

El recobro del asegurador y sus efectos respecto del contrato de reaseguro: un comentario de la sentencia SC3272-2020 de la Corte Suprema de Justicia

Por Juan Felipe Sicard Arenas

El artículo 1096 del Código de Comercio consagra la subrogación del asegurador en las acciones del asegurado contra de los terceros responsables del siniestro; esta figura corresponde, como ya lo ha reconocido la jurisprudencia¹, a un caso de pago con subrogación legal, en virtud del cual se produce la sustitución del acreedor de la relación obligatoria por virtud del pago que ha efectuado un tercero².

Tradicionalmente, se ha estudiado la subrogación del asegurador y sus proyecciones exclusivamente de cara a su naturaleza jurídica y sus efectos, pero poco se ha estudiado cuál es la repercusión del ejercicio de este derecho respecto del contrato de reaseguro.

Este último cuestionamiento fue objeto de estudio por la Corte Suprema de Justicia a través de la sentencia SC3273-2020, que resolvió el recurso extraordinario de casación formulado por un reasegurador en contra de una sentencia que dirimió la controversia sostenida entre dicho reasegurador y una aseguradora reasegurada.

En términos generales, el proceso se motivó en que, según el reasegurador, la aseguradora incumplió el contrato de reaseguro celebrado entre estos, habida cuenta de que la demandada cedió su crédito como subrogataria del asegurado, por el pago del siniestro; para el reasegurador, la actuación de la aseguradora no fue diligente, pues la cesión que efectuó lo

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 18 de mayo de 2005, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, exp. 0832-01: “no impide considerar la acción subrogatoria a que se refiere el artículo 1096 del estatuto mercantil, bajo la égida de la subrogación establecida en el derecho común, de la que es, mutatis mutandis, una de sus aplicaciones individuales, por ministerio de la ley, esa misma que no empleó un vocablo o arquitectura diferentes a la de la “subrogación”, con todo lo que ello implica, muy especialmente de cara a lo consignado en el artículo 822 del Código de Comercio, esto es, a la integración preceptiva, en lo pertinente, en el campo de las codificaciones del *Ius privatum*”; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 16 de diciembre de 2005, M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar, exp. 05001-3103-016-1999-00206-01.

² Sobre este particular ha discutido la doctrina, habida cuenta que, para algunos, el asegurador no es un tercero, sin embargo, como bien lo explica Hinestrosa, el asegurador paga una obligación tanto ajena como propia, Hinestrosa, F. Tratado de las Obligaciones. Concepto, Estructura, Vicisitudes, 3^a ed., t. I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 423-424: “Pues bien, en aras de esclarecer esta especie de subrogación y de despojar al repudio de la corrección monetaria de la obligación pendiente de uno de sus soportes, vengan estas precisiones conceptuales y normativas. La ocurrencia de un daño genera una obligación indemnizatoria a cargo de quien lo causó en determinadas circunstancias y a favor de la víctima. Allí media una obligación autónoma, con definición pendiente de sentencia o de composición, o ya determinada, susceptible de pago por el propio deudor o por un tercero, esto es, alguien que no obra a nombre o por cuenta del deudor. La satisfacción del acreedor, por quien quiera que sea, en principio acarrea la extinción de la obligación. Solo que, excepcionalmente, cuando quien paga es un tercero y lo hace en una hipótesis singularmente prevista en la ley, el crédito subsiste trasladado *per ministerium legis* al tercero pagador. La figura de la subrogación exige ontológicamente pago por un tercero, pago de una deuda ajena y no propia. Y eso es lo que ocurre cuando el asegurador satisface la obligación a cargo del sujeto civilmente responsable: paga una deuda ajena; que si fuera propia no sería concebible la subrogación”.

privó de obtener una mayor suma de dinero del tercero responsable del siniestro, en razón de que se obtuvo *“menos de la mitad del valor de la acreencia subrogada”*.

La aseguradora se opuso a las pretensiones alegando que no le compete atender los intereses de la reaseguradora, de tal suerte que, en realidad, estaba plenamente facultada para efectos de ceder el crédito del que era acreedora. Además, adujo que era remota la restitución de lo pagado con cargo al contrato de seguro, al encontrarse el tercero responsable en trámite de liquidación judicial.

La primera instancia accedió a las pretensiones, al encontrar probado el incumplimiento del contrato de reaseguro; sin embargo, el fallador de segunda instancia decidió revocar la sentencia, pues, en su consideración, no se probó la culpa de la aseguradora al haber cedido el crédito del que era titular como subrogataria.

Así las cosas, el reasegurador interpuso recurso extraordinario de casación, solicitando, en términos generales, que se casara la sentencia recurrida y, en sede de instancia, se confirmara la sentencia de primera instancia.

Pues bien, la Corte Suprema de Justicia, luego de exponer los caracteres del contrato de reaseguro y sus principios, consideró, en oposición al fallador de segunda instancia, que la aseguradora sí incumplió el contrato de reaseguro.

Para esta Corporación, el asegurador en atención *“de los principios de equidad, comunidad de suerte y ubérrima buena fe, correlativos con la simetría contractual entre las partes del contrato de reaseguro, debe retribuir a su reasegurador la parte de la porción que pagó de la indemnización, deducidos los gastos que conllevaron. debe retribuir a su reasegurador la parte de la porción que pagó de la indemnización, deducidos los gastos que conllevaron.*

Obrar de manera distinta, comporta el uso arbitrario de la subrogación. El ejercicio de esa atribución por el asegurador-reasegurado, frente al reasegurador, comporta una posición dominante. La superioridad está dada por ser el titular exclusivo del derecho. Puede discrecionalmente decidir los medios y oportunidades para realizar el recobro de los valores resarcidos producto del acaecimiento del siniestro, incluyendo los sufragados por el reasegurador. El amplio poder de dirección y negociación en la complacencia de su derecho es evidente.

El reasegurador, entonces, frente a la satisfacción del reembolso de su importe, queda sometido al resultado de las gestiones realizadas por la aseguradora subrogada, en una aparente desventaja. El éxito de su recobro dependerá de la actuación exclusiva del reasegurado. Así mismo, del compromiso de restituirle, una vez recuperados, los dineros en proporción a su participación en la cobertura del riesgo”³.

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia SC3273-2020 del 7 de septiembre de 2020, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona, exp. 11001-31-03-013-2011-00079-01.

Con base en lo anterior, la Corte arribó, principalmente, a las siguientes conclusiones:

- (i) Que existe una obligación de medios en cabeza de la aseguradora, consistente en emplear su máxima diligencia de cara a obtener la restitución de los dineros pagados con ocasión del siniestro.

Esta obligación, reconoce la Corte, es de medios por cuanto el acreedor – reasegurador – se verá satisfecho con las gestiones y no con el “rescate de lo pagado”, además, dado que dichas gestiones dependen de factores externos al deudor, como lo puede ser la solvencia del tercero responsable o el éxito de la acción promovida por el asegurador, no se podrá exigir al asegurador un resultado en específico sino, en términos generales, su diligencia⁴.

- (ii) Que el reasegurador podrá reclamar de la aseguradora los perjuicios derivados del incumplimiento de dicha obligación, adelantado, por tanto, un proceso de responsabilidad civil contractual en el que, por tratarse de una obligación de medios, deberá probar, además de los demás elementos de la responsabilidad contractual, la culpa de la aseguradora⁵.

Así, en el caso concreto, la Corte consideró que se encontraba debidamente probada la culpa de la aseguradora demandada, por cuanto se probó en el proceso que ésta, de haber continuado en el proceso de liquidación judicial del tercero responsable, habría obtenido un valor superior al que obtuvo con ocasión de la cesión del crédito; al cesionario se le adjudicaron dos bienes que cubrieron el 100% del valor del crédito cedido, de tal suerte que

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 5 de noviembre de 2013, M.P. Arturo Solarte Rodríguez, exp. 20001-3103-005-2005-00025-01: “En la actualidad (...), el criterio más aceptado para distinguir uno y otro tipo de obligación se encuentra en la incidencia que en el concepto de cumplimiento pueda tener el que con la conducta debida se realice el interés primario del acreedor, es decir, que éste efectivamente obtenga el resultado útil o la finalidad práctica que espera lograr. En algunas obligaciones, el deudor asume el compromiso de desarrollar una conducta determinada en favor del acreedor, con el propósito de satisfacer el resultado esperado por éste; no obstante, si tal resultado también depende de factores cuyo control es ajeno al comportamiento del deudor, v.gr. elementos aleatorios o contingentes, la obligación, en dichos eventos, es de medio o de medios, y el deudor cumple su compromiso si obra con la diligencia que corresponda, aunque no se produzca la satisfacción del interés primario del acreedor. Por su parte, en otras obligaciones, las de resultado, el interés primario del titular del derecho crediticio sí se puede obtener con el comportamiento o conducta debida, toda vez que en ellas la presencia del componente aleatorio o de azar es exigua, y por ende, el deudor sí puede garantizar que el acreedor obtenga el resultado o logro concreto que constituye dicho interés primario”; Tamayo Jaramillo, J. *Culpa contractual. Su exigencia, prueba y graduación. Obligaciones de medio y de resultado*, Bogotá, Temis, 1990, p. 26 y 27. “el deudor solo se obliga a poner al servicio del acreedor los medios de los cuales dispone; de hacer toda diligencia para ejecutar el contrato. Se le llama a veces obligación de prudencia y diligencia. El contenido de la obligación de medios no es exactamente un hecho; es el esfuerzo del hombre, un esfuerzo constante, perseverante, tendente a la adopción de una actitud frente a sus propias cualidades para aproximarse a una finalidad deseada”;

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 19 de abril de 1993, M.P. Pedro Lafont Pianetta: “si la obligación es de medio allí se debe probar la culpa del deudor o autor del daño, mientras que si es de resultado, ella se presume de conformidad con el artículo 1604 del Código Civil”.

si la aseguradora no hubiese cedido el crédito, como quedó probado en este trámite, habría obtenido la restitución del 100% de la indemnización pagada con cargo al contrato de seguro.

En ese orden de ideas, para la Corte, la aseguradora no actuó con la diligencia debida en el ejercicio de la subrogación contra los terceros responsables del siniestro, pues esta *“al celebrar la cesión y desistir del recobro, obró con impericia y descuido, faltando al deber de buena fe en la gestión implícita de un derecho ajeno, el del reasegurador. Lo prudente, como era lo más obvio, en razón a la cuantía de la obligación insatisfecha, era informarle a este la situación de la acreencia, a efectos de que evaluara las ventajas de seguir exigiendo su pago en el trámite de insolvencia, en particular, porque su derecho de crédito se hallaba reconocido como especial frente al resto, el cual se pagaría preferentemente”*.

Por lo anterior, la Corte casó la sentencia de segunda instancia y, como juez de instancia, procedió a confirmar la sentencia de primera instancia, mediante la cual se declaró el incumplimiento de la aseguradora y se le condenó al pago del porcentaje de la indemnización que fue asumido por el reasegurador.

Las consecuencias de esta sentencia no son menores, pues, según la tesis allí sostenida, el asegurador podría comprometer su responsabilidad contractual en el caso de que, por ejemplo, renunciara a las acciones contra los terceros responsables del siniestro; renuncia que, aunque discutida en la doctrina, ha sido admitida de manera general cuando se produce con posterioridad al pago efectuado por el asegurador, es decir, con posterioridad a la operancia de la subrogación⁶.

Sin embargo, otra cuestión relevante ha de destacarse, y es la relacionada con el perjuicio que sufre el reasegurador, con ocasión del incumplimiento por parte del asegurador de la obligación de medios previamente indicada: ¿se trata de un daño emergente, un lucro cesante o una pérdida de oportunidad?

La Corte no estudió este particular y, desafortunadamente, se desconoce el análisis que sobre el daño realizó la primera instancia.

No podría tratarse de un daño emergente, pues la erogación patrimonial que efectuó el reasegurador la realizó en cumplimiento del contrato de reaseguro; una vez se realizó el riesgo asegurado por el contrato de seguro, el reasegurador se vio conminado a pagar el porcentaje asumido de la indemnización según el referido negocio jurídico; así, en realidad, dicha erogación no fue producto del incumplimiento del asegurador, es decir, no se derivó como consecuencia de que el asegurador actuó con negligencia al ceder el crédito subrogado.

Así, si bien es cierto que la reaseguradora sufrió un egreso patrimonial, dicho egreso se efectuó con apego al contrato de reaseguro o, lo que es lo mismo, en cumplimiento del

⁶ Ossa, E. Teoría general del seguro: el contrato, Bogotá, Temis, 1984.

negocio jurídico, por lo que la pérdida no proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento.

Resulta interesante cuestionarse si se trata o no de un lucro cesante, pues, en realidad, como bien se logra comprender de la naturaleza de la obligación del asegurador, no hay una certeza absoluta de que el reasegurador obtendrá la restitución del 100% del importe pagado por este, por el contrario, está sometido a un azar, producto, precisamente, de que comparte y sigue la suerte del contrato de seguro; si el asegurador no tiene certeza absoluta de que obtendrá la restitución de todo el importe pagado, mucho menos podría tenerla el reasegurador⁷.

Y se afirma que la aseguradora no tiene certeza absoluta de obtener la restitución del importe pagado porque esta, al haberse subrogado “en las acciones del asegurado”, deberá ejercitar las acciones respectivas y perseguir a los terceros responsables del siniestro por los caminos judiciales y extrajudiciales a que haya lugar; en ese sentido, como bien lo admitió la Corte, la restitución no depende exclusivamente de la aseguradora, pues bien podría obtener una sentencia que ordene la restitución pero que no preste ninguna utilidad, por ejemplo, por la insolvencia del tercero responsable del siniestro.

Además, si la aseguradora debe iniciar un proceso judicial para obtener la restitución de lo pagado, cuando los terceros responsables del siniestro se nieguen a cumplir espontáneamente su obligación, es claro que allí aquella se someterá a un alea, habida cuenta de que, como en todo proceso, no existe la certeza absoluta de obtener una sentencia favorable a las pretensiones.

La manera de determinar la oportunidad variará, como lo afirma la doctrina más especializada, de la fortaleza de las pruebas y de los pormenores de cada proceso; pero, por la naturaleza de las circunstancias, lo más apropiado es sostener que el reasegurador sufre una pérdida de oportunidad o, como hoy en día se ha planteado, como sustituto, la disminución de la esperanza de un evento⁸.

Entonces, en realidad, al incumplir la obligación de medios que ha estructurado la jurisprudencia, la aseguradora priva a la reaseguradora de beneficiarse del ejercicio de todas

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 24 de junio de 2008, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena, exp. 11001 3103 038 2000 01141 01: “Tratase, pues, de la pérdida de una contingencia, de evidente relatividad cuya cuantificación dependerá de la mayor o menor probabilidad de su ocurrencia”, evidenciando una clara diferencia con el lucro cesante, el cual constituye “la pérdida de una utilidad que se devengaba realmente cuando el acontecimiento nefasto sobrevino, la pérdida de un bien con comprobada actividad lucrativa en un determinado contexto histórico”; Trigo Represas, F., *Pérdida de chance. Presupuestos Determinación Cuantificación*, Buenos Aires, Astrea, 2008, p. 262: “En rigor, la diferencia entre ambos institutos se encuentra sólo en los grados de certidumbre del daño o, si se prefiere, en el porcentaje de posibilidades de cada uno. Así, Le Tourneau ha dicho que el lucro cesante no puede ser confundido con la pérdida de chance: el lucro cesante es una pérdida de una ganancia cierta, mientras que la pérdida de chance es una pérdida de una ganancia probable”.

⁸ Gómez Pérez, J, *La pérdida de oportunidad: su origen, su evolución y su necesaria reconceptualización*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2023.

las acciones a que había lugar en contra de los terceros responsables del siniestro y, por lo tanto, el reasegurador defraudado no podrá reclamar para sí la indemnización de un lucro cesante, sino, más bien, la indemnización por la pérdida de la chance de beneficiarse de adelantar las acciones de manera diligente y, de esta forma, obtener la restitución de la mayor suma de dinero posible.

En el caso objeto de análisis, la Corte concluyó que, no obstante que el responsable del siniestro se encontraba en liquidación judicial, las pruebas daban fe de que la aseguradora, de no haber cedido el crédito, habría obtenido la restitución total del importe pagado; sin embargo, esta posición parece errada, pues, en realidad, la aseguradora sí estaba sometida a un alea: al alea propia de todo proceso judicial, como lo es el de liquidación judicial.

Así las cosas, la Corte debió realizar un análisis más riguroso acerca del perjuicio que sufrió la reaseguradora en el caso concreto, pues, se considera, lo más acertado era concluir que esta sufrió una pérdida de oportunidad y no un lucro cesante, lo que, por supuesto, varía el *quantum* y la liquidación de la indemnización.

Por lo tanto, y, del análisis efectuado, en los eventos en los que la aseguradora no cumpla la obligación de medios que la sentencia objeto de análisis estructuró, no es apropiado que el reasegurador reclame la indemnización de un lucro cesante, pues verá frustrada su acción al no acreditar un elemento axiológico de la responsabilidad contractual, siendo más apropiado, entonces, que acuda a la pérdida de oportunidad, acreditando, con ello, el daño, y superando cualquier discusión sobre éste.