

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**SALA CIVIL**

**LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA**

**MAGISTRADO PONENTE**

**SC3273-2020**

**RADICACIÓN: 11001-31-03-013-2011-00079-01**

**(APROBADO EN SALA VIRTUAL  
DE ONCE DE JUNIO DE DOS MIL VEINTE)**

**BOGOTÁ, D. C.,  
SIETE (7) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020)<sup>1</sup>**

**Los hechos**

Los hechos consignados en la sentencia son los siguientes:

QBE del Istmo Compañía de Reaseguros-Inc. y Seguros del Estado SA. celebraron contrato de reaseguro proporcional, tipo “cuota parte”, con un límite de \$5.000’000.000. El valor del siniestro se pactó, para la primera en 75%, y respecto de la segunda, en 25%.

El objeto del contrato consistió en cobijar el riesgo de cumplimiento amparado por Seguros del Estado a la Bolsa Nacional Agropecuaria S.A. (BNA S.A.). “El seguro protegía a Inaves Fuenterrabia S.A. del riesgo de incumplimiento de obligaciones por la expedición de certificados avícolas de operaciones bursátiles”.

La afianzada, Inaves, desatendió los compromisos adquiridos. La asegurada beneficiaria, BNA S.A., formuló la correspondiente reclamación y se le remuneró la suma de \$4.144.000.000, cancelada, en alícuota parte, entre la aseguradora y reaseguradora en los porcentajes arriba discriminados.

Seguros del Estado S.A. se subrogó en los derechos de la asegurada beneficiaria. En esa condición intervino en el proceso de reorganización empresarial y finiquito de

---

<sup>1</sup> Reseña elaborada por la Dra. María Cristina Isaza Posse. Abogada Universidad Javeriana. Especialista y Magistra en Derecho de Seguros, Universidad Javeriana. Asesora y Consultora. Profesora Universitaria. Contacto: mcisaza@isazaposse.com

Inaves donde su crédito se admitió con el sello de privilegiado “por tener origen en una operación bursátil”.

La aseguradora cedente, sin haber recibido a satisfacción el pago, a espaldas de la reaseguradora, mediante contrato de cesión, transfirió el crédito por \$1.000.000.000 a Avícola Miluc SAS.

El precio de la transacción fue lesivo, pues la aseguradora cedente recibió del cesionario menos de la mitad del valor de la acreencia subrogada. La situación perjudicó el patrimonio de la reaseguradora, al impedirle percibir el 75% de su monto, máxime cuando esa cifra estaba reconocida per sé en el concurso y garantizada su pago con privilegio.

Seguros del Estado S.A. desconoció las prestaciones del reaseguro, al celebrar la cesión y renunciar al recobro del 100% de lo indemnizado por vía de la subrogación. De esa manera frustró a la demandante de obtener el reembolso de la parte que costó.

## **La contestación de la demanda**

La aseguradora demandada se opuso a las pretensiones, alegando que carecía de facultades y no tenía deberes jurídicos para agenciar los intereses de la reaseguradora. Por tanto, no tenía obligación de procurar satisfacerlos a costa de su propio beneficio. Sostuvo que celebró la cesión con plena autonomía.

El valor limitado de la negociación lo justificó por ser remoto el recaudo del 100% del importe reconocido en el trámite liquidatorio. Tomando en consideración que (i) los demás acreedores de la intervenida se opusieron al pago privilegiado; (ii) los bienes de la masa concursal se depreciaron gradualmente; y (iii) su adjudicación se realizarla en común y proindiviso. Motivos que llevaron a la aseguradora a tomar la decisión de celebrar la cesión de los derechos en el proceso concursal.

## **Primera instancia**

Se accedió a las pretensiones de la demanda por considerar que la aseguradora desconoció las obligaciones surgidas del contrato de reaseguro. En especial, la prevista en el art. 1096 del Código de Comercio, dado que al ceder el crédito subrogado recibió como contraprestación una suma ínfima, respecto de su verdadero precio. De ese modo, privó a la reaseguradora de recuperar la alícuota parte que pagó por concepto del valor afianzado en la relación asegurativa primigenia.

Así las cosas, condenó a la entidad demandada a pagar la suma solicitada, incluida la indexación, para un total de \$3.526443.224.16, empero, sin intereses moratorios.

## **Segunda instancia**

El superior, al resolver la apelación de la convocada, revocó la determinación del *a-quo*.

## **Sentencia del tribunal**

El Tribunal, al analizar la acción resarcitoria contractual, no halló probada la culpa de la aseguradora cedente.

Refirió que las particularidades propias del contrato de reaseguro celebrado por las partes les exigía “lealtad” y “rectitud”. Si alguno prescindía de su cumplimiento, incurriría en responsabilidad.

En desarrollo del principio de la comunidad de suerte (art. 1134, Código de Comercio), sostuvo que cuando la reasegurada se subroga en el recobro de la indemnización (regla 1096), debe restituir a la reaseguradora, en todo o en proporción, la suma recuperada. De no hacerlo, habría un enriquecimiento injustificado, debiendo, por tal motivo, resarcir a su contraparte.

Lo anterior, siempre y cuando la aseguradora obrara de mala fe, conducta que debía probarse por quien la alegaba, acreditando el elemento subjetivo, esto es, tendencia a defraudar, causar daño o afectar patrimonialmente a la otra parte, o por y el actuar descuidado, deshonesto.

Es cierto, dijo, la demandada al suscribir la cesión., lo hizo de manera desequilibrada, porque la transferencia la realizó por un valor inferior de la mitad de su precio. Con todo, justificó su proceder por razones económicas y de conveniencia, concluyendo que no actuó de mala fe. Fundó su decisión en las vicisitudes propias del trámite concursal, ente otras, la pugna entre acreedores por hacer valer la superioridad de sus créditos, así como el valor irrisorio de algunos de los activos de la compañía intervenida, con los cuales se saldarían los pasivos.

Con relación a los bienes, muebles e inmuebles, por cuanto se adjudicarían en común y proindiviso a los titulares de las acreencias. Esta situación motivaría mayores gastos para la aseguradora, pues tendría que promover los litigios divisorios para diluir una posible comunidad futura.

La devaluación de los activos, según el avalúo rendido en el proceso, tasado inicialmente en \$19.085.131.558, se depreció después en \$7.115.525.935. Específicamente, en lo atinente a la “bodega” que pagaría la deuda a la aseguradora, estimada apenas en \$1.644.005.000.

En adición, afirmó que la aseguradora no tenía obligación de consultar o recibir autorización de la actora en las gestiones de recobro de la indemnización. Así existiera dependencia entre los contratos de reaseguro y seguro, tratándose del primero, la reasegurada tenía plena autonomía en las labores del reembolso. Salvo, claro está, que haya actuado sin probidad, con la voluntad de mermar el patrimonio de la actora, aspecto que no fue demostrado.

Para el Tribunal, se echaba de menos la prueba de que ese negocio, se hubiere hecho para lesionar el derecho de la reaseguradora a recuperar lo sufragado por el resarcimiento del siniestro.

## **Demanda de Casación**

La demandante recurrente formuló tres cargos. La Corte limita el resumen y el estudio al primero, por cuanto está llamado a prosperar por su carácter totalizador.

### **Cargo primero**

Denuncia la violación de los arts. 63, 1494, 1495, 1502, 1546, 1602, 1603, 1604, 1626 y 1627 del Código Civil; 1, 2, 822, 864, 871, 1041, 1043, 1074, 1096, 1134 y 1135 del Código de Comercio; como consecuencia de la comisión de errores de hecho probatorios.

Según la recurrente el Tribunal prescindió el expediente del concurso y finiquito de Inaves Fuenterrabia S.A., en particular, el auto de 24 de agosto de 2011, proferido por la Superintendencia de Sociedades, por medio del cual se liquidaron los bienes de la sociedad concursada.

Prueba demostrativa, de una parte, del reconocimiento del crédito subrogado, inclusive, con la característica de preferente o privilegiado a los de “primera clase”, al emanar de una obligación bursátil proveniente de *commodities* agropecuarios, según lo dispuesto el Decreto 1511 de 2006. De ese modo, su pago sería ajeno a las reglas del concurso, sin oposición de los demás deudores, pues se haría por fuera de la masa. Y de otro, porque la cesionaria, Avícola Miluc S.A., fue reconocida como tal, a quien se le adjudicó, por el 100% de la acreencia, un inmueble de la deudora, avaluado en ese trámite en \$3.761.742.458. Consiguientemente, la satisfacción de la obligación nunca estuvo en riesgo.

Así mismo, tergiversó el dictamen pericial rendido en el trámite de primera instancia. En efecto la depreciación de los activos de Inaves Fuenterrabia S.A. no suponía, *per sé*, que serían exiguos para colmar el total de la deuda. Y el estimativo de \$7.115-525.935, era apenas suficiente para cubrir los \$4.144.000.000 adeudados.

Para la recurrente, la apreciación objetiva de la experticia, junto con los autos aprobatorios de inventarios y avalúos, y el de adjudicación, proferidos en el juicio de reorganización y liquidación, demostraban que el crédito, una vez cedido, se canceló íntegramente.

Igualmente, desfiguró los contratos de reaseguro y de cesión de derechos. El primero, porque al ser evidente que, a la demandada, una vez subrogada para recobrar lo indemnizado, le asistía el deber “convencional” de obrar no sólo con buena fe, sino con diligencia y cuidado. Y en el segundo, al no advertir que la aseguradora, como cedente, “conocía y aceptaba” expresamente el privilegio y la prelación de su crédito de tipo bursátil en el mencionado finiquito.

Concluye que los errores de hecho probatorios denunciados llevaron a concluir de manera errada que la demandada no actuó con malicia, al ceder el crédito a un tercero, inclusive por menos de la mitad, ante la improbabilidad de cobrarlo eficientemente.

En realidad, la acreencia, nunca estuvo en riesgo de impago, por cuanto al cesionario, posteriormente, fruto del juicio liquidatorio le fue satisfecha plenamente.

## **Consideraciones de la Corte**

Define el contrato de seguro y el riesgo cuya realización determina el surgimiento de la obligación de la aseguradora. Señala cómo el seguro involucra otras instituciones y su efectividad no solo depende de la solvencia futura del asegurador, sino de la responsabilidad técnica, legal y financiera frente al ejercicio de su actividad profesional.

El reaseguro, facilita el comercio de seguros. En virtud de la transferencia o dispersión de riesgos, las aseguradoras pueden ampliar su capacidad de emitir pólizas frente a nuevas y costosas contingencias. Así protegen la solidez de su patrimonio.

## **El reaseguro**

Estudia luego la Corte el contrato de reaseguro señalando su noción y naturaleza como seguro de nacimiento de deuda, como el seguro de la aseguradora, quien cede el riesgo que gravita sobre su patrimonio derivado de la obligación a su cargo con ocasión del contrato de seguro originario celebrado. Señala además que el asegurado en el contrato de seguro originario carece de acción directa contra el reasegurador.

Resalta la función económica del reaseguro en cuanto amplía la capacidad financiera de las aseguradoras para asumir riesgos. Pone de presente la aplicabilidad de las normas relativas al seguro y la importancia que reviste el hecho de ser un contrato celebrado entre profesionales, lo que justifica la escasa regulación en esta materia y la autonomía con que cuentan las partes para establecer los términos y condiciones que regirán el acuerdo. Todo esto sin perjuicio de las leyes, como la buena fe y orden público que revisten carácter imperativo.

## **Principios del Reaseguro**

El art. 1134 del Código de Comercio consagra los principios de comunidad de suerte y de buena fe que rigen el contrato de reaseguro.

## **La Comunidad de suerte**

Dice textualmente la Corte:

“La comunidad o ‘solidaridad de suerte’: se refiere a la participación coincidente y concomitante del reasegurador en los resultados (económicos, técnicos, jurídicos), tanto favorables como adversos, obtenidos por el asegurador-reasegurado en el desarrollo del seguro primigenio.

Significa que las consecuencias derivadas del contrato de seguro original que afecte, condicione, involucre o beneficie al asegurador directo, redundan igualmente en el reasegurado”.

## La buena fe

En materia contractual, conforme a lo dispuesto por el art. 1603 del Código Civil, los “contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley pertenecen a ella”.

“La institución es comprendida como el deber de las partes de obrar con lealtad en las relaciones jurídicas y respetar lo textualmente pactado en los negocios y actos jurídicos. También, la de propender, recíprocamente, la realización de las expectativas legítimas que tiene su contraparte frente al acuerdo, aun cuando para ello, deban desplegar conductas no señaladas literalmente en él, pero si afines a este. De tal forma, el principio reviste importancia analítica en los contratos en todas sus etapas y adquiere una actividad integradora, interpretativa y equilibradora.

“La función integradora (i)<sup>10</sup> permite a la buena fe adherir todas aquellas obligaciones secundarias o adicionales no previstas por las partes al celebrar y ejecutar el contrato. Incorporadas, garantizan la consolidación de los intereses legítimos de la parte afectada por su silencio”.

*La función interpretativa (ii) de la buena fe, logra fijar el alcance de las cláusulas ambiguas, imprecisas u obscuras. Configura un parámetro hermenéutico, consistente en preferir siempre el sentido que logre de mejor manera satisfacer los intereses de las partes involucradas, bajo el marco de los postulados de honradez, fidelidad y probidad derivados de dicho principio.*

*La aplicación de la función equilibradora (iii), se utiliza para preservar y restablecer la paridad contractual de los contratantes. En particular, cuando su desajuste es consecuencia del sistema masivo de contratación comercial. Su característica, entre otras, es la estandarización de las relaciones jurídicas, la asimetría de las partes, la posición dominante, y la regulación estatal.*

Señala la Corte como la situación compromete a la reasegurada a

“actuar con probidad y diligencia profesional, a comunicar con transparencia y oportunidad todos los hechos incidentes en la apreciación del riesgo, en el pago, en el recobro, entre otros relevantes para el objeto convenido”.

A su vez, legitima a la reaseguradora para reclamar toda conducta dirigida a ocultar información vital sobre el siniestro o derivada de declaraciones erróneas o inexactas.

## Otros principios

“Además de los expuestos, se entretajan en éste texto, los de simetría y paridad contractual entre las partes del reaseguro, los de cumplimiento de los deberes primarios y secundarios ya expuestos junto a la buena fe y como parte de ella también, los principios generales de derecho con especial incidencia del de equidad, el principio de relación exclusiva entre asegurador-asegurado y reasegurador mediado por virtud de la conexidad jurídica, funcional, técnica y económica entre las partes; el principio de la existencia en el contrato de reaseguro de cláusulas expresas y tácitas de cooperación; y por supuesto, por hallarse el contrato en el ámbito del Estado constitucional y social de Derecho, los principios, valores y derechos constitucionales como base

de la ética negocial en las circunstancias de carencias normativas para resolver los conflictos entre los contratantes. Todos estos principios aparecen expuestos y como base de la solución del caso, a lo largo de estas consideraciones en pos de hallar una solución justa”.

## **Derecho de subrogación**

Quien sufraga una obligación ajena queda facultado para recuperar su importe, evitando el enriquecimiento injustificado del deudor, conforme a lo dispuesto por el art. 1666 del Código Civil.

El art. 1096 del Código de Comercio, permite al asegurador subrogarse en los derechos del asegurado para reclamar al responsable del siniestro el importe pagado. Lo faculta para obtener del responsable del siniestro el reembolso de lo que remuneró por concepto del seguro. La aseguradora adquiere el mismo derecho que antes residía en la órbita patrimonial del asegurado.

Conforme al art. 1097, al asegurado le está prohibido renunciar a sus derechos frente a terceros responsables del siniestro. Adicionalmente, le impone hacer todo cuanto esté a su alcance para permitirle al asegurador el ejercicio de la subrogación de origen legal (art. 1098).

Lo dicho implica que, frente a un contrato de seguro válido, el pago de la indemnización por el asegurador hace viable el ejercicio de la acción de subrogación. Engendra tanto la legitimación en la causa como el interés para obrar por parte de la aseguradora.

## **El problema en casación**

La problemática gira alrededor del menoscabo patrimonial del reasegurador por el ejercicio autónomo y privilegiado del asegurador-reasegurado de la acción de subrogación. “Pudiendo recuperar la totalidad de lo indemnizado, prefirió aprehender la fracción de su importe, renunciando al porcentaje equivalente a lo pagado por el reasegurador”.

La cuestión radica en que el art. 1096 del Código de Comercio no asigna la titularidad de la acción subrogativa al reasegurador, así haya soportado, proporcional o íntegramente, las consecuencias económicas del siniestro acaecido bajo una póliza de seguro objeto de cobertura también en el reaseguro. No existe un derecho de subrogación en cabeza del reasegurador. La ley no lo confiere y tampoco permite activarlo cuando la aseguradora cedente sea negligente o indiferente para ejercer esa garantía contra los terceros responsables de la ocurrencia del riesgo asegurado original.

Lo anterior, no implica que la cedente, en caso de recuperar el importe pagado, se lucre injustamente de esa actividad. En cumplimiento de los principios de equidad, comunidad de suerte y ubérrima buena fe, correlativos con la simetría contractual entre las partes del reaseguro, debe retribuir a su reasegurador la parte correspondiente, deducidos los gastos que conllevaron.

Obrar de manera distinta, comporta el uso arbitrario de la subrogación. El ejercicio de esa atribución por parte de la cedente, frente al reasegurador, comporta una posición dominante. La superioridad está dada por ser el titular exclusivo del derecho. El poder de dirección y negociación es evidente.

La obligación de la cedente frente al reasegurador es una obligación de medio, la aseguradora cumplirá con su obligación desplegando las gestiones idóneas e indispensables tendientes a obtener el recobro.

*En consecuencia, la conceptualización es de vital importancia con miras a establecer la responsabilidad contractual. Para su éxito, además de la convención, se debe probar la culpa del demandado, la prestación incumplida o deficientemente satisfecha, el menoscabo sufrido, y el nexo de causalidad necesario entre estos últimos.*

## **Los deberes contractuales y el reaseguro**

La Corte señala algunos deberes de imperiosa observancia en el campo de la responsabilidad profesional y de las relaciones inter-empresariales. Entre estos incluye el principio general de la buena fe (*bona fides*), tanto en el sentido objetivo como en el subjetivo, mediante los deberes primarios y secundarios de prestación.

Los primarios, corresponden a los compromisos que el deudor asume para con el acreedor. Atienden lo expresamente pactado o lo que el ordenamiento positivo consagra para el modelo contractual seleccionado, típico o atípico. Los secundarios, se denominan también como conexos o accesorios, colaterales, complementarios o contiguos a los primeros. Entre los más relevantes se encuentran los de protección o seguridad, información, control, consejo, fidelidad o secreto. Pactados o no, o ser de procedencia legal, se integran al contenido de la obligación.

Los deberes de protección o de seguridad, implican desplegar cuidado, cautela y atención para no causar daños y preservar los derechos y, además, para proteger las negociaciones.

La obligación de información idónea y veraz se extiende desde la fase precontractual, durante su ejecución y aun en la etapa posterior. Sin desmedro de la carga de auto-información que compete a cada interesado, con ello se pretende lograr el adecuado conocimiento de las condiciones de la negociación y sus efectos.

Más allá de la comunicación, surgen compromisos de consulta, consejo, asesoría y asistencia. Tienen por finalidad advertir las ventajas y desventajas de ciertas decisiones, incluyendo situaciones conflictivas que se puedan presentar en el mercado. También se pueden incluir, los actos de fidelidad que buscan privilegiar la confianza y el cumplimiento contractual para evitar incursionar en conflictos de intereses; y los de reserva o secreto, alusivos a la discreción de la información y datos recibidos durante las conversaciones, para no divulgarlos ni difundirlos en perjuicio de la otra parte.

Como en el reaseguro, el asegurador-cedente, traslada parte de los riesgos a su cargo, al reasegurador para diluir una cuota de su riesgo, transfiriendo una fracción de la prima, en proporción al capital cedido, como efecto de división y reparto de riesgos,

en todo el sistema aseguraticio; es patente, que se anuda una comunidad de suerte ante el siniestro; de consiguiente, la ubérrima *buona fides*, la buena fe contractual, la equidad y los principios generales del derecho; los principios, los valores y los derechos constitucionales constituyen el antídoto ideal contra los desequilibrios económicos e iniquidades, y un medio para rehuir el enriquecimiento injusto, el abuso del derecho y todo aprovechamiento injusto que en esa relación jurídica puedan emerger.

Se impone, entonces, correlativa y proporcionalmente al riesgo cedido, que el reasegurador participe o reciba la parte equitativa del recobro o “recupero”, obtenido por el asegurador subrogado del responsable o causante del siniestro, aún con intereses; precisamente, por cuya virtud hubo de pagar la indemnización al beneficiario del seguro.

Es el resultado de la mutua confianza retrocesiva que subyace en las obligaciones y deberes primarios y secundarios de conducta. Implica que la parte proporcional recuperada del riesgo asegurado sea restituida a la reaseguradora. Así como la comunidad de suerte hace perentorio que esta última corra con el albur de las consecuencias negativas, ello también cabe decirse con las resultas positivas, en el caso de que, por vía de la subrogación legal, la aseguradora, titular exclusiva de este derecho por disposición legal, recupera una parte o el todo de lo indemnizado frente al causante del daño asegurado.

Luego de reiterar la independencia que existe entre el contrato de seguro y el de reaseguro, afirma

“...no es equitativo, que cuando el reasegurador cubra cuanto le corresponde por el contrato de reaseguro, y careciendo de acción subrogatoria como derecho propio, no tenga derecho ni acción distinta contra el asegurador cedente, contumaz ahora con lo reembolsado por el autor del daño, para obtener su restitución en proporción a lo contribuido con la indemnización”.

Señala la Corte la importancia y el alcance de los principios de comunidad de suerte y de extrema buena fe que deben regir las relaciones entre cedente y reasegurador derivadas de la celebración del contrato de reaseguro.

*Las consideraciones expuestas señalan a las claras que dada la inexistencia de normas específicas en el orden jurídico interno, la aplicación de los principios expuestos y de los deberes recíprocos de protección e información en el contrato de reaseguro, en concurso con los valores, principios y derechos constitucionales, tanto antes como después de la celebración del contrato, resultan viables en su gobierno y alcance para la ejecución del contrato, efectos y consecuencias, como su incumplimiento. Inclusive, en este asunto, durante el ejercicio de la acción de subrogación, pues atañe a los intereses de las aseguradoras, y a los efectos que se diseminan hacia los amparados con las pólizas.*

Señala la Corte el acierto del Tribunal al considerar que la cesión del crédito por un valor muy inferior a su valor nominal fue lesivo para el reasegurador. Así mismo señala, no se equivocó al inferir que no ejercer el recobro en favor del reasegurador generaba responsabilidad contractual cuando su gestión fuera descuidada y de mala

fe. Sin embargo, el Tribunal negó las pretensiones del demandante por no encontrar probado que la gestión de la cedente hubiese sido descuidada o de mala fe.

Procede, dice la Corte, determinar si eran o no justificadas las razones aducidas por la cedente para celebrar la cesión tomando en consideración que con ello renunció a la subrogación frente al causante del siniestro, quien se encontraba en trámite de insolvencia.

*El problema en casación, entonces, tendrá como base la decisión del ad-quern, relacionada con establecer si la aseguradora reasegurada, subrogada en los derechos del asegurado directo, se obligaba con el reasegurador a gestionar la recuperación del importe por él pagado, esto es, la suma de \$3.108.000.000.00, correspondiente al 75% del riesgo asumido, según los términos del reaseguro.*

*Lo anterior, agrega, cobró certeza cuando a Avícola Miluc S.A., cesionaria de Seguros del Estado S.A., le fue adjudicado, por el 100% del crédito, un inmueble de la deudora, avaluado en ese trámite por \$3.761742.458. Por esto, la satisfacción de la obligación nunca sufrió riesgo.*

*El Tribunal, refiriéndose al trámite de insolvencia, aseveró que el privilegio asignado al crédito de Seguros del Estado IA., no era de tal entidad, pues compartía esa prerrogativa con otras acreencias igual de importantes, debiendo entonces concurrir frente a la masa concursal, en idénticas condiciones. Igualmente asentó que los bienes provistos por Inaves Fuenterrabia SA. para pagar las deudas, no garantizarían completamente su saldo, pues además de depreciados, se adjudicarían en común y proindiviso a todos los acreedores.*

*Analizados por la Corte los documentos obrantes en el proceso, concluye: Así las cosas, si el derecho de recobro de la obligación, en cuanto a su reconocimiento, no se hallaba provisto de contingencia por causa de la estructuración y finiquito de Inaves Fuenterrabia S.A., la conclusión resulta contraevidente. Si su ventaja se admitió frente a los demás créditos, decisión que adquirió firmeza luego de culminar la oportunidad de réplica por la pluralidad de acreedores, el Tribunal no podía concluir su inferioridad y subordinación frente al común de los demás pasivos.*

*Lo mismo debe decirse del otro argumento esgrimido por el Tribunal, según el cual, el crédito cedido, aun peculiar y preferente, no se recuperaría en un cien por ciento debido al valor irrisorio de los activos de la sociedad intervenida, y su probable e inevitable adjudicación en comunidad al conjunto de acreedores.*

*El ad-quem, sin embargo, pasó de largo sobre el contenido objetivo de la prueba. De haberlo hecho, habría determinado que la correcta ponderación entre la masa activa y el concurso de acreedores benefició a Avícola Miluc S.A., cesionaria de Seguros del Estado S.A., en cuanto se le adjudicó un inmueble por \$3.761.742.458 (el 90,773% de \$4.144.000.000). Solo el 10% restante fue garantizado con la transferencia en comunidad de una planta incubadora.*

*El Tribunal, por tanto, no podía dejar sentado que el “recupero” de lo indemnizado no podía tener posibilidad de pago o beneficio en la insolvencia. Tampoco, que la cesión celebrada por la demandada con Avícola Miluc S.A. se encontraba plenamente*

*justificada. Menos, como consecuencia, que no hubo incumplimiento culpable o de mala fe del reaseguro con ocasión de la acción subrogatoria.*

*Cuestión distinta es si la bodega que enjugó parte de la acreencia se devaluó con posterioridad a la adjudicación, aspecto que sería irrelevante, por cuanto la cesión debatida se celebró en función de las incidencias de la estructuración y finiquito, mas no en consideración al precio acertado del señalado inmueble.*

*Con todo, el juzgador acogió el dictamen rendido en instancia, estableciendo como valor comercial del bien, en 2012, la suma de '\$1.644'005.000 (sic)'. Adujo que su tasación en el concurso, en 2008, por \$3.761/42.458, "se mostraba (...) exagerada". Por tal razón concluyó que la obligación en realidad no fue satisfecha plenamente.*

*Contrastado lo precedente, se observa que el sentenciador, en cuanto hace al cálculo del avalúo y depreciación del predio, desfiguró la prueba pericial. Sin razón alguna acogió la cifra menor calculada, soslayando la inconsistencia frente a la depreciación,*

*Estimada en \$2.821.306.844; no siendo entonces claro, cuál era realmente su valor a 2012.*

*Para el Tribunal, la entidad demandada no había actuado de mala fe o con culpa, en cuanto la cesión de su crédito en el proceso de liquidación en las condiciones discurridas se justificaba por "(...) razones económicas y de conveniencia (...)". Al quedar desvirtuadas en casación esas exculpaciones económicas y de conveniencia, significa que las bases en las cuales edificó la ausencia del elemento subjetivo de la responsabilidad contractual, desaparecieron. La mala fe o culpa, en consecuencia, quedaba acreditada.*

## **Sentencia sustitutiva**

Para decidir de fondo dice la Corte,

*"se tienen reproducidos, por economía, los antecedentes expuestos ab-initio, recordando, para tal efecto, que el fallo apelado, el cual acogió las súplicas, halló acreditada la responsabilidad contractual de la demandada, al omitir las obligaciones surgidas del reaseguro, en virtud de la acción subrogatoria del art. 1096 del Código de Comercio.*

*Lo anterior, porque al ceder el crédito subrogado, recibiendo como contraprestación la suma de \$1.000.000.000, cifra ínfima respecto de su verdadero precio, esto es, \$4.144.000.000, privó a la actora de recuperar la alícuota parte pagada por concepto del valor afianzado en la relación asegurativa primigenia.*

*Por tanto, previa corrección monetaria, condenó a Seguros del Estado S.A. a cancelar, para la fecha de la sentencia, la suma de \$3.526.443.224,16, negando a su vez el pago por réditos moratorios".*

*Una vez revisadas las actuaciones y argumentos dice la Corte: En ese contexto, el problema jurídico concierne en establecer si se presentó el incumplimiento del reaseguro por Seguros del Estado SA., por no hallarse justificadas las razones para suscribir la*

*cesión, renunciando a su vez a continuar la acción subrogatoria contra la causante del siniestro, quien se encontraba en trámite de insolvencia.*

*Siguiendo la argumentación expuesta al resolverse el recurso de casación, se concluye que la acreencia cedida no se encontraba sometida al requisito de calificación y graduación de créditos, pues se reconoció como una operación bursátil, fijando su pago como rubro de “gastos de administración” por fuera de las incidencias del concurso y con preferencia a las demás obligaciones. La determinación no fue objetada por los demás acreedores, cobrando entonces firmeza.*

*En relación con el pago, el mismo se cumplió con la adjudicación de la “Bodega kr 32 n° 18-08 Bogotá (sic)” estimada en “\$3.761.742.458”; y con el “24.08%” de la “Planta (Incubadora) Vereda Santa Ana”, porcentaje estimado en “\$516.257.596”.*

*En suma, producto de la actividad ponderada entre la masa activa y el concurso de acreedores, Avicola Miluc S.A., cesionaria de Seguros del Estado E.A., resultó beneficiada con la adjudicación de un inmueble estimado en \$3.761.742.458, esto es, el 90,773% de \$4.144.000.000; siendo su escaso 10% garantizado con la transferencia en común y proindiviso de una planta incubadora. Además, según lo evidenciado en el juicio liquidatorio, se aprecia que los referidos activos nunca fueron inferiores al valor adeudado al asegurador-reasegurado.*

La demandada, 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.

Lo expuesto lleva a declarar impróspera la apelación de Seguros del Estado S.A., y como consecuencia, a confirmar el fallo de primer grado y a imponer en su contra el pago de las costas de segunda instancia.

## **Comentarios**

Sin lugar a dudas esta sentencia de la Corte constituye un valioso aporte al sector asegurador y reasegurador. Señala la importancia y el alcance de las obligaciones que surgen para las partes, en cuanto se refiere a los principios de comunidad de suerte y de buena fe que informan toda la institución del reaseguro.

Analiza igualmente la figura de la subrogación de cara al contrato de reaseguro, así como los deberes a cargo de la aseguradora fijando el marco de su responsabilidad contractual profesional.

Sin perjuicio de lo anterior, y sin desconocer el reproche que merece la conducta de la aseguradora en cuanto a la falta de información y el desconocimiento de otros deberes derivados del contrato de reaseguro celebrado, con el debido respeto me permito formular las siguientes observaciones:

- Dice la Corte que la problemática gira alrededor del menoscabo patrimonial del reasegurador por el ejercicio autónomo y privilegiado del asegurador-reasegurado de la acción de subrogación. “Pudiendo recuperar la totalidad de lo indemnizado, prefirió aprehender la fracción de su importe, renunciando al porcentaje equivalente a lo pagado por el reasegurador”.

Considera la Corte que el no ejercicio de la acción de subrogación, comporta el uso arbitrario de dicha institución. El ejercicio de esa atribución por parte de la cedente, frente al reasegurador, comporta una posición dominante. La superioridad está dada por ser el titular exclusivo del derecho. El poder de dirección y negociación es evidente.

En cuanto se refiere a este punto es conveniente precisar que dicha conducta conllevaría el incumplimiento de las obligaciones adquiridas mediante el contrato de reaseguro frente al reasegurador, pero no es claro que ello implique un abuso o uso arbitrario de la subrogación.

- Dice la Corte:

“Más allá de la comunicación, surgen compromisos de consulta, consejo, asesoría y asistencia. Tienen por finalidad advertir las ventajas y desventajas de ciertas decisiones, incluyendo situaciones conflictivas que se puedan presentar en el mercado. También se pueden incluir, los actos de fidelidad que buscan privilegiar la confianza y el cumplimiento contractual para evitar incursionar en conflictos de intereses; y los de reserva o secreto, alusivos a la discreción de la información y datos recibidos durante las conversaciones, para no divulgarlos ni difundirlos en perjuicio de la otra parte”.

La concesión de todas esas prerrogativas al reasegurador, sin precisar su alcance, podrían llevar a sostener que el reasegurador se convierte en un coadministrador de la aseguradora cedente.

- Un aspecto que reviste especial importancia es el siguiente: afirma acertadamente la Corte que

“La comunidad o ‘solidaridad de suerte’: se refiere a la participación coincidente y concomitante del reasegurador en los resultados (económicos, técnicos, jurídicos), tanto favorables como adversos, obtenidos por el asegurador-reasegurado en el desarrollo del seguro primigenio”.

Sin embargo, al momento de fijar el monto de la condena establece su valor acogiendo el mismo criterio del juez de primera instancia, reconoce el 75% del valor subrogado, sin tomar en consideración los gastos en que hubiere tenido que incurrir la aseguradora cedente para obtener la recuperación correspondiente.

- En este caso no es claro que el reasegurador se hubiese visto privado de la recuperación del 75% total de la obligación. El reasegurador perdió la “oportunidad” de participar en el porcentaje pactado, en el valor final que hubiese sido recuperado por la cedente, el cual no era conocido al momento de tomar la decisión de ceder el crédito. La determinación del valor de la condena debió hacerse atendiendo a criterios diferentes. En este caso, la suma concedida a título de reparación excede el valor del

daño realmente irrogado. Acaba profiriendo una condena por un solo concepto, sin distinguir entre la finalidad reparadora y la sancionatoria.

- Se suma a lo anterior, el hecho de que, al establecer el perjuicio sufrido por el reasegurador con ocasión de la cesión del crédito, toma como punto de referencia el resultado final del proceso de insolvencia.

Para establecer la responsabilidad de la aseguradora cedente debe analizarse su conducta en el marco de la información existente al momento de adoptar la decisión de ceder el crédito, y no información que solo fue conocida por las partes una vez culminado el proceso liquidatorio del deudor. Las consideraciones económicas en las que se funda la condena se refieren al momento en que ya se encontraba finalizada la adjudicación, no al momento en que se hizo la cesión.

- Llama la atención la manera como se relacionan los hechos por parte de la Corte. En los hechos relacionados en la sentencia dice:

“1.2.6. El precio de la transacción fue lesivo, pues la cedente recibió del cesionario menos de la mitad del valor de la acreencia subrogada. La situación perjudicó el patrimonio de la reaseguradora, al impedirle percibir el 75% de su monto, máxime cuando esa cifra estaba reconocida per sé en el concurso y garantizada su pago con privilegio.

1.2.7. Seguros del Estado S.A. desconoció las prestaciones del reaseguro, al celebrar la cesión y renunciar al recobro del 100% de lo indemnizado por vía de la subrogación. De esa manera frustró a la demandante de obtener el reembolso de la parte que costó”.

La manera como se califican los hechos permite inferir de manera anticipada la decisión finalmente se adoptada.