo XVI fue la época de las grandes revoluciones en el comercio mundial y en las corporaciones filosóficas sobre el dinero y el interés, los grandes viajeros confirmaron que el mundo era redondo no solo para los viajeros, sino para los comerciantes CALVINO formuló las primeras objeciones de resonancias contractuales en contra de las doctrinas gregorianas, sobre el dinero y desde su consistorio, surgió la pregunta a los teólogos, por qué había que menospreciar el dinero creado por Dios¹.

El sentido misional y teológico de los descubrimientos cedió el paso al interés mercantil, fue la época de mayor desarrollo de la banca y de las cámaras de aseguradores en los Puertos Europeos.

Entrado el Siglo VII el seguro tomó gran auge en Francia donde comenzó por primera vez a discutirse entre los grandes juristas si la vida del hombre podía ser objeto del comercio. A iniciativa de COLBERT, Luís XIV promulgó en 1681 la ordenanza de la marina, que sin alteraciones importantes ha atravesado los siglos, este estatuto recogió bajo la forma de Ley, mayoría de las soluciones jurídicas de "LE GUIDOM DE LA MER".

¹ CARL GRIMBERG. Historie Universelle. Tomo 4, Capítulo 7.



En 1686 se fundó la primera compañía bajo el nombre de COMPAÑIA GENERAL PARA LOS SEGUROS Y GRUESAS VENTURAS, de Francia, en la ciudad de Paris.

1.4 EL LLOYDS

Comenzando el Siglo XVII mientras que Luís XIV lograba instalar en el trono español a su nieto Felipe y el renunciado reino unido de la Gran Bretaña, formaba la gran condición que habría de disputar a España el derecho de los países bajos Gibraltar, Menorca y las posesiones Italianas, dentro de la era de la Reina Ana y el Duque de Marlborough nació en Londres una de las instituciones más peculiares del seguro moderno, que ha sido llamada por los historiadores "pilar del Imperio Británico".

Cada vez que se tenía noticia del zarpe de una nave, los comerciantes reunidos en ciertos lugares, discutían los riesgos y peligros del viaje y quiénes querían tomar parte en la aventura marítima suscribían su nombre bajo el aviso que contenían los detalles pertinentes, éste el origen de la palabra conocida con el nombre de "UNDERWRITE", que se ha incorporado al léxico de los aseguradores, los mecanismos del seguro se hicieron con el tiempo más refinados pero sencillos, un "BROKER" (corredor) llenaba el "SLIP" (boletín) que contenían los elementos esenciales

del contrato, a saber, riesgo y valor asegurado.

Este boletín pasaba a la firma de los "UNDERWRITER" que no sólo podía representar sus propios intereses sino los de los sindicatos de inversionistas privados entre estos podían hallarse, viudas nobles burgueses acomodados, miembros o sacristanes enriquecidos.

En el 1774, el local de LLOYDS, se hizo insuficiente y la institución se trasladó a su histórica sede en Royal Exchange. Ya funcionaba para esa época numerosos servicios como el examen de las averías marítimas y el de publicaciones especializadas sobre embarque, accidentes marítimos, averías y características de las naves.

LLOYDS no es una compañía de seguros, es una asociación de bolsa donde más de 1.400 "underwrite" asumen riesgos simultáneos pero separadamente.

Cada asegurador o sindicato, es responsable exclusivamente por su parte proporcional en el seguro, pero la institución ejerce una seria vigilancia sobre garantía para cubrir los casos de insolvencia².

² NAGGE, Property insurance, 1955. cap. 2.

1.5 EL SEGURO CIENTIFICO

El seguro tal como se desarrolló en la época de los comerciantes lombardos y la era del gran desarrollo náutico simbolizado por el Lloyds constituía una traslación del riesgo en la cual el precio del área se calculaba en forma empírica. Pero a mediados del siglo XVIII los matemáticos empezaron a perfeccionar lo que podía llamarse la ciencia del azar.

En Holanda Juan de Witt y Cristian Huyghs; en Francia, Pascal; en Inglaterra Halley; en Alemania Neuman estos sentaron las bases de la ciencia actuarial.

El trabajo de los actuariqs ingenieros del seguro, permitió elaborar tablas sobre la igualación matemática de grandes grupos de riesgos similares para establecer la igualación entre la pena y el riesgo.

Después de muchos siglos de empirismo, nació el seguro científico y con la posibilidad de extender las operaciones de los asegurados a nuevas aventuras inciertas. Aparecieron además de los seguros marítimos los de incendio y los de vida, la póliza de accidentes personales y la cobertura de los daños ocasionados por los vehículos

y los caballos³.

1.6 LA VIGILANCIA GUBERNAMENTAL EN EL SEGURO

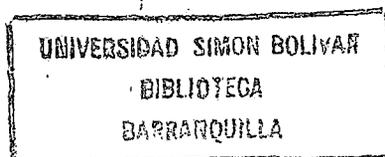
En la liberal Inglaterra después de muchos años de renunciaciones legislativas se votó la LIFE INSURANCE COMPANIES ACT de 1870 que exigió la constitución de reservas y el depósito de cauciones para el salvaguardias de los asegurados.

En el siglo XX la tendencia de someter a la vigilancia la actividad aseguradora se hizo más definida, Estados Unidos, Alemania, Suiza, y luego Francia adoptaron las leyes especiales tendientes a la protección del asegurado y a garantizar la estabilidad financiera de las empresas aseguradas.

Hoy, se pueden distinguir tres situaciones en cuanto a lo que hace a la política estatal frente al seguro:

1º. La llamada de publicidad que se limita a imponer la obligación de presentar las empresas periódicamente sus balances y estados financieros.

³MONETTE, de ville andré, op.cit. p.p.31 y 55.



2º. El llamado sistema normativo, según el cual las empresas aseguradoras deben satisfacer requisitos rígidos para su constitución, pero gozan de libertad en el desarrollo de su objeto social.

3º. Por último tenemos la de inspección directa, que como lo indica su mismo nombre supone una vigilancia material del poder público sobre el texto de las pólizas, el régimen de inversión de las reservas y los métodos para establecer las primas en defensa del público y de la solvencia económica de las empresas que asumen los riesgos.

1.7 ORIGEN DEL DERECHO DE SEGURO EN LA LEGISLACION COLOMBIANA

Durante el tiempo de la colonia, hasta mediados del siglo pasado las operaciones mercantiles se rigieron por los preceptos consignados en las leyes de la metrópoli española, especial significación tuvieron entre otras las llamadas Ordenanzas de Bilbao.

Refiriéndonos a las ordenanzas de Bilbao, debemos destacar que ellas constituyen un verdadero código de comercio terrestre y marítimo que no sólo contiene reglamentaciones sobre la jurisdicción del consulado, sino sobre

las cuestiones más importantes del comercio, como las relacionadas con los seguros.

Acerca de las ordenanzas en mención afirma LUIS BENITEZ DE LUGO que aún habiendo sido dictada por la Villa de Bilbao ellas alcanzan una especie de prioridad en la legislación mercantil universal, tuvo vigencia en la mayor parte del reino hasta la publicación del código de comercio, verificado por real cédula del 20 de Mayo de 1829 traspasaron las fronteras para ser observadas en nuestras colonias de América y en las repúblicas hispanoamericanas.

1.7.1 Contenido de las ordenanzas de Bilbao

Define el contrato tal como hoy mismo se entiende, de validez a dos pólizas una para naos y otra para mercaderías, se autoriza el reaseguro y los seguros terrestres relativos al transporte de mercancías y a las cobranzas de cantidades, hoy en día los pagos de cantidades se enumeran en el derecho moderno como seguros de crédito, también se regulan igualmente la prescripción de las acciones procedimentales de la póliza.

De manera específica podemos afirmar, que desde la adopción de la carta de 1821 hasta la promulgación del primer código de comercio en Colombia el contrato de seguro

estuvo regulado por las ordenanzas de Bilbao en su versión de 1737, que se dejaron vigentes como ley de la república, en virtud del artículo 188 de la Constitución Nacional de 1821.

En el 1853 se suscribió el primer Código Nacional del Comercio que era una versión modificada del Código Español de 1829, regulaba tanto el comercio terrestre como el marítimo.

Fue con el triunfo de la tendencia federalista de 1858 cuando los estados federados quedaron en libertad de redactar su propio código de comercio. Tenemos que del Código de 1858 sólo sigue en vigencia el libro sobre comercio marítimo, este después fue sustituido por una codificación adoptada en 1870 y edificada oficialmente en 1874.

Cuando se reconstituyó en República Unitaria por la Constitución de 1886 se unificó la legislación del país mediante la ley de 1887, que adoptó el código nacional de 1874, referente al derecho comercial marítimo, y en cuanto a lo terrestre el código por el Estado de Panamá en 1869.

El código adoptado de comercio marítimo se tomó casi

textualmente del Código Chileno de 1866 por su parte el del comercio terrestre había sufrido ciertas modificaciones sustanciadas, aunque también comprendía aspectos del Código Chileno.

Los códigos en referencia trajeron muchos conflictos para su aplicación dado su grado de confusión; para evitar estas anomalías, se vio la necesidad de dictar normas acerca del seguro del transporte en la ley 27 de 1888, se trataba de valor asegurable de la mercancía del seguro de flete y de la inclusión de las comisiones y utilidades en el valor asegurado.

La Asociación Colombiana de Compañía de Seguros solicitó la colaboración de los doctores Víctor Cock y J. Efrén Ossa para que elaboraran un anteproyecto al contrato de seguros. Este trabajo con una exposición de motivos fue entregada el 14 de Diciembre de 1957 y se publicó en la renta de seguro.

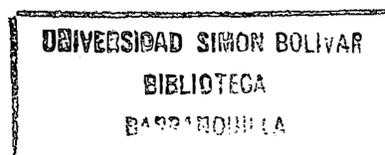
La comisión revisora sufrió modificaciones sustantivas en el año de 1957, ingresaron a ella los doctores COCK y OSSA para acompañar en sus labores a los doctores ALVARO PEREZ VIVES, EMILIANO ROBLEDO URIBE y JOSE GABINO PINZON.

Este proyecto elaborado por los que conforman la comisión revisora fue sometida a la consideración del congreso nacional en 1958, se hizo una publicación oficial y circuló muy poco.

El título del contrato de seguros sí tuvo éxito por cuanto fue publicado como apéndice al trato elemental de seguro del doctor EFREN OSSA.

Diez años después de presentado al congreso la ley 16 de 1968 autorizó al presidente de la república para que previa una revisión final por los expertos expida y ponga en vigencia el proyecto de ley sobre código de comercio que se halle en la consideración del congreso nacional.

En 1971 la comisión estaba constituida por los doctores ALVARO PEREZ VIVES, JOSE GABINO PINZON y SAMUEL FINKIELZSTEIN, el doctor J. EFREN OSSA ingresó en 1970 y participó durante 3 meses la redacción del título quinto del libro cuarto, al cual se le puede atribuir a los doctores J. EFREN OSSA, todos estos antecedentes me permiten afirmar que en lo tocante al contrato de seguro el nuevo código sí refleja continuidad en el tratamiento de la materia por su unidad de criterio y la armonía normativa, algo que no se puede predicar de la totalidad del nuevo estatuto mercantil expedido mediante el decreto 410 de 1971.



2. CONCEPTO DEL CONTRATO DE SEGURO

El Contrato de Seguro es la cuarta fuente de las normas que regulan las relaciones entre el asegurado y el asegurador y de manera específica todos los que se relaciona con sus derechos y obligaciones. La ley ha dado a los pactos que se celebran entre los contratantes el carácter imperativo sobre ellos como también la supremacía de las normas escritas que rigen las legislaciones comerciales y civiles sobre las normas supletivas como en las Costumbres y los principios Universales del Derecho.

Todo lo expuesto tiene su fundamento en el Código Civil que en su artículo 1602 dice que: En todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causa legal.

Lo mismo lo estatuye el Código de Comercio en su artículo 4 cuando afirma que las estipulaciones de los contratantes válidamente celebrados preferirán a las normas legales supletivas y a la costumbre mercantil.

2.1 OMNIS DEFINITIO CLAUDICAT

2.1.1 Definitio in jure civile preculosa

Para llegar a una concepción clara sobre el contrato de seguro es posible limitarse a definir las relaciones entre el asegurador y el asegurado sino que es necesario estudiar la operación de la empresa aseguradora.

Podría objetarse que esa operación constituye un problema de carácter técnico interno ajeno a la relación bilateral. Sin embargo, el contrato de seguro considerado aisladamente, no se distinguiría en nada del juego o la apuesta. El asegurado, para usar la expresión de Hémard, viviría de esperanza en la inseguridad y el asegurado no podría tener certeza sobre la indemnización⁴.

Para que exista un verdadero contrato de seguro se requieren por lo menos cuatro condiciones:

- Un grupo numeroso de personas o cosas sujetos a riesgos de la misma naturaleza.
- Un interés real en evitar los daños por parte de los

⁴HEMARD, Traite. Theorique et pratique des Assurances Terrestres, 1924. Tomo I N^o. 37.

artículo 1036 del Código Civil.

Es además aunque la norma legal no lo diga expresamente, un contrato de estricta buena fe. De otra parte algunos autores y la jurisprudencia lo han calificado como contrato de adhesión.

2.2.1 Contrato oneroso

Todo contrato que se celebre en interés recíproco de las partes, sometiendo a cada una de ellas a prestaciones específicas, se califica como oneroso porque supone una carga sobre los contratantes. Las relaciones entre el tomador del seguro y un beneficiario a título gratuito no quitan el carácter al contrato principal entre el tomador y asegurador.

2.2.2 Contrato llamado aleatorio

Impropia mente califica el Código como aleatorio el contrato de seguro como si se tratara de juego o apuesta en beneficio de una parte ganadora.

Lo que es aleatorio en el seguro es la condición de la cual pende la obligación del asegurador, el contrato celebrado entre una empresa debidamente organizada para

asumir riesgos y una persona expuesta a pérdidas o daños no tiene como finalidad enriquecer a una de las partes, como mengua del patrimonio de la otra, como fruto de una alea incierta.

De parte del asegurador existe un mecanismo técnico de reservas y reaseguros que lo coloca en imposibilidad de indemnizar daños cubiertos por el seguro, o pagar las sumas estipuladas en los seguros de las personas sin disminuir su capital y además de realizar una actividad previsible.

Para el asegurado, el contrato es meramente indemnizatorio, o sea que tiene como finalidad dejar su patrimonio en el estado en que se encontraba antes del siniestro, ya se trate de seguro que ampare los bienes patrimoniales tangibles (activos) el lucro cesante, (ingresos previstos) o los perjuicios patrimoniales nacidos de una responsabilidad civil (pasivos contingentes). Solamente en algunos seguros de vida deja de tener el contrato ese carácter estrictamente indemnizatorio porque la vida de un hombre no tiene precio.

2.2.3 Contrato solemne

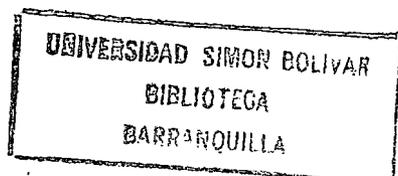
2.2.3.1 El escrito como requisito sustancial

De acuerdo con el artículo 1046 del Código de Comercio el contrato de seguro se perfecciona y se prueba mediante un documento llamado póliza que debe redactarse en castellano y ser firmado por el asegurado.

El seguro es un contrato solemne en el cual el escrito no sólo es un medio de prueba, sino un requisito ad sollemnitate para el perfeccionamiento de la relación contractual.

El primer antecedente del requisito de la solemnidad se encuentra posiblemente en las ordenanzas de Burgos de 1553, pero muchas legislaciones modernas, admiten el contrato meramente consensual.

En el anteproyecto de 1953 (artículo cuarto) se proponía conservar el requisito de la póliza escrita, que ya existía en el Código de 1887, en cambio en el proyecto oficial de 1958, se definía el seguro como contrato meramente consensual, artículo 861.



2.2.4 Contrato bilateral

Por ser bilateral o ^{si}ilagmático el contrato de seguro establece una relación de interdependencia, entre las obligaciones de las partes, de tal manera que al extinguirse una de ellas desaparece la otra.

Es así como el seguro está sujeto a todas las reglas que gobiernan los contratos bilaterales, las partes son responsables hasta de la culpa leve, porque las obligaciones se han contraído en beneficio recíproco, ninguno de los contratantes está en mora de cumplir lo pactado mientras el otro no lo cumpla o se allane a cumplirlo, en caso de mora en el cumplimiento de las obligaciones de una de las partes, el deudor debe indemnizar al acreedor de acuerdo con las leyes especiales que regulan el contrato, finalmente las condiciones resolutorias en caso de cumplirse lo pactado va envuelta en el contrato mismo sin perjuicio de las indemnizaciones que la ley señala a cargo de la parte culpable.

2.2.5 Contrato de ejecución sucesiva

En lo que hace al contrato de seguro, no cabe duda de que se trata de uno de aquellos llamados de ejecución sucesiva o continuativa, durante la vigencia de la relación

contractual, existen obligaciones continuas, tanto a cargo del asegurador, como del asegurado.

La parte asegurada desde el momento de la suscripción de la póliza asume no solamente la obligación de pagar una prima sino una serie de obligaciones de conducta como la de emplear esmerada vigencia en la conservación del estado del riesgo, la de dar aviso sobre su variación o agravación, etcétera. Tal como se explica al hablar de la buena fe en la ejecución del contrato.

El asegurador por su parte asume también una obligación de conducta que consiste en colocarse en posibilidad de atender las reclamaciones eventuales, mediante el adecuado reaseguro de los riesgos que no pueda retener por su cuenta, la inversión de sus fondos en bienes de suficiente liquidez.

2.2.5.1 Rescisión y terminación

Desde el momento en que las partes han comenzado la ejecución continua del contrato, no puede hablarse de rescisión que implica volver las cosas al estado en que se hallaban como si el contrato no se hubiera celebrado.

Para resolver esta dificultad, los autores del Código

elaboraron una fórmula que es ingeniosa, aunque se ajusta a nuestras tradiciones jurídicas, la rescisión del contrato por nulidad relativa con retención de la prima a título de pena, al mismo tiempo establecieron para otros casos, la terminación del seguro que en algunos textos se llama revocación y en otros extinción.

Los casos de nulidad relativa que dan lugar a la rescisión son:

- Las declaraciones inexactas o reticentes del asegurado. En los casos previstos por los dos primeros párrafos del artículo 1058 del Código de Comercio. La rescisión en estos casos da derecho al asegurador, para retener la prima a título de pena.
- El incumplimiento de la garantía, a que se refiere el párrafo tercero del artículo 1061 del Código de Comercio, en este caso dice la norma: Que el contrato es anulable, pero no establece ninguna pena pecuniaria.
- El exceso del seguro sobre el valor real del interés asegurado, cuando de parte del asegurado, haya existido intención de defraudar, artículo 1091, en este evento, también puede retener la prima.



La nulidad se puede sanear por el consentimiento, la ratificación o la aceptación del asegurador.

Los casos de terminación y revocación del contrato son los siguientes:

- El rechazo del asegurado a que se refiere el artículo 1038.
- La variación en el estado del riesgo. Prevista en el párrafo tercero del artículo 1060 que permite al asegurador revocar el seguro.
- La falta de notificación sobre modificaciones del riesgo, prevista en el párrafo cuarto del artículo 1060 del Código de Comercio.
- El incumplimiento de la garantía que regula el artículo 1061.
- La falta de pago de la prima, en la forma prevista en el artículo 1068.
- La revocación unilateral que autoriza el artículo 1071.
- La falta de informe sobre otros seguros coexistentes que excedan el valor del interés asegurado, según el párrafo segundo del artículo 1093.

- La transmisión o transferencia del interés asegurado, de acuerdo con los artículos 1106 y 1107 que produce la extinción del contrato.
- La destrucción de la cosa asegurada, artículo 1109, produce la extinción del contrato.

2.2.6 Contrato de estricta buena fe

La empresa aseguradora por lo general, al asumir un riesgo se coloca totalmente a merced de la buena fe del asegurado, si éste tiene la intención de obtener una utilidad ilícita, o la de engañar al asegurador, sobre la naturaleza del riesgo, esos motivos inmorales influirán no solamente sobre la estabilidad de la empresa aseguradora sino sobre los intereses de toda la masa de asegurados que obran de buena fe y que solamente buscan protección.

2.2.7 Contrato de adhesión

Cuando una de las partes no es libre de estipular condiciones del contrato si quiere obtener el servicio que necesita, porque existen circunstancias del monopolio de hecho, o de derecho, hay una desigualdad económica y jurídica entre las partes que la dicta y la que debe someterse a ella, igualdad que debe ser moderada y aún eliminada por el Juez.

concedido por la Superintendencia Bancaria de acuerdo con la ley 105 de 1927.

El asegurado por su parte, aquí son incapaces todos aquellos que de acuerdo al derecho común son determinados como tales, ejemplo los impúberes, los sordomudos que no se den a entender por escrito, los dementes y los interdictos por disipación.

2.4 ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE SEGUROS

De acuerdo con el artículo 1501, del Código Civil, hay cosas que son de la esencia de los contratos, otras que les pertenecen por naturaleza, y las puramente accidentales.

Los elementos esenciales son aquellos sin los cuales el contrato no produce ningún efecto, o se convierte en un contrato diferente.

Según el artículo 1045 del nuevo código para que exista un contrato de seguro, se requiere un interés asegurable, un riesgo asegurable, una prima, o precio del seguro y la obligación condicional del asegurado.

2.4.1 El interés asegurable

Es una relación económica, amenazada en su integridad por uno o varios riesgos, en que una persona se halla consigo mismo o con otra persona, o con otras cosas, o hechos tomados en sentido general o particular de acuerdo al artículo 1083 del Código de Comercio tienen interés asegurable, toda persona cuyo patrimonio puede resultar afectado directa o indirectamente por la realización de un riesgo.

Los derechos extrapatrimoniales, como los morales, políticos y religiosos, todos estos están excluidos de la protección del seguro.

2.4.1.1 Riesgo asegurable

El riesgo es un contrato incierto que no depende exclusivamente de la voluntad de las partes.

Requisitos del riesgo: eventual e incierto, posible, es decir físicamente y jurídicamente posible. Imprevisto o irresistible, ejemplo el caso fortuito previsible, y superable con el acto que no depende totalmente de la voluntad del asegurador.

Perjudiciable, esto es que la persona, el interés o el patrimonio han de estar expuestos al riesgo. La pérdida o deterioro debe provenir del riesgo específicamente cubierto.

Temporal, esto es determinado por el artículo 1047 del Código de Comercio, cuando dice que es indispensable fijar en la póliza la vigencia del contrato, también afirma que el riesgo se asume por tiempo determinado, a excepción de los seguros de vida que pueden ser vitalicios, y que en los dos primeros años, termine el contrato por el no pago de la prima.

2.4.1.2 La prima

Cuando no hay estipulación expresa, en la póliza el tomador está obligado al pago de la prima durante los diez siguientes días a la fecha de la entrega de la póliza o del documento que perfecciona el contrato, cuando no se estipule el lugar donde se deba pagar el contrato, se debe pagar la prima, este se debe hacer en el domicilio del asegurador o de su representante o de su agente supeditado. Artículo 1067 del Código de Comercio.

La mora en el pago de la prima, faculta al asegurador para dar por terminado el contrato, mediante aviso escri-

re impone su acto ilícito, se le impone que responda hacia el asegurador⁵.

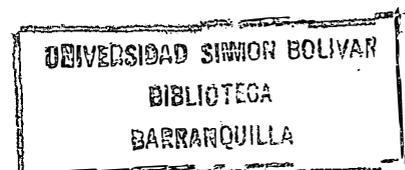
Soler Aleau, agrega además como fundamento de la subrogación, con que se trate de impedir el enriquecimiento ora del asegurado ora del causante del daño, permitir al asegurador, restaurar el fondo común o capital en niveles idóneos para sus fines. En suma, para este autor también constituye razón de la subrogación el evitar en lo posible el empobrecimiento de las aseguradoras, quienes al recuperar lo que ha pagado por indemnización obviamente mejora o mantienen su solidez económica.

Las razones por las cuales se introdujo esta institución a nuestro sistema son fundamentalmente las mismas, puesto que al fin y al cabo es ya común a todas las legislaciones de seguros en el mundo occidental, es más, ya dentro del Código de Comercio derogado se contemplaba la figura pero con otros alcances.

3.2 ETIMOLOGIA

Subrogación viene del latín subrogatio - nis derivado del verbo sub rogo - are, que quiere decir subrogar,

⁵HALPERIN, Isaac. Contrato de seguros. Segunda Edición, Buenos Aires. Edit. de Palma, 1972. p.407.



sustituir.

3.3 NOCION JURIDICA Y CLASIFICACION

Considerada en su más amplia acepción, la subrogación es la acción y el efecto de reemplazar de sustituir, de cambiar una persona o cosa por otra.

De ahí que latamente pudiera decirse que, en derecho, hay subrogación en todos aquellos casos en los que una persona o una cosa es reemplazada por otra persona o cosa (el heredero, al causante, el comprador al vendedor, el precio de la cosa a la cosa misma).

Hasta aquí caben pues dos clases de subrogación, la personal y otra real.

Sin embargo y en frente de la subrogación personal, existe una noción más técnica, más restringida, en donde la subrogación por sí misma es la que se limita la figura, se trata del pago con subrogación reglamentado de la siguiente manera en el artículo 1666 del Código Civil.

"La subrogación es la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero que paga".

3.4 CARACTERISTICAS

La subrogación tiene como característica principal que opera ope legis, por ministerio de ley, de ahí que basta que se den los supuestos legales para que se radiquen en cabeza del asegurado los derechos que antes se encontraban en cabeza del asegurado o beneficiario pero tan solo hasta concurrencia del importe de la indemnización ya que si la subrogación no estuviere delimitada así, podría generar un enriquecimiento sin causa para el asegurador, que tampoco es querido por la ley.

Y esto porque constituye requisito fundamental de la subrogación el pago de una indemnización en cualquier forma en que se efectúe por cuanto como lo advierte HALPERIN, se produce aunque el asegurador indemnice en especie, sólo que en tal caso se valuará para fijar su importe⁶.

3.5 FUNDAMENTO DE LA SUBROGACION POR PAGO

La subrogación por pago puede fundamentarse, o bien en una disposición legal que la consagre, o bien la voluntad

⁶Ibidem. p.407.

del acreedor o cualquier otro evento según lo dispone el artículo 1667 del C.C.

3.6 CONDICIONES DE EXISTENCIA

Para que se configure la subrogación por pago es necesario que concurren estos requisitos:

1º. Que existan una relación obligatoria insoluta.

2º. Que dicha relación obligatoria sea de aquellas que admiten el cumplimiento por parte distinta del obligado.

3º. Que efectivamente el cumplimiento se verifique por quien no es el sujeto pasivo de la deuda.

4º. Que quien cumple no actúe ni como mandatario ni como agente oficioso del deudor.

5º. Que exista una disposición legal o en defecto de esta la voluntad del acreedor que permita al tercero sustituir al acreedor primitivo en frente del deudor.

3.6.1 Efectos

Si concurren los anteriores requisitos la subrogación por pago debe producir los efectos contemplados en el artículo 1670 del Código Civil que dice: "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 contra cualesquiera terceros, obligados solidaria o subsidiaria a la deuda".

El efecto primordial de la subrogación por pago es por tanto, la sustitución en este crédito, o mejor el reemplazo del sujeto activo de la relación obligatoria con el consecuencial derecho a pretender la prestación del deudor.

Dada esa institución se genera por virtud de la misma estas otras consecuencias:

1º. La sustitución en las acciones y privilegios del acreedor, en cuanto a las primeras, el tercero que paga, adquiere la acción ejecutiva contra el deudor y contra los fiadores u obligados solidarios a la deuda para el cumplimiento de la prestación. Pero también queda legitimado para incoar la acción indemnizatoria con miras a obtener el cumplimiento por equivalente. Recibe así mismo, la acción hipotecaria y la prendaria en su caso; al igual que todas aquellas acciones que tienden a conservar o recuperar el patrimonio del deudor (Pauliano por simulación).

Por lo que toca con los privilegios deberá entenderse, que la norma alude a la prelación o preferencia para el pago con sujeción a los artículos 24, 95 y siguientes del Código Civil, puesto que como con acierto lo enseña el doctor, Guillermo Fernández, no es posible otorgar al tercero que paga "... todas las ventajas otorgadas por disposiciones legales especiales, al acreedor subrogante o sea las no reconocidas a la generalidad de los acreedores por la legislación a causa de que las mismas son personales o intransferibles"⁷.

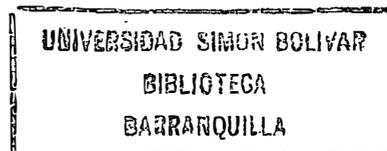
2º. Sustitución en los derechos accesorios del acreedor primitivo el derecho a devengar interés, a la cláusula penal pactada, a las garantías reales o personales, también quedan comprendidas dentro de la subrogación.

3.7 NATURALEZA JURIDICA

Para definir la naturaleza jurídica de la subrogación se han propuesto diversos criterios:

1º. Por algunos se ha dicho que no es otra cosa que una cesión de derechos, que tendría el carácter de ficticia

⁷OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Régimen general de las obligaciones. Temis, Bogotá 1976. p.490.



en una subrogación legal.

Empero, y por fuera de otras consideraciones, con esta tesis se pierde vista que en la subrogación se está ante un cumplimiento de la obligación, cumplimiento que no se advierte en la cesión puesto que esta es más bien una negociación del crédito entre el acreedor y el tercero cesionario.

Y en cuanto a que esta cesión sea ficticia es algo que peca contra la lógica más elemental porque si una cosa no es la realidad resulta absurdo fingir o suponer que sí lo sea, como dijo MANUEL GAONA GRUZ.

2º. Se ha sostenido por otros que se trata de una especie de novación lo que tampoco es admisible porque a más de estarse ante una nueva obligación supuesto esencial de esta clase de novación, conforme al numeral 2 del artículo 1690 del Código Civil, la novación necesita de la intención de las partes en tal sentido, mientras que la subrogación por pago puede tener lugar aún contra la voluntad del acreedor.

3º. También hay quien la haya catalogado como una sucesión a título singular, lo que en el fondo equivale a catalogarla con la cesión del crédito.

4º. Un punto de vista sería el siguiente: Satisfacción del acreedor y cumplimiento del débito por el deudor no son el anverso y el reverso necesarios de la misma medalla, tal como lo advierte DOMENICO BARBERO⁸, el acreedor puede ver satisfecho su crédito sin que el deudor ejecute la prestación, como acaece cuando quien cumple la obligación es un tercero.

Si ello es así y no hay razón valedera que conduzca a pensar de manera diferente la subrogación por pago únicamente se explica porque exista supuestos en los que el pago es apto para satisfacer al acreedor más no para liberar al deudor, entre otras cosas porque para que el deudor quede desvinculado, necesita, o que cumpla él personalmente o que cumpla un tercero a su nombre, o que a su respecto concurra algunos de los modos extintivos de las obligaciones distintos al pago.

Por lo tanto el pago con subrogación, no es más que una modalidad del cumplimiento consistente en que es un pago no extintivo de la obligación, es pago puesto que con él se atiende la pretensión del acreedor. Y no es extintivo del débito, visto que el deudor continúa ligado al tercero, quien entra a ocupar la posición del acreedor primitivo.

⁸BARBERO, Domenico. Sistema del derecho privado, E.J.E.A., Buenos Aires 1967. Tomo 3, p.35 y ss.

4. LA SUBROGACION POR PAGO Y EL CONTRATO DE SEGURO

Uno de los supuestos en lo que tiene cabida la figura analizada es el contrato de seguro (Artículo 1096 del Código de Comercio).

Sin embargo Rodolfo O. Fontanarrosa⁹ sostiene que en tal caso no es posible hablar de la "...Típica subrogación prevista en la mayoría de los Códigos Civiles con referencia al pago de las obligaciones", conclusión que deriva de la siguiente premisa.

La subrogación (entendida en su sentido tradicional) "exige la unidad del título entre la deuda y el pago: El subrogante paga la deuda ajena y subintra en la relación creada por ella. En tanto que es opinión pacífica que el asegurador que paga la indemnización no paga ninguna deuda ajena (esto es, la originada a cargo del tercero

⁹ FONTANARROSA, O. Rodolfo. Sobre la llamada Subrogación del Acreedor en Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, de Palma, 1968. No.1 al 16 p. 1 y ss.

causante del daño) sino una deuda propia nacida de un contrato de seguro celebrado con el asegurado. Hay pues en este caso, no unidad sino dualidad de títulos "Loc cit.

A nuestro juicio la unidad del título constituye no una diferencia específica de la subrogación contemplada en el Código Civil como es que ésta prevee un caso de subrogación legal en favor del acreedor que paga a otro acreedor de mejor derecho en razón de un privilegio o hipoteca".

En esta hipótesis es palmar que uno es el título de quien paga (acreedor hipotecaria de grado inferior) y otro el de quien ve satisfecho su crédito (acreedor hipotecario de grado superior) precisamente por esa dualidad de títulos es por lo que la ley autoriza la subrogación.

Por otra parte, y siguiendo a Oscar Benclowiz¹⁰ cabe recordar que el asegurador "...al indemnizar está cumpliendo la obligación que a dichos terceros causantes del daño imponen las normas que regulan los hechos ilícitos indemnizar los daños es decir está pagando una deuda ajena".

¹⁰ BENCLOWIZ, Oscar. Sobre la Subrogación de Seguros y la Depreciación de la Moneda. op.cit. p.p.55-60.

Además si fuera cierto que el asegurador pagara una deuda propia y no ajena la conclusión lógica que entonces tendría que extraerse sería la de que no se podría subrogar en los derechos y acciones del asegurado a causa de que se encontraría con que su mismo pago habría extinguido la obligación. Por mejor decirlo incongruente resulta que alguien puede afirmar cumplir con su propio debito sin que la obligación se extinga.

Es fin es error palpable en tesis que se glosa al igual que en gran parte de la doctrina que se ocupa de la subrogación por pago al mirar la posición del tercero respecto del acreedor y no respecto del deudor, como es jurídicamente adecuado.

En frente del acreedor el "solvens" puede que ni siquiera sea un tercero o mejor que ante él se halle principal o subsidiariamente obligado (numeral 3 del artículo 1668 del Código de Comercio) en cambio ante el deudor el "solvens" no puede aparecer implicado en la relación o sea que tiene que ser una persona ajena a ésta. En el supuesto de la solidaridad la subrogación del deudor que paga limitada a la parte o cuota de cada uno de los codeudores en la deuda (artículo 1579) por qué? Porque respecto de las partes o cuotas el solvens en las relaciones internas de los codeudores es un tercero que ha solucionado el

débito de otro.

Igual cosa sucede con el contrato de seguro, es evidente que el asegurador no es un tercero respecto del asegurado (acreedor) pero a todas luces si lo es ante el causante del daño (deudor) la relación jurídica preexistente se da con aquel y no con éste. Y para que surja entre el asegurador y el responsable del ilícito es necesario que el asegurado (acreedor) primitivo vea satisfecho su crédito por parte del asegurador. Obviamente si lo satisficiera el responsable del daño (deudor) quedaría extinguida la obligación.

Cumplido el resultado del contrato de seguro pagar el siniestro por ocurrencia del riesgo asegurado puede existir la posibilidad de que el siniestro haya sido ocasionado por el hecho o culpa de alguna persona y por lo tanto tal persona sea responsable por un contrato o extracontractualmente frente al asegurado.

Lógico es suponer que éste busca prevenir los efectos nocivos del siniestro y la permanencia de tales efectos en el tiempo mediante la contratación de pólizas de seguros en virtud de las cuales sea indemnizado total o parcialmente de la pérdida producida, indemnización que será más o menos completa según el grado contratado por el

asegurado.

Como el seguro y la indemnización no pueden constituir fuente de lucro para el asegurado de tal forma que la ocurrencia del siniestro le traerá un beneficio antes que restituirlo al estado de los bienes afectados y del lucro producido, es natural concluir que el asegurador se subroga en todos los derechos que el asegurado tenga contra terceros responsables del siniestro subrogación que permitirá al asegurador restituir total o parcialmente en las sumas pagadas al asegurado y a cargo de terceros responsables del siniestro causante de la pérdida.

Como derecho del asegurador correlativamente determina una obligación del asegurado colaborador en todo lo que esté a su alcance para permitirle a aquel el ejercicio de los derechos que se derivan de la subrogación tal como lo dispone el artículo 1098 del Código de Comercio sancionando a su vez el incumplimiento de esta obligación compulsando al asegurado a indemnizar el valor de los perjuicios que con su incumplimiento causa, monto que el asegurador podrá deducir de la indemnización que sea obligado a pagar. Así lo dispone el artículo 1078 por referencia expresa del artículo 1098.

Conviene sin embargo precisar el alcance interpretativo

de la conducta del asegurado no ya de colaboración sino de abierta actitud de oposición a la posibilidad del asegurador de accionar contra terceros renunciando a las posibles acciones o derechos contra el causante del siniestro. Para ello podemos distinguir con la doctrina italiana siguiente a Vivante, quien a su vez se apoya en la jurisprudencia de Italia, Alemania y Bélgica tres posibilidades:

1º. El asegurador ha renunciado a sus derechos contra terceros antes de contratar el seguro o antes de ocurrir el siniestro no existiendo en este segundo caso reserva sus derechos en la póliza en este evento la compañía se subroga en los derechos del asegurado de acuerdo con las convenciones por él celebradas. La compañía no puede hacer uso de las garantías o derechos renunciados.

2º. El asegurado ha renunciado a sus derechos habiéndose reservado tales derechos en la póliza en este evento el asegurado ha violado los términos del contrato y ha hecho imposible para la compañía el ejercicio de la subrogación o lo ha limitado en tal forma que resulta nulatorio.

La jurisprudencia extranjera por esta violación del pacto rechazó enteramente la demanda de resarcimiento. El asegurado pierde todo derecho a la indemnización.

3º. El asegurado ha renunciado a tales derechos después de haber ocurrido el siniestro: En este caso tal actitud no perjudica los derechos de la compañía puesto que estos derechos se le reservan a partir de la ocurrencia del siniestro. Sin embargo esta sentencia que cita Vivante se condenó al asegurado a la pérdida de toda indemnización de perjuicios sufridos por la compañía¹¹. Sin embargo en la legislación colombiana la cuestión no ofrece dudas de acuerdo con el entendido del artículo 1097 que prohíbe al asegurado a renunciar en cualquier momento a sus derechos contra terceros responsables del siniestro sancionándolo por esa renuncia con la pérdida del derecho a la indemnización.

La renuncia, pues solo será válida cuando se ha producido antes de ser contratado el seguro. En cualquiera otro de los eventos que precisa Vivante se perderá el derecho a indemnización.

Podemos establecer como características tipificantes de este derecho y siguiendo en particular el contenido del artículo 1096 los siguientes:

¹¹ VIVANTE, César. Del Contrato de Seguro, de la Prenda, del Depósito en los Almacenes Generales, Editorial Editar, Sociedad Anónima de Buenos Aires, Tomo 14. p. 385.

1º. Se trata de un evento de subrogación personal. La subrogación aquí contenida es de carácter personal pues si se trata de sustituir una persona por otra en un crédito.

Este carácter se origina en el pago de una deuda (la indemnización reconocida) por parte del asegurador, duda que tiene su origen en el contrato de seguro y en la ocurrencia del siniestro. Pero no hay un tercero responsable del cual podría demandarse por parte del asegurado el pago de la indemnización al pagar el asegurador surge el fenómeno de la subrogación.

En el inciso 2 del artículo citado establece también la subrogación en favor del asegurador cuando ha pagado una indemnización a un asegurado que es acreedor del propietario del bien afectado por el siniestro y en relación con el cual el asegurado es titular de un derecho hipotecario o privilegiado.

Al destruirse el bien dado en garantía el asegurado cobrará la indemnización como el asegurado ha pagado al deudor se produce un típico caso de pago con subrogación regulado por el Código Civil especialmente en la figura consagrada por el numeral 5 del artículo 1668 se efectúa la subrogación por el Ministerio de la Ley y aún contra la voluntad

del acreedor en todos los casos señalados por la ley y especialmente a beneficio. Del que paga deuda ajena, consintiéndolo expresa o tácitamente el deudor.

Es evidente que aquí la subrogación podría tener dos variantes:

- Contra el tercero causante del siniestro según la regla establecida por la primera parte del artículo 1096 del Código de Comercio.

- Contra el deudor el propietario del bien asegurado siguiendo las reglas que acaban de enunciarse.

2º. Se trata de un evento de subrogación legal no de subrogación convencional, la subrogación puede provenir según las voces del artículo 1669 del Código Civil de la ley o de la convención pues determina que se subroga un tercero en los derechos del acreedor o en virtud de la ley o en virtud de una convención del acreedor.

No hay lugar a el carácter legal de la subrogación prevista en el artículo 1096 carácter que se infiere primeramente de la expresión utilizada por el legislador el asegurador, se subrogará por el Ministerio de la Ley.

La subrogación legal no depende de la voluntad del acreedor pues se produce ope legis y aún contra la voluntad del acreedor subrogado tiene lugar como lo anota Meza Barros ipso jure de pleno derecho cada vez que el pago se hace en las circunstancias legales".

Así lo corrobora Fueyo Laneri al afirmar que se produce de pleno derecho sin necesidad de convención o requisição y que no requiere constar por escrito¹² se presenta aquí un notorio avance en relación con la legislación anterior ya que el artículo 667 del antiguo Código de Comercio, se limitaba a permitir que el asegurador exigiera al asegurado, la cesión convencional de los derechos que tuviera contra terceros.

3º. El efecto de la subrogación es colocar al asegurado en la posición del asegurado indemnizado frente a posibles deudores.

El acreedor subrogado es decir el asegurador adquiere el derecho contra los responsables del siniestro con todos sus accesorios privilegios, prendas, hipotecas, acciones en general (artículo 1670) adquiere estos derechos contra

¹² Citado por TAMAYO LOMBANA. Manual de Obligaciones Teoría del Acto Jurídico y otras Fuentes. Editorial Derecho y Ley Limitada Bogotá, D.E. 1979, p.36 y ss.

terceros obligados solidariamente o subsidiariamente.

"Todas las garantías del crédito pasan al asegurador, si el propietario podría constituirse en parte civil en el proceso penal contra el actor del siniestro y también el asegurador podrá hacerlo si hay varias personas responsables todas ellas están solidariamente obligadas al resarcimiento del daño ante el asegurador, si el crédito del damnificado era no comercial, conserva este carácter es ya consecuencia lógica del principio de que el crédito mismo del subrogante pasa al asegurado.

Sobre estas garantías y derechos se resalta la decisión adoptada en el nuevo C. de P.P., basando tal decisión en el hecho de no existir relación procesal hasta tanto no se formule la acusación por el fiscal y porque una vez formulada ésta y nacida la relación procesal se rompería el equilibrio de las personas vinculadas al permitir que la parte civil colaborara con la gestión fiscal, cuya misión sería exclusivamente la de acusar y no defender a la sociedad como rige en el sistema vigente. Pero es criticable esta decisión y perjudicial para los afectados por la comisión de delitos en un sistema en el que la justicia carece de los medios de apoyo necesarios para investigar debidamente los delitos, sancionar al responsable al resarcimiento del daño ocasionado.

La parte civil ha contribuido tradicionalmente a procurar la efectiva labor de la justicia aportando pruebas subvencionando la práctica de las mismas ayudando a localizar a los responsables vigilando la marcha de las investigaciones.

La eliminación de la parte civil dificultaría a las compañías de seguros subrogadas en los derechos del asegurado el ejercicio de sus acciones por la imposibilidad del acceso al expediente respectivo.

4º. La subrogación de que trata el artículo 1096 solo es aplicable en los seguros de años no en los seguros de personas.

Así lo dispone en forma expresa el artículo 1139 del Código de Comercio al indicar que la subrogación a que se refiere el artículo 1096 no tendrá cabida en esta clase de seguros.

Esta disposición es enteramente lógica ya que el sistema legal colombiano el valor del interés asegurado en los seguros de personas no tienen otro límite que el libremente le asignen las partes con la salvedad que el mismo artículo 1138 establece con respecto a la posibilidad de evaluar ciertamente el perjuicio al que se refiere

el artículo 1137 del Código de Comercio numeral 3.

Es evidente entonces, de acuerdo con las normas comentadas que tratándose de seguros personales corresponderá a los causahabientes del asegurado o al asegurado mismo, accionar contra los terceros responsables del daño que de acuerdo con las reglas que regulan el pago de daños por delitos, indemnicen los perjuicios ocasionados.

Aunque el seguro de accidente de trabajo tienen una característica mixta de ser un seguro de personas en cuanto cubre al asegurado del daño que pueda padecer una persona en un accidente de esta naturaleza y de ser un seguro de daños en cuanto que el patrono traslade mediante el seguro el riesgo a su cargo impuesto por las leyes laborales, las partes asegurador y asegurado podrán convenir según lo estipula el artículo 1100 que las reglas de subrogación sean enteramente aplicables. A falta de pacto expreso sobre el particular deberá entenderse que no hay lugar a la subrogación.

5º. La subrogación en los derechos del asegurado contra terceros causantes del siniestro puede ser total o parcial.

De acuerdo con lo dicho por el artículo 1096 el asegurador solo se subroga en los derechos contra terceros hasta

la concurrencia de su importe es decir hasta la concurrencia de lo efectivamente pagado, es frecuente encontrar que como consecuencia de un siniestro el asegurado lo reciba como indemnización la suma total perdida, evento que es producido entre otras cosas por una cualquiera de estas causas.

- Por que la suma total asegurada en los casos de pérdida total es inferior al valor real perdido.
- Por que existe infraseguro y por lo tanto el asegurado debe soportar una parte de la pérdida.
- Por que el asegurado ha convenido en soportar una cuota en el riesgo o en la pérdida (deducibles, franquicias) o afrontar la primera parte del daño.
- Por que existe cobertura completa.

Es claro, entonces que en uno o cualquiera de estos eventos, que se citan con carácter ilustrativo el asegurador solo ha cubierto una parte de la pérdida en tanto que el asegurado debe asumir de su propio peculio o parte de dicha pérdida.

Y siendo ello así lo normal es que el asegurado solo se

subrogue parcialmente pues de lo contrario obtendría un beneficio sin causa. Por ello en la ley civil se determina que en caso de pago parcial el pagador solo queda subrogado en la medida que lo ha pagado.

Sobre el particular Meza Barrios afirma¹³ producida la subrogación el crédito pertenecerá en parte al primitivo acreedor y parte al subrogado, hasta en concurrencia de lo pagado.

Pero el acreedor primitivo tienen el derecho de pagarse preferentemente al acreedor subrogado. El artículo 1612 inciso 2 expresa si el acreedor ha sido solamente pagado en parte, podrá ejercer sus derechos relativamente a lo que se reste debiendo con preferencia que solo ha pagado una parte del crédito.

"La ley interpreta de esta manera la voluntad presunta de las partes el acreedor no está obligado a recibir un pago parcial y es razonable pensar que si lo recibe entiende que no sacrifica nada de su derecho. Satisface al mismo tiempo un propósito de conveniencia práctica porque difícilmente se allanaría al acreedor a recibir el pago de

¹³ MEZA BARROS, Manuel. De las Obligaciones. Editorial Jurídica de Chile, 131 cuarto piso Santiago. 5o. Edición 1974. p.336 y ss.

parte de su crédito si no conservara la plenitud de sus derechos para ser pagado del saldo.

Pero este privilegio aprovecha solo el acreedor primitivo.

Cuando a consecuencia de recibir el acreedor pagos parciales de diversas personas son varios los subrogados no hay entre ellos preferencias y por tanto los subrogados concurren a prorrata.

Pareció conveniente traer estas citas a fin de analizar la cuestión a la luz de lo dispuesto por la ley colombiana, ya que el Código de Comercio guarda silencio sobre estos.

En el Código Civil existe una regulación semejante para la subrogación parcial por cuanto subsiste el derecho del acreedor (para este caso el asegurado) de accionar contra el tercero causante del siniestro a fin de que se indemnice la parte del daño no pagado por el asegurador. Y para la correcta aplicación de la norma del Código Civil Colombiano a las reglas de la subrogación en el contrato de seguros creemos que debe interpretarse en dos sentidos:

- Hay un derecho preferente del asegurado para recla-

mar del tercero la parte del daño, asumida por el seguro. Este derecho prevalece sobre el derecho del asegurado subrogado.

- En el evento de que el asegurador subrogado obtenga recuperación del tercero responsable este valor recuperado será aplicado al valor pagado del asegurador. El damnificado de todas maneras podrá recurrir a hacer valer los derechos contra el responsable por lo dejado al descubierto.

6º. Los terceros podrán oponer al asegurador subrogado las mismas excepciones o defensas que pudieran oponer contra el asegurado.

En el caso concreto del contrato de seguro en la generalidad de los casos del siniestro se cubre por el asegurado sin conocer las circunstancias bajo las cuales ocurrió y si en el hecho han intervenido tercero que pueden ser responsables.

Iniciadas las acciones legales correspondientes contra terceros presuntamente responsables es posible que estos pueden proponer excepciones o defensas contra el damnificado en razón del hecho que ocasionó el siniestro. Producida la subrogación estos terceros podrán proponer las mismas excepciones al asegurador como si fuera el damnifi-

cado el que directamente demandara.

5. LIMITES DE LA SUBROGACION

Aspecto de marcado interés jurídico lo constituye la limitación que establece la ley como a la posibilidad de subrogación que no puede ir allá del importe de la indemnización, por cuanto puede suceder que por circunstancias diversas (infraseguro, coaseguro pactado, franquicias, o deducibles seguros a primer riesgo) la indemnización no represente un resarcimiento pleno de los derechos del asegurado o beneficiario, proveniente del contrato o de la conducta dañosa imputable al autor del perjuicio, se opina que esta hipótesis coexiste del derecho a la indemnización plena por el causante del daño, bifurcado en cabeza de la aseguradora hasta concurrencia de lo que pagó en cabeza del asegurado o beneficiario en lo que falta pues si la razón de ser de la institución es evitar indebidos enriquecimientos bien se ve que con esta tesis ellos se dan es más de no aceptarse esta tesis, vendría a consagrarse que con ocasión del pago del seguro el responsable del perjuicio puede exonerarse de parte de su responsabilidad patrimonial y así obtener un lucro, lo cual es inaceptable por las mismas razones que justificase la institu-

ción de la subrogación.

6. EVENTOS EN QUE NO DA LUGAR A LA SUBROGACION

Está regulado este aspecto por el artículo 1099 del Código de Comercio que contempla varios casos:

1º. El primer evento que no da derecho a subrogación se presenta cuando el tercero responsable del siniestro es una persona cuyo acto u omisión da origen a responsabilidad del asegurado. Y si ello es así, es lógico suponer que no pueda aceptarse la subrogación como quiera que finalmente al asegurado saldría a responder por los efectos del acto u omisión que ocasionó el siniestro.

Hay responsabilidad por el hecho de otras personas según las leyes y de acuerdo con las regulaciones contenidas en los artículos 2341 y es del Código Civil que reglamentan la responsabilidad común por los delitos y las culpas.

" Así (artículo 2347 del C.C.) el padre y a falta de éste la madre es responsable del hecho de los hijos menores que habitan en la casa.

Así el tutor o curador es responsable de la conducta del pupilo que vive bajo su dependencia o cuidado.

Así el marido es responsable de la conducta de su mujer.

Así, los directores de colegios y escuelas responden del hecho de los discípulos mientras están bajo su cuidado y los artesanos y empresarios del hecho de sus aprendices, o dependientes, en el mismo caso.

"Los amos (art.2349 C.C. responderán del daño causado por sus criados o sirvientes con ocasión del servicio prestado por éstos a aquellos".

2ª. No hay tampoco derecho a la subrogación cuando el tercero causante del siniestro es respecto del asegurado pariente en línea directa o colateral dentro segundo grado civil de consanguinidad, padre adoptante, hijo adoptivo o cónyuge no divorciado.

Pero sin embargo, aunque se trate de uno cualquiera de los eventos que hemos estudiado, la subrogación tienen lugar a favor del Asegurado que pague la indemnización cuando:

- La responsabilidad del tercero causante del siniestro proviene de dolo o culpa grave. Se justifica esta sanción en razón de la gravedad de la conducta del agente.

- Si se trata de seguros de manejo, cumplimiento o crédito. Esta salvedad en razón de tratarse de una forma de fianza en las cuales el asegurado no hace otra cosa que cumplir la obligación del afianzado. Si no existiera subrogación el afianzado obtendría un enriquecimiento sin causa.

- Finalmente, procede la subrogación aún si el acto o la omisión del tercero de origen a responsabilidad del asegurado o si se trata de sus parientes en los grados señalados por el art. 1099 si la responsabilidad está amparada mediante un contrato de seguro. Pero para determinar el alcance de la subrogación deberán ser estudiados los términos del contrato de seguro de toda responsabilidad para ver si de acuerdo con tales términos del contrato de seguro es procedente o no la subrogación.

Y siendo procedente las normas del seguro indicarán los límites de ejercicio de acuerdo con la regla señalada por Vivante de que el Siniestro fija la condición de los contratantes.¹⁴

¹⁴ VIVANTE, Cédar, obra citada

7. DERECHO DEL ASEGURADOR A ACCIONAR CONTRA EL TERCERO POR LA DISMINUCION DE LA INDEMNIZACION A CAUSA DE LA DESVALORIZACION MONETARIA

El esquema que acabamos de ver plantea una cuestión muy interesante si el asegurador reemplaza al asegurado en sus relaciones frente al tercero, agente del hecho dañoso, vale la pena preguntar si la subrogación le permite al asegurador incluir como motivo de reclamación frente al tercero el daño que importa la desvalorización de la moneda.

Hay una cuestión previa consistente en puntualizar brevemente en su contorno jurídico, el tema de la desvalorización de la moneda y sus consecuencias frente al acreedor.

Se trata de un tema relativamente reciente que ha tomado por sorpresa los viejos códigos napoleónicos. El propio Vélez Sarsfield, en sus comentarios al Código Civil argentino dice: "Nos abstenemos de proyectar leyes para resolver la cuestión debatida sobre la obligación del deudor cuando ha habido alteración de la moneda, porque esa alte-

ración se ordenaría por el cuerpo legislativo nacional, cosa casi imposible."¹⁵

A lo sumo nuestros legisladores, pues alcanzaron a columbrar el fenómeno de la devaluación de la moneda (acto de autoridad formal de la autoridad correspondiente) pero la depreciación de ella, a causa primordialmente de la inflación es una realidad posterior a la expedición de la mayoría de las normas latinoamericanas de derecho común. Sin embargo, no hay duda que existe y que el jurista debe buscar alguna solución normativa que provea un remedio a los tremendos desequilibrios que la depreciación monetaria produce en el ámbito de los contratos. Es un desafío para la doctrina y la jurisprudencia. Se requiere imaginación y talento.

Hay ya un intento de organización conceptual del problema de la depreciación de la moneda.

A pesar de las vacilaciones iniciales el cuerpo dogmático de este asunto ha llegado a cimentar en los siguientes pilares básicos.

¹⁵ BERTOLINO, Pedro J. (artículo citado) p.246

7.1 UNA DIFERENCIACION ENTRE DEUDAS DE VALOR Y DEUDAS DE DINERO

Las primeras imponen al deudor la obligación de incorporar al patrimonio del acreedor un determinado valor cuya medida de dinero es solo un medio, un instrumento, un signo, si se ha ocasionado un daño, la obligación del agente es repararlo en su integridad, colocando al acreedor en la situación en que se encontraba antes de producirlo aquel. La reparación envuelve un concepto contenido existencial bastante multifacético; curar heridas, arreglar un vehículo, pagar gastos hospitalarios, asumir el lucro cesante, acudir a algún tipo de reparación moral. Todo ello se mide en dinero, pero este es solo un vehículo para facilitar su reparación, no es la reparación misma. Si con el paso del tiempo, por efectos de la depreciación de moneda, el acervo existencial que integra la reparación llega a ser superior al monto del dinero en que estimó éste debe acomodarse a la nueva realidad, puesto que, se repite, lo que se debe no es una suma de dinero, sino una completa reparación de contenido histórico.

Establécese así la siguiente norma de derecho: Cuando se trata de deudas de valor, el deudor debe asumir el pago de la depreciación de la moneda.

Aunque son varios los caminos utilizados para llegar a esta conclusión, tal vez el más llamativo es el que al detectar una laguna histórica en la legislación por tratarse de un fenómeno no previsto por el legislador, se abre paso a la aplicación de la analogía, los principios generales de derecho y la equidad.¹⁶

Por su parte, en las deudas dinerarias o numerario, la restación está integrada exclusivamente por la entrega de una cantidad determinada de dinero. Estas obligaciones están regidas por un principio enteramente nominalista: se debe moneda como tal, abstracción hecha por un valor intrínseco.

Así como se ha logrado decantar una opinión preponderante sobre el postulado inicial (obligaciones de reparar el daño de la depreciación de las deudas de valor) por ahora sigue rigiendo el nominalismo para la segunda clase de obligaciones, las deudas de valuta o de dinero. No obstante en la actualidad hay juristas que propugnan por la indexación de toda clase de deudas y llegan a sostener que la procedencia de la corrección en las obligaciones denominadas "de dinero" o dinerarias.

¹⁶ COLOMBO , Leonardo A. Cámara Civil Capital. La depreciación de la moneda y las deudas de dinero de valor.

Es el verdadero núcleo del problema¹⁷ y un Tribunal bonaerense agregó "... De proseguir o acentuarse la desvalorización, habrá que contemplarse la necesidad del principio a la segunda de ésta clase de obligaciones. (Las de dinero) si una legislación oportuna no prevee el caso"¹⁸

7.2 LA MORA DEL DEUDOR

El postulado enunciado en el acápite anterior no queda completo si no se agrega que el deudor asume el pago de la depreciación de la moneda, siempre y cuando esté en mora de pagar la prestación, además este momento señala la época desde el cual deberá comenzar a cargarse en contra del deudor la desvalorización del dinero. La exigibilidad de la obligación, pues, no es elemento constitutivo de esta figura, sino que señala el momento en que el cómputo de la depreciación afecta al deudor.

Es útil recordar aquí las siguientes palabras de Messineo:

" El principio nominalístico vale en cuanto a las deudas originariamente monetarias o pecuniarías... aquel principio no vale sin quedar. Sin

¹⁷ MESSINEO, Francese. Manual del derecho civil y comercial, Egea 1971, Buenos Aires, Tomo IV, p.218.

¹⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala civil sentencia de Junio 9 de 1979 publicada en "Doctrina y Jurisprudencia" p.190.

embargo vulnerado, en cuanto se trata de hipótesis que escapan al análisis del mismo.

En los casos en que esté en juego el valor intrínseco de la moneda a la moneda sirva de medio para restaurar en el patrimonio del acreedor un determinado valor comprometido por el deudor, por incumplimiento o por retardo en el cumplimiento, por lo que en los dos casos ahora indicados, nos hallamos ante figuras de deudas monetarias llamadas de valor y no de valuta..."¹⁹

Por cierto que, dicho sea de paso, la corrección monetaria debe computarse hasta el día en que se verifique el pago. Si se trata de un cobro hecho por vía judicial, la desvalorización debe computarse hasta la última etapa procesal en que puedan allegarse pruebas, como lo ha definido la Corte Suprema Colombiana.²⁰

7.3 EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL LA DEPRECIACION ES UN DAÑO EMERGENTE

Cuando el problema de la depreciación de la moneda se aduce dentro del concepto de la responsabilidad civil, debe tenerse en cuenta que se trata de un perjuicio que hace parte del daño emergente. Como tal no requiere que haya sido pactado por los contratantes en la convención cuyo incumplimiento se alega, si se trata de responsabili-

¹⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia dictada. p.182.

²⁰ Sala de negocios generales 2 de febrero de 1948 Gac.Judicial Nos. - 2057 y 2058. Tomo LXIII. p.917

dad contractual. Debe seguirse el principio general de que el contratante damnificado tiene derecho al resarcimiento de todos los perjuicios, sin necesidad de que el pacto exprese al respecto.

7.3.1 La depreciación es un daño notorio

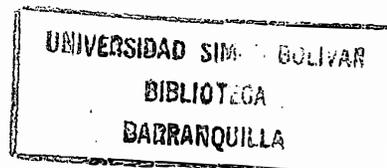
Desde el punto de vista procesal, este principio tiene importantes secuelas en relación con la exoneración de su prueba por parte de quien la alega. Naturalmente, la medida de la depreciación sigue siendo una carga para el perjudicado, presupuesto de la condena. Pero para una condena en abstracto se repite, no hay que apartar prueba ninguna.

Esta caracterización es hoy absolutamente pacífica y unánime sostiene una notable jurista argentina. Esta es también la opinión de nuestra Corte Suprema de Justicia.²¹

7.4 EVOLUCION DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

Durante mucho tiempo se mantuvo un principio rígidamente nominalista en punto de la solución de las obligaciones. Este es apenas producto de una realidad económica en la

²¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de casación civil, sentencia de 24 de abril de 1979. Publicada en la revista de "Doctrina y Jurisprudencia" N° 90 p.482.



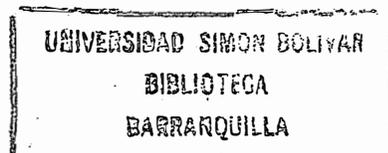
que la estabilidad monetaria era patente. Las variaciones en el valor de la moneda no alcanzaban a producir el agobio y la alarma de la era actual.

De esta fase puede resultar paradigmática la siguiente sentencia:

"Las obligaciones civiles se contraen en moneda corriente y de este modo aunque ellas sean a un plazo largo, en nada influyen o pueden influir los posibles cambios que durante ese plazo tenga el poder adquisitivo de la moneda para que se aumente o disminuya su monto, sino que éste será siempre el que se estipuló, tuvo su origen en el momento de nacer la obligación por cualquiera de los hechos que pueden ser fuente de la misma"²²

El 24 de Abril de 1979 la sala de casación civil de la Corte Suprema de Justicia aceptó la validez de una cláusula de corrección monetaria incorporada en un contrato de compraventa, como medio de preservar el valor intrínseco de la parte insoluta del precio. Se basó en la autonomía de la voluntad. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes y no puede ser inválido sino por su consentimiento mutuo o por causas legales (CC.1602) la Corte hace una importante reseña de la doctrina extranjera sobre el particular recuerda como la jurisprudencia

²² Locus cit.



alemana aplicó estos criterios a raíz de las variaciones económicas de la primera guerra mundial y concluye con una cita de los hermanos Mazeud y André Tunc sobre la aplicación de este principio en materia de culpa aquiliana y en punto de responsabilidad contractual. Esta cifra incluye la reseña de varias providencias de los tribunales franceses de conformidad con las cuales el perjuicio se mide al momento de la sentencia y debe incluir las variaciones acaecidas entre este día y aquel en que ocurrió el daño.²³

Por último hay un reciente pronunciamiento de la Corte a raíz de una acción de resolución de un contrato de compraventa. La Corte estimó que el contratante incumplido, al título de indemnización del daño emergente, debe no solo reembolsar la parte del precio recibido, sino asumir el deterioro de dicha suma a fin de que el resarcimiento sea completo. Agregó que no se requiere estipulación contractual para que tal indemnización proceda. Fue preferida el 9 de Julio de 1979.²⁴

7.5 DERECHO DEL ASEGURADOR A ACCIONAR POR LA CORRECCION MONETARIA

²³ Locus cit.

²⁴ Ibid., Sentencia del 9 de Julio de 1979, Nº. 99 p.161.

Cuando se produce el siniestro, surge un derecho de crédito para el asegurado contra el tercero que provocó el daño cuyo contenido es la indemnización completa de los perjuicios ocasionados por razón del daño emergente y del lucro cesante. Esta es una típica obligación de valor como lo hemos visto, razón por la cual el asegurado puede reclamar la corrección monetaria de la suma que representa el valor de los perjuicios ocasionados. La cuestión ahora es indagar si el asegurador, por razón de la subrogación puede accionar también contra el tercero, a fin de que se le rozara el perjuicio emergente de la depreciación de la moneda.

La respuesta merece alguna reflexión, por cuanto el artículo 1096 del C.C. señala como límite del derecho del asegurador el monto de lo pagado al asegurado en cumplimiento del contrato de seguro. De modo que el interrogante formulado plantea, además la posibilidad de que la repetición del asegurador comprenda una suma nominalmente mayor a la pagada.

²⁵ Donati cita una sentencia del Tribunal de Roma en la cual se niega al asegurador el derecho a perseguir la

²⁵ DONATI, Antígono. Tratado del diritto delle assicurazioni private, Giuffrè. Milán 1954. Tomo II. p.479.

corrección monetaria. Por su parte Fontanarrosa²⁶ reseña dos providencias de sentido contrario; negativa la de la Suprema Corte de Buenos Aires y afirmativa la del Tribunal Colegiado de Rosario.

Nos inclinamos a creer que el asegurador si está dotado de esa facultad porque la mención del monto hasta el cual se limita el derecho del asegurador no puede tener el efecto de convertir una deuda de valor en una deuda dineraria. Además sigue persiguiendo el mismo valor intrínseco. Si el asegurador simplemente se limita a ocupar la posición del asegurado, no se ve ninguna razón para que sus derechos se enervan o recorten. La acción del asegurador por la parte del daño equivalente al monto de la indemnización pagada, ejercitada coetáneamente con la acción del asegurado por el resto. Sería absurdo que el asegurado pudiera perseguir la corrección monetaria y el asegurador no.

7.6 EL PAGO DEL SINIESTRO Y LA DEPRECIACION MONETARIA

Nos resistimos la tentación de abordar un tema colindante con el que se acaba de plantear, aunque no parte de la

²⁶ FONTANARROSA, Rodolfo O. Sobre la llamada subrogación del asegurador. Revista del derecho comercial. 1968. Depalma

cuestión objeto de la tesis, nos referimos a la posibilidad de que el asegurado o beneficiario incluyan dentro del monto de lo pedido una suma que les repare por el menor valor de la moneda por el lapso corrido entre la reclamación y el pago del siniestro.

El artículo 1080 del C.C. prescribe que el asegurador debe efectuar el pago del siniestro dentro de los 60 días siguientes a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite la concurrencia del siniestro y, si es del caso, el monto de la pérdida. Llegado el sexagésimo día del siniestro el asegurador está obligado a pagar, salvo que pueda demostrar los hechos o circunstancias que excluyan su responsabilidad. Vencido el plazo el asegurador deberá intereses moratorios a la tasa del 18%.

Por el asegurado o beneficiario, habría una posibilidad, podrá perseguir en lugar de los intereses, la indemnización de los perjuicios causados al asegurador. Siguiendo la docencia contenida en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, ya citada, la depreciación de la moneda hace parte de aquellos perjuicios, a título de daño emergente. Por tanto en vez de los intereses moratorios el asegurado o beneficiario podrá perseguir el resarcimiento de todos los perjuicios causados por el no pago del asegurador, entre los que se encontrarán derivados de la desvalo-

rización monetaria. Nótese que es ésta la única solución que salvaguarda la equidad y que consulta el mismo principio que inspiró el legislador para castigar al asegurador con intereses moratorios solo que por el paso del tiempo la tasa fija prescrita ha venido a quedar disuelta y hoy no alcanza siquiera a proteger al asegurado o beneficiario insatisfecho de los estragos de la depreciación de la moneda.

Debemos reprochar entonces la práctica de algunas compañías, que prevalidas de la obsolescencia de la tasa del 18% anual del interés moratorio niegan las reclamaciones con motivos fútiles con el criterio de que las demandas de un litigio judicial convertirán la suma debida por pago del siniestro y sus intereses en una cantidad mucho menor. A este criterio podrá oponer el asegurado o beneficiario la opción que la ley concede de renunciar a los intereses para perseguir el resarcimiento de los perjuicios, y entre ellos la depreciación monetaria. La justicia y la equidad tendrán que estar de parte de quien así procede. Todo esto se basa en el hecho de si el juez condena al asegurador al pago de la indemnización es porque expresa o tácitamente está declarando que los motivos alegados por la Compañía aseguradora no son valederos y en consecuencia ha incurrido el incumplimiento del contrato desde el sexagésimo día en que se le ha formulado adecuadamente la reclamación.

Como sustento axilógico de lo que acaba de decirse, se puede aseverar en consecuencia, que a partir del momento del siniestro surgen para el asegurador obligaciones de valor, al respecto el Artículo 1088 del Código de Comercio del cual se desprende el carácter indemnizatorio del seguro de daños.

Nótese que al tenor de lo dispuesto por el Artículo 1053 las objeciones que haga el asegurador tienen la virtualidad inmediata de enervar el mérito ejecutivo de la póliza. Pero para determinar si el asegurado tenía obligación de pagar la indemnización o no, las objeciones solo podrán examinarse dentro de un proceso plenario. No basta solamente la presentación formal del pliego de objeciones sino que el asegurador, pueda demostrar la validez de las mismas porque de lo contrario habrá incumplido el contrato de seguros no habrá cubierto el pago del siniestro en el momento en que la ley se lo mandaba, con las consecuencias que se han dejado reseñadas.

El Artículo 1090 autoriza a las partes para el pago de la indemnización se haga por el valor de reposición o de reemplazo del bien asegurado, no hace cosa distinta a permitir que los principios aquí expresados obtengan refrendación y acomodo en la libertad contractual ya que el valor de reposición irá acomodando a las variaciones

monetarias. Si la ley fija como límite de que el valor de la suma asegurada lo hace solamente para que al momento del siniestro el valor de la reposición no pueda exceder la suma asegurada, pero, colocando en mora al asegurador, se repite, debe asumir el pago de todos los perjuicios que ocasione el incumplimiento del contrato de seguros incluido el de la depreciación monetaria.

7.7 PROCEDENCIA DE LA SUBROGACION DEL REASEGURADOR EN LOS DERECHOS DEL ASEGURADO

Algunos autores, ante los cuales podría citarse a BENITEZ DE LUGO²⁷ sostiene que el reasegurador que paga al asegurador en cumplimiento del contrato de reaseguro, se subroga también en los derechos del asegurado contra el tercero causante del siniestro. Se basan para ello en la norma de conformidad con la cual el reasegurador comparte la suerte del asegurador en el desarrollo del contrato principal. En tal virtud agregan el reasegurador no solo asume las obligaciones derivadas del contrato respectivo, no solo corre con el riesgo, sino que también goza de las ventajas que la ley permite al asegurador.

²⁷BENITEZ DE LUGO, Luis. "Tratado de Seguros. Tomo III (Seguros de Daños). Instituto Editorial Reus. Madrid, 1955. p.252.

La Corte Suprema de Justicia de Colombia, sin embargo en providencia del 31 de Marzo de 1981 sostuvo la tesis contraria. Se basó para ello en que la subrogación legal solo tiene lugar cuando existe un texto expreso que lo consagre, sin que sea dado aplicarla por analogía a otros casos como la ha dicho la Corte Suprema de Justicia y lo exponen Ospina Fernández (Régimen General de las Obligaciones. Ed., temis, Bogotá 1976. p.470) Alessandri y Somarriva (d. Civil Ed. Nacimiento Santiago de Chile, 1941, tomo III, p.337 y Joserrand (Cours de droit positif francais rec sirey paris 1993 tomo II No 887, p.473)²⁸

²⁸Corte Suprema de Justicia, sentencia de 31 de Marzo de 1981 ponente Doctor Esquerra Samper. Publicada en Doctrina y Jurisprudencia, Mayo 1981. Tomo X, No.113. p.313.

8. SUBROGACION DE LA INDEMNIZACION A LA COSA HIPOTECADA O DADA EN PRENDA

El Artículo 1101 trae un caso de subrogación real, se entiende por tal el fenómeno jurídico consistente en el reemplazo de una cosa por otra. El ejemplo típico lo extrae la doctrina del régimen de la sociedad conyugal del cual están exentos algunos bienes. Dentro de la evolución del patrimonio de cada uno de los cónyuges, la ley prevee que algunos bienes sean reemplazados o subrogados por otros a los efectos de mantener en sus status de bienes propios del cónyuge no involucrado dentro de la masa de bienes de la sociedad conyugal.

Ese instituto previsto en la forma citada contiene como se dijo una especie de ese género más amplio denominado subrogación real.

Dice la norma:

"La indemnización a cargo de los aseguradores subrogará a la casa hipotecada o dada en prenda el efecto de radicar

sobre ella los derechos reales del acreedor hipotecario o prendario. Pero el asegurador que de buena fe, haya efectuado el pago no incurrirá en responsabilidad frente a dicho acreedor.

Lo expresado en este artículo supone un inmenso avance en relación con el antiguo 679 del Código de Comercio anterior, en virtud del cual "la cosa que hace la materia del seguro no es subrogada por la cantidad asegurada, para el efecto de ejercitar sobre ésta los privilegios e hipotecas constituidas sobre aquella".

En efecto, se ha eliminado el conflicto de normas existentes en la legislación anterior, resultante de comparar el régimen del Código de Comercio vigente a la sazón, con el Artículo 2446 del Código Civil que ordena extender la hipoteca a las pensiones devengadas por el arrendamiento de los bienes hipotecados y a la indemnización debida por los aseguradores de los mismos bienes.

En la actualidad por tanto el régimen civil de la hipoteca coincide con el régimen mercantil del contrato de seguros, en punto de la subrogación de la indemnización a la cosa hipotecada. Han quedado superadas, entonces las disputas de las cuales se ocupó la jurisprudencia (Sentencia del 4 de Abril de 1940 de la Sala de Casación Civil de la

Corte Colombiana) y la doctrina sobre la norma prevalente a esta materia.

Por su parte la extensión de la subrogación al contrato de prenda es encemiable, porque no hay razón para establecer dos regímenes jurídicos distintos uno el de la hipoteca y otro el de la prenda en el que el Código Civil no hacía mención de la subrogación. La intensa semejanza de la hipoteca y la prenda validan el criterio del Artículo 1101 de someter al mismo tratamiento la prenda y la hipoteca en cuanto dice relación con la figura comentada.

Por otra parte, la norma se aplica también a los casos de embargo, secuestro y derechos de retención, en un esfuerzo atinado de proteger a los acreedores y evitar la proligeración de litigios judiciales.

Solo resta por agregar que si el asegurador ha pagado de buena fe no incurrirá en responsabilidad frente al acreedor, precepto que consulta la lógica y la equidad, pues de lo contrario el asegurador correría un inmenso riesgo al pagar la indemnización respectiva. Es el tercer acreedor quien debe aguzar su vigilancia y desplegar su actividad para informar a tiempo a la aseguradora sobre la existencia del gravamen real, el derecho de retención o el embargo y el secuestro más simple nos parece esta

regla que la de otras legislaciones que obligan al asegurador a avisar a terceros, por medios masivos de comunicación sobre su propósito de pagar la indemnización.

CONCLUSION

El Seguro constituye hoy más que nunca una institución vital e imprescindible no solo en el área individual y familiar, sino en todas las actividades del mundo moderno de los negocios, el fundamento de este argumento lo encontramos en el siguiente análisis, por el contrato de Seguros el que mejor representa la solución adecuada, o ante el gravísimo problema del riesgo que de manera permanente, despiadada y ciega pone en peligro la vida del hombre, su integridad personal, sus ingresos, sus haciendas, sus empresas industriales y comerciales.

Sin embargo, así como el contrato de seguros ofrece soluciones adecuadas para los de los asegurados, así mismo ella se protege creando la Subrogación, quien permite al asegurado restaurar el fondo común o capital industrial aportado por los aseguradores y mantiene o conserva dicho capital en niveles idóneos para sus fines.

Para ser más concreta, la Subrogación evita en lo posible el empobrecimiento de las aseguradoras, quienes al recu-

perar lo que han pagado por indemnización obviamente mejoran o mantienen su solidez económica.

BIBLIOGRAFIA

ACOLDESE. "El Derecho de Subrogación en el Contrato de Seguros". VII Encuentro Nacional, Ponencia Capítulo de Manizales.

LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Aspectos Procesales del Contrato de Seguros, según la edición, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1980.

ORTEGA TORRES, Jorge. Código de Comercio. Séptima Edición, Bogotá-Colombia.

OSSA, Efrén. Tratado Elemental de Seguros. Primera Edición, Bogotá-Colombia.

ZULETA TORRES, Bernardo. El Contrato de Seguros en el Nuevo Código de Comercio, Marzo de 1972. Bogotá.