

## LA SUBROGACIÓN DEL REASEGURADOR EN COLOMBIA

### *THE REINSURER'S SUBROGATION IN COLOMBIA*

*DIEGO ALEJANDRO CORONADO SABOGAL\**

*Fecha de recepción: 15 de noviembre de 2023*

*Fecha de aceptación: 30 de noviembre de 2023*

*Disponible en línea: 30 de diciembre de 2023*

#### **Para citar este artículo/To cite this article**

CORONADO SABOGAL, Diego Alejandro. *La subrogación del reasegurador en Colombia*. Rev. Ibero-Latinoam.Seguros, 63-106 (2023). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris59.srec>

[doi.org/10.11144/Javeriana.ris59.srec](https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris59.srec)

---

**\*\*** Abogado de la Universidad de Los Andes (Colombia). Especialista en Derecho del Seguro de la Universidad de Salamanca (España). Especialista en Derecho de Seguros de la Pontificia Universidad Javeriana (Colombia). Magíster (LL.M) en Derecho de Seguros de Queen Mary University of London – QMUL (Reino Unido). Candidato a Doctor en Ciencias Jurídicas (Ph.D) de la Pontificia Universidad Javeriana (Colombia). Representante Joven de Colombia ante el Comité Ibero-latinoamericano de Derecho de Seguros (CILA). Miembro de la Junta Directiva Nacional de la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros (ACOLDESE) en su condición de Representante de ACOLDESE Joven. Realizó los programas académicos en Litigio y Arbitraje Comercial Internacional en London School of Economics – LSE (Reino Unido) y Derecho de Seguros Aeronáuticos en la International Air Transport Association – IATA (Holanda). En el pasado, se desempeñó como Asesor Jurídico Senior de la Gerencia Jurídica y de Cumplimiento de Zurich Colombia Seguros S.A, compañía aseguradora del Zurich Insurance Group de Suiza, Abogado Asociado en DAC Beachcroft LL. P y Kennedys Law LL. P, firmas de origen británico especializadas en Derecho de Seguros y Reaseguros, Juez de la República y Profesor de la cátedra en Derecho de Seguros de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada (UMNG). Actualmente, Asesor de la Dirección Legal de Seguros de la Superintendencia Financiera de Colombia (SFC). Contacto: [da.coronado662@uniandes.edu.co](mailto:da.coronado662@uniandes.edu.co).

## RESUMEN

Atendiendo la evolución jurídica y comercial del reaseguro, las vicisitudes judiciales que ha enfrentado recientemente el gremio reasegurador en Colombia y la creciente colocación de programas de seguros mediante el esquema del *fronting*, resulta oportuno examinar la posibilidad que tiene el reasegurador de subrogarse en la posición de la compañía aseguradora (cedente), con el fin de ejercer sus derechos litigiosos en contra del responsable del siniestro, una vez el asegurado original es efectivamente indemnizado. El presente escrito, procura auscultar y esclarecer los posibles caminos para ejercer una eventual subrogación por parte del reasegurador bajo la legislación colombiana, tratándose de un tema que ha sido parcialmente explorado por la doctrina nacional y que apunta a convertirse en una herramienta de vital repercusión para el reasegurador en la etapa post-siniestral, es decir, una vez reconocida la indemnización derivada del contrato de reaseguro a la cedente (compañía de seguros) o directamente al asegurado original.

**Palabras clave:** Reaseguro, Seguro, Subrogación, *Fronting*, Reasegurador, Asegurador.

## ABSTRACT

*Taking into account the legal and reinsurance business evolution, the judicial challenges that the reinsurance industry in Colombia has recently faced and the growing placement of insurance programs through the fronting scheme, it is pertinent and adequate to examine the reinsurer's possibility to take over the position of the insurance company (cedant), to exercise its rights against the responsible for the loss suffered by the insured, once the original insured has been previously and effectively compensated. This document seeks to examine and clarify the possible paths to exercise the reinsurer's subrogation under the Colombian legislation, being an issue that has not been fully explored by the national doctrine and that aims to represent an essential tool for the reinsurer in the post-claims stage, more precisely, once the compensation derived from the reinsurance contract has been recognized to the cedent (insurance company) or directly to the original insured.*

**Keywords:** Reinsurance, Insurance, Subrogation, *Fronting*, Reinsurer, Insurer.

**SUMARIO:**

I. Introducción. I. Introducción. II. La institución de la subrogación en Colombia. a) La subrogación legal. b) La subrogación convencional. III. La subrogación del asegurador en Colombia. a) Fundamento y sustento de la subrogación del asegurador. b) Antecedentes históricos de la subrogación del asegurador en Colombia. c) Regulación vigente de la subrogación del asegurador desde 1971. d) La subrogación legal del asegurador: art. 1096 del Código de Comercio. e) Contenido y alcance de la subrogación legal vigente. IV. La subrogación del reasegurador en el derecho comparado. V. La subrogación del reasegurador en Colombia. a) Antecedentes de la subrogación del reasegurador en Colombia. b) La regulación vigente del contrato de reaseguro en Colombia. c) La subrogación del asegurador, contenida en el art. 1096 del Código de Comercio, es una norma reconocida jurisprudencialmente como de orden público y aplicaría imperativamente al contrato de reaseguro. d) Las tres (3) opciones posibles para el ejercicio de la subrogación del reasegurador en Colombia. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía. VIII. Jurisprudencia.

**I. INTRODUCCIÓN**

Conforme a los historiadores, la evolución lógica del contrato de reaseguro debió ser indudablemente posterior al contrato de seguro. De lo contrario, no habría existido una relación jurídica aseguraticia susceptible de ser reasegurada<sup>1</sup>. De igual manera, es unánime la literatura especializada en consignar que, al igual que el contrato de seguro, el contrato de reaseguro tiene su origen en el aseguramiento de las actividades marítimas<sup>2</sup>. De hecho, la primera póliza de reaseguro de la cual se tiene registro fue expedida en el año de 1370, reasegurándose el cargamento de una nave para la travesía marítima entre Cádiz (España) a la ciudad de L'Ecluse –hoy Sluis– (Holanda)<sup>3</sup>.

En efecto, se debe anotar que el contrato de reaseguro, junto con sus aspectos técnicos, ha evolucionado a través de los años para responder a las nuevas modalidades de colocación de los diversos programas de seguros y reaseguros. Lo anterior, como consecuencia de las variaciones y modificaciones que convencionalmente se han dado a los principios tradicionales, primigenios y basilares del contrato de reaseguro, situación que llevó a la doctrina especializada a considerar que el contrato de reaseguro se ha “desnaturalizado”, “distorsionado” e incluso “degenerado”<sup>4 5</sup>.

Al margen de lo conveniente o lo inconveniente que pueda subjetivamente considerarse el hecho de abandonar, acoger parcialmente o flexibilizar los principios tradicionales del contrato de reaseguro, son innegables las transformaciones jurídicas que se han

<sup>1</sup> ROMERO MATUTE, Blanca, *El Reaseguro*, (2001), p. 26.

<sup>2</sup> *Ibidem*.

<sup>3</sup> ROMERO MATUTE, Blanca (2001), corroborado por Bensa (1884), CRUZIGER (1926), GOLDING (1927) citado por NAVAS MULLER.

<sup>4</sup> JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio, *Derecho de Seguros*, Editorial Temis, Bogotá D.C., 2013, p. 57.

<sup>5</sup> A partir del texto del art. 1501 del Código Civil.

desplegado en los últimos siglos, impactando el reaseguro en su función, estructura jurídica e interpretación judicial, consolidando el proceso histórico-jurídico que académicamente he denominado como la “Evolución Jurídica del Reaseguro”<sup>6</sup>. La mencionada e innegable evolución jurídica del contrato de reaseguro ha incluido la utilización, cada vez más común y frecuente, del esquema reasegurativo de baja o nula retención del riesgo por parte del asegurador (cedente) conocido como *fronting*<sup>7</sup>. La colocación bajo tal esquema ha permitido la expedición de pólizas para el aseguramiento de grandes riesgos del mercado local, a través de la cesión de la totalidad o la mayor parte de los riesgos del contrato de seguro al reasegurador, teniendo en cuenta que, en ciertas ocasiones, las compañías aseguradoras locales no están en la capacidad técnica o no tienen la intención comercial de retener aquellos riesgos de considerable magnitud.

El notable aumento de la colocación internacional de grandes riesgos mediante el *fronting* ha cautivado la atención de la comunidad reaseguradora que, en general, se ha interesado sobre el contenido de las legislaciones internas, y de forma particular, en el entendimiento e interpretación del derecho de seguros local por parte de los jueces, tribunales, cortes y demás organismos de control. Particularmente, cuando en la etapa post-siniestral, a pesar de retener la totalidad o la mayor parte del riesgo reasegurado, el manejo de la reclamación extrajudicial del asegurado se realiza a través de la compañía aseguradora local (cedente), estando en juego primordialmente sus intereses derivados del contrato de reaseguro.

Dicho seguimiento riguroso de las compañías reaseguradoras a nuestra legislación y su interpretación jurisprudencial no es injustificado, infundado, ni caprichoso. Una de sus principales motivaciones es la percepción de inseguridad jurídica que se ha generado por pronunciamientos judiciales y de organismos de control que han desfigurado, poco a poco, la noción de algunos aspectos jurídicos del contrato de seguro, desembocando en indeseables escenarios, tales como: la categorización de ilegal o abusiva de la cobertura del seguro de responsabilidad civil bajo la modalidad *claims made*, la inaplicación sistemática de los límites y sub-límites asegurados por cobertura o de sus deducibles, la acumulación de valores asegurados de pólizas correspondientes a diferentes vigencias, sin dejar de un lado la desproporcionada intervención del juez constitucional en materias contractuales, propias del derecho privado, entre otras circunstancias que han desatado críticas y debates académicos.

En este sentido, a modo de ejemplo, los medios de comunicación colombianos han registrado y documentado la gran afectación de la oferta del mercado asegurador, que podría devenir en una eventual desprotección de los funcionarios públicos tras un eventual cierre total del mercado reasegurador a otorgar ciertos amparos, como

<sup>6</sup> CORONADO SABOGAL, Diego Alejandro, Tertulia Académica: “*La Evolución Jurídica del Reaseguro*”, Asociación Colombiana de Derecho de Seguros (ACOLDESE), Julio 25 de 2019, Club de Banqueros y Empresarios, Bogotá D.C. – Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=pM4q47wpEWY>.

<sup>7</sup> “*Expresión que en inglés se emplea para designar a la entidad aseguradora que asume un riesgo pero transfiere realmente su cobertura íntegra o gran parte de ella a otros aseguradores o reaseguradores*”. Diccionario de Seguros MAPFRE, Editorial Fundación Mapfre, España, 2008.

consecuencia de los reiterados pronunciamientos de la Contraloría General de la República en el marco de los Procesos de Responsabilidad Fiscal<sup>8</sup>.

En estos procesos, la Contraloría ha deambulado hasta tropezar en más de una ocasión, con desatinadas posiciones que la han llevado a errar en la vinculación de las compañías aseguradoras, la interpretación del contrato de seguro y la inaplicación de las normas y reglas propias del derecho de seguros<sup>9</sup>. La situación descrita, con otra gran cantidad de acontecimientos que se han mantenido bajo la reserva de las partes afectadas y sus apoderados, han incubado una creciente desazón y preocupación entre los actores del mercado reasegurador. Así las cosas, el presente documento aspira a contribuir en la consolidación de cierta seguridad jurídica, con el ánimo de propiciar una discusión legal fructífera para el mercado reasegurador bajo el ordenamiento jurídico colombiano.

Atendiendo la evolución jurídica y comercial del reaseguro, las vicisitudes judiciales que ha enfrentado recientemente el gremio reasegurador en Colombia y la creciente colocación de programas de seguros mediante el esquema del *fronting*, resulta oportuno examinar la posibilidad que tiene el reasegurador de subrogarse en la posición de la compañía aseguradora (cedente), con el fin de ejercer sus derechos litigiosos en contra del responsable del siniestro, una vez el asegurado es efectivamente indemnizado.

En síntesis, el presente escrito procura auscultar y esclarecer el camino para ejercer una eventual subrogación por parte del reasegurador bajo la legislación colombiana, tratándose de un tema que ha sido parcialmente explorado por la doctrina nacional y que apunta a convertirse en una herramienta de vital repercusión para el ejercicio de los derechos subrogatorios del reasegurador en la etapa post-siniestral, es decir, una vez reconocida la indemnización derivada del contrato de reaseguro la cedente (compañía de seguros) o directamente al asegurado original.

En América Latina, la discusión tan sólo había sido planteada por el Profesor mexicano Arturo Díaz Bravo (Q.E.P.D), en la obra en homenaje póstumo al Maestro J. Efrén OSSA GÓMEZ (1992), formulando múltiples interrogantes, lamentablemente, sin respuestas, entre los cuáles se indagaba a sí mismo: “¿alcanza al reasegurador, como contribuyente de una parte de la suma pagada, la subrogación en los derechos y acciones del asegurador, subrogado a su vez en los derechos del asegurado?”<sup>10</sup>.

En respuesta al interrogante planteado por el Profesor Díaz Bravo, y sumado a lo abonado hasta la fecha por la doctrina especializada y la jurisprudencia en Colombia, la presente investigación se ocupa de explicar la institución legal de la subrogación, sus

<sup>8</sup> “Fallos de entidades de control hacen más difícil asegurar.”, Revista Semana, Control Fiscal, junio 16 de 2018. Disponible en: <https://www.semana.com/economia/articulo/fallos-de-responsabilidad-fiscal-han-dificultado-la-expedicion-de-polizas/571274>.

<sup>9</sup> “Ejecutivos y directores: ¿y ahora quién podrá protegerlos?”, Revista Dinero, Sección Seguros, octubre 4 de 2019. Disponible en: <https://www.dinero.com/economia/articulo/que-pasa-con-los-seguros-para-ejecutivos-y-directores/277528>.

<sup>10</sup> DÍAZ BRAVO, Arturo. *Derecho de subrogación del asegurador*, Ensayos sobre seguros: Homenaje al Dr. J. Efrén Ossa G., Federación de Aseguradores Colombianos – FASECOLDA, Santafé de Bogotá, 1992, p. 67.

dos tipos (convencional y legal) y las modalidades de la subrogación legal que atañen al asegurador y reasegurador (subrogación convencional inmersa en el contrato de reaseguro y la modalidad de subrogación legal consagrada en el art. 1096 del Código de Comercio), para finalmente realizar una propuesta concreta que comprende tres (3) opciones, con sus respectivos presupuestos fácticos, fuentes jurídicas y la forma concreta de ejercerlos, en los que considera el autor que sería posible el ejercicio de la subrogación por el reasegurador en Colombia.

## II. LA INSTITUCIÓN DE LA SUBROGACIÓN EN COLOMBIA

De una parte, el verbo “subrogar” tiene su etimología en la expresión en latín *subrogāre*, definido por la Real Academia de la Lengua Española como “Sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa”<sup>11</sup>. Por otra parte, la institución de la subrogación tiene sus raíces normativas en la época del Código de Justiniano y del Digesto, siendo acogida posteriormente por la denominada “Teoría Moderna de la Subrogación” plasmada en el Código Civil Francés y en el *Common Law*, como gran legado intelectual del Profesor Robert Joseph Pothier y demás redactores de tan laureada codificación gala<sup>12</sup>. Reseñan los historiadores del derecho que, en los años 1800, el jurista alemán Friedrich Carl von Savigny sugería abiertamente que donde pudiese ser obligada en derecho la transferencia de acciones, la ley debía asumirla para que se tratara de una verdadera subrogación<sup>13</sup>.

En la República de Colombia, la fuente normativa primigenia en materia de subrogación es la Ley N° 57 de 1887, que modificó nuestro Código Civil, aún vigente en la gran parte de sus disposiciones. En efecto, el art. 1666 erigió la institución *sub examine* en nuestro ordenamiento jurídico bajo los siguientes términos: “La subrogación es la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero, que le paga”.

Si bien la referida codificación, en su art. 1625, contempla el “pago efectivo” como uno de los modos propios de extinguir las obligaciones<sup>14</sup>. Es claro que, dicha consecuencia jurídica, es el efecto natural del pago. Sin embargo, en ocasiones, cuando el pago realizado por un tercero, el mismo tan sólo extingue la obligación respecto del acreedor inicial. Sobre el particular, desde el año 1935, la Corte Suprema de Justicia ha enunciado:

“La subrogación es una institución jurídica en virtud de la cual los derechos del acreedor se transmiten con todos sus accesorios a un tercero que ha pagado. La obligación

<sup>11</sup> Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española – Disponible en: <http://dle.rae.es/subrogar>.

<sup>12</sup> MARASINGHE. *An Historical Introduction to the Doctrine of Subrogation: The Early History of the Doctrine I*, 10 Val. U.L. Rev. 45 (1975) – Valparaíso University Law Review – p. 47.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 47.

<sup>14</sup> Código Civil – Art. 1626: “El pago efectivo es la prestación de lo que se debe”.

subsiste en favor de ese tercero. En otras palabras, hay mudanza de acreedor sin que se extinga la deuda”<sup>15</sup> (Subrayado fuera del texto original).

Adicionalmente, aunque se desprende del texto normativo reseñado, el estudio que nos ocupa implica reiterar que, para estar ante el escenario de subrogación legal, descrito por el Código Civil, es indispensable que el pago sea realizado por un tercero. En gracia de discusión, es justamente el accionar del tercero una condición *sine qua non*, de lo contrario, en caso de ser realizado el pago por el deudor o un mandatario del mismo, indefectiblemente operaría la extinción de la obligación por pago, y por ende, es posteriormente absurdo predicar cualquier subrogación, en cuanto “nadie puede ser subrogado en lo que dejó de existir”<sup>16</sup>.

El Código Civil colombiano establece que el tercero puede subrogarse en los derechos del acreedor en virtud de la ley o en virtud de una convención del acreedor, dando origen a los dos tipos de subrogación reconocidas legalmente por nuestra legislación, a saber, la subrogación legal y la subrogación convencional, que serán objeto de estudio a continuación, respectivamente<sup>17</sup>.

### a) La subrogación legal

Son contadas las instituciones que operan *ipso iure* o por el ministerio de la Ley, una vez se cumplen los supuestos fácticos de la norma que la contempla. En principio, el Código Civil consagra seis (6) escenarios en los cuales se entiende que la subrogación opera automáticamente, por ministerio de la Ley y aún en contra de la voluntad del acreedor, dejando la posibilidad de otros casos de subrogación legal que fueren instituidos en leyes posteriores<sup>18</sup>. No se debe dejar de resaltar la implicación de su carácter automático respaldado por autorización legal expresa, el cual permite realizar la subrogación legal incluso en contra de la voluntad del acreedor de la obligación, quien es, en principio, el que detenta todos los privilegios y las acciones para exigir el cumplimiento de la obligación.

<sup>15</sup> Corte Suprema de Justicia – Sentencia de noviembre 25 de 1935 – Gaceta Judicial XLVII, p. 392.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 392.

<sup>17</sup> Código Civil – Art. 1667.

<sup>18</sup> Código Civil – Art. 1666: “Se efectúa la subrogación por el ministerio de la ley, y aún contra la voluntad del acreedor, en todos los casos señalados por las leyes y especialmente a beneficio:

1o.) Del acreedor que paga a otro acreedor de mejor derecho en razón de un privilegio o hipoteca.

2o.) Del que habiendo comprado un inmueble, es obligado a pagar a los acreedores a quienes el inmueble está hipotecado.

3o.) Del que paga una deuda a que se halla obligado solidaria o subsidiariamente.

4o.) Del heredero beneficiario que paga con su propio dinero las deudas de la herencia.

**5o.) Del que paga una deuda ajena, consintiéndolo expresa o tácitamente el deudor.**

6o.) Del que ha prestado dinero al deudor para el pago, constando así en escritura pública del préstamo, y constando además en escritura pública del pago, haberse satisfecho la deuda con el mismo dinero” (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

El común denominador de las seis (6) condiciones en las cuales procede la subrogación legal es que siempre debe existir un pago de por medio, en consonancia con lo reseñado en el acápite anterior. La particularidad de lo reseñado radica en la manera en la que la norma identifica las calidades que puede ostentar el “tercero” que aspira a subrogarse por ministerio de la Ley, a partir de diferentes situaciones fácticas y relaciones jurídicas posibles, *verbi gratia*; “el acreedor que paga a otro acreedor”, “el que habiendo comprado un inmueble”, “el que paga una deuda a que se haya obligado solidariamente”, “el heredero beneficiario”, “el que paga una deuda ajena”, “el que ha prestado dinero al deudor para el pago”<sup>19</sup>.

De manera puntual, anunciaré desde ya las dos (2) modalidades de subrogación legal vigentes en el ordenamiento jurídico colombiano, que fungirán como valiosos instrumentos para el propósito de la presente investigación, siendo objeto de estudio detallado más adelante, en su potencial ejercicio por parte del reasegurador:

i) La subrogación legal del numeral 5 del art. 1666 del Código Civil, en cabeza “del que paga una deuda ajena, consintiéndolo expresa o tácitamente el deudor”, y;

ii) La subrogación legal consignada en 1971 en el Código de Comercio, concretamente, en su art. 1096, que señala:

“El asegurador que pague una indemnización se subrogará, por ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro. Pero éstas podrán oponer al asegurador las mismas excepciones que pudieren hacer valer contra el damnificado. (...)”.

## **b) La subrogación convencional**

El segundo tipo de subrogación inmersa en el Código Civil, tiene como fuente la voluntad de las partes del contrato. El Código Civil, en su art. 1669 la describe como aquella en la cual el deudor, en virtud de una convención, tras haber recibido el pago proveniente de un tercero, le subroga voluntariamente a este último en todos los derechos y acciones que le corresponden al acreedor.<sup>20</sup> Con dos ingredientes adicionales: i) La sujeción de su operatividad a las reglas de la cesión de derechos, y; ii) La necesidad de una carta de pago en la que debe plasmarse la subrogación. Exploremos, paso a paso, y un poco más al detalle, el texto legal que autoriza esta versión convencional de la subrogación:

En primer lugar, se trata a todas luces de un negocio jurídico a ser celebrado entre el acreedor de la obligación y el tercero que efectuaría el pago con fines subrogatorios.

---

<sup>19</sup> *Ibidem*.

<sup>20</sup> Código Civil – Art. 1669: “Se efectúa la subrogación, en virtud de una convención del acreedor, cuando éste, recibiendo de un tercero el pago de la deuda, le subroga voluntariamente en todos los derechos y acciones que le corresponden como tal acreedor; la subrogación en este caso está sujeta a la regla de la cesión de derechos, y debe hacerse en la carta de pago”.



En segundo lugar, el acreedor original manifiesta contractualmente su voluntad de subrogar sus derechos y acciones derivadas de la obligación, tras recibir el pago de la obligación por parte del tercero, es la.

En tercer lugar, destaca el texto el hecho de supeditar necesariamente la validez de la convención a las reglas de la cesión de derechos, contenidas en el Código Civil entre los arts. 1959 y 1966<sup>21</sup>.

En cuarto lugar, exige la norma que la subrogación convencional sea realizada con una “carta de pago”, propia de las reglas de cesión de derechos. La carta de pago es una solemnidad necesaria y el único medio de prueba con el que, *a priori*, contaría el tercero para exigir, posteriormente, los derechos que le fueron subrogados voluntaria y convencionalmente por el acreedor original de la obligación, haciendo oponible su condición de nuevo acreedor ante el deudor original de la obligación<sup>22</sup>.

Es relevante la subrogación convencional para el objetivo académico de la presente investigación por ser común en el contrato de reaseguro incluir en algunas de sus modalidades pactos expresos entre la compañía de seguros (cedente) y el reasegurador sobre la subrogación o cesión de todos los derechos que pueda tener el asegurador contra el asegurado y/o el causante del daño. Todo lo anterior, una vez el reasegurador realice el pago de su obligación condicional derivada del contrato de reaseguro en favor de la compañía de seguros (cedente del contrato de reaseguro). Este tipo de cláusulas subrogatorias y de salvamento, comúnmente inmersas en algunos contratos de reaseguro, tendrían en el art. 1669 del Código Civil el sustento de su validez jurídica a luz del derecho colombiano.

### III. LA SUBROGACIÓN DEL ASEGURADOR EN COLOMBIA

#### a) Fundamento y sustento de la subrogación del asegurador

Es absolutamente trascendental lo ilustrado en los acápites anteriores sobre la institución jurídica de la subrogación y su regulación legal en el Código Civil, principalmente, en lo atinente a la exigencia que sea un tercero quien pague al deudor, incluso en contra de la voluntad del acreedor, para distinguir, *ab initio*, la subrogación legal del Código Civil de la subrogación legal del art. 1096 del Código de Comercio, partiendo de una premisa básica y cristalina: En el negocio asegurativo, el asegurador no es un tercero respecto del asegurado. Ahora bien, no se puede perder de vista que el asegurador es, sin lugar a duda, un tercero respecto de la causación del daño a la

<sup>21</sup> Código Civil – Art. 1959: “La cesión de un crédito, a cualquier título que se haga, no tendrá efecto entre el cedente y el cesionario sino en virtud de la entrega del título. Pero si el crédito que se cede no consta en documento, la cesión puede hacerse otorgándose uno por el cedente al cesionario, y en este caso la notificación de que trata el art. 1961 debe hacerse con exhibición de dicho documento”.

<sup>22</sup> Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil – MP: Jesús Vall de Ruten Ruiz – Sentencia N° SC003–2015, del día 14 de enero de 2015.

víctima<sup>23</sup>. En otras palabras, una vez ocurrido el hecho generador del daño, la primera relación acreedor-deudor que surge está sustentada y fundamentada en la potencial responsabilidad civil que le asistirá al causante en favor de la víctima del daño.

Tras el nacimiento de la obligación de responsabilidad civil en favor de la víctima (asegurado) que sufrió aquel daño, el último puede formular su reclamación ante el asegurador quien, en cumplimiento de su obligación condicional indemnizatoria del contrato de seguro, indemnizaría el daño derivado de la responsabilidad civil, sea de naturaleza contractual o extracontractual. Es de aclarar que, si el causante del daño paga directamente a la víctima (asegurado) el perjuicio irrogado, operaría la extinción de la obligación derivada de la responsabilidad civil incurrida, y por contera, el asegurado no estaría habilitado para reclamar la indemnización del contrato de seguro, ni se contemplaría la subrogación del asegurador.

En consonancia con todo lo anterior, al ser el contrato de seguro una fuente de indemnización y no de enriquecimiento sin justa causa para la víctima (asegurado), es lógico, sensato y apenas razonable que el asegurador pueda subrogarse en los derechos que el asegurado podría emprender en contra de los terceros responsables del daño (sinistro), en aras de recuperar total o parcialmente, el valor que debió indemnizar al asegurado<sup>24</sup>. De tal suerte que, el efecto concreto de la subrogación en el contrato de seguro es poner al asegurador en la posición del asegurado –tras ser indemnizado– como acreedor en la obligación de responsabilidad civil exigible al causante del daño.

## **b) Antecedentes históricos de la subrogación del asegurador en Colombia**

Tras la expedición de la Constitución Política de 1886, promovida por el expresidente Rafael Núñez y redactada por Miguel Antonio Caro, se promulgó la Ley N° 57 de 1887 en la que se adoptó como propio el Código de Comercio Terrestre del Estado Soberano de Panamá, sancionado en 1869<sup>25</sup>. Aún en vigencia de la reseñada codificación, el Maestro J. Efrén Ossa Gómez narró en su obra *El Tratado Elemento de Seguros* (1963), la discusión que existía sobre si el asegurador tenía un derecho propio, y por ende, una acción propia en contra del tercero autor del daño indemnizado o si, por el contrario, el derecho del asegurador y la acción tenían su fuente en la subrogación convencional o legal del Código Civil<sup>26</sup>.

En la misma obra, el Maestro Ossa traía, en gracia de discusión, las ideas del Profesor Isaac Halperin, quien negaba la posibilidad de un derecho propio y una acción directa

<sup>23</sup> BENCLOWICZ, Óscar. *Sobre la subrogación del asegurador y la depreciación monetaria*, 1977, p. 824, citado por DE LA CALLE LOMBANA, Humberto; MARÍN NARANJO, Héctor & otros. *La subrogación del asegurador*; Ensayos sobre seguros: Homenaje al Dr. J. Efrén Ossa G., Federación de Aseguradores Colombianos – FASECOLDA, Santafé de Bogotá, 1992, p. 67.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 67

<sup>25</sup> Dicha codificación es la antecesora inmediata del Código de Comercio actualmente vigente en la República de Colombia, expedido mediante el Decreto–Ley 410 de 1971.

<sup>26</sup> OSSA GÓMEZ, J. Efrén. *Tratado Elemental de Seguros*, Ediciones Lerner, Santafé de Bogotá, 1963, p. 312.

en cabeza del asegurador en contra del tercero autor del daño, al considerar que, la obligación del asegurador nace del contrato de seguro y no del hecho ilícito, dado que el asegurador no sufre perjuicio ni daño directo alguno, entre otras razones<sup>27</sup>

No obstante, en contradicción a la postura del Profesor Halperin, la legislación colombiana vigente en ese entonces era el nombrado Código de Comercio Terrestre de 1869, que en su art. 677 señalaba:

“El asegurador que pagare la cantidad asegurada, podrá exigir del asegurado la cesión de los derechos que por razón del siniestro tenga contra terceros; y el asegurado será responsable de todos los actos que puedan perjudicar el ejercicio de las acciones cedidas. (...) Aún sin necesidad de cesión, el asegurador puede demandar daños y perjuicios a los autores del siniestro, en su carácter de interesado en la conservación de la cosa asegurada” (Subrayado fuera del texto original).

Sintetizando lo cronológicamente relatado y citado, para esa época y hasta el año de 1971 (fecha de expedición del Código de Comercio actualmente vigente), en Colombia no existía la subrogación legal del asegurador como la conocemos hoy en día, sino que se hallaba implantada en la ley un tipo de subrogación convencional que facultaba al asegurador, una vez pagada la indemnización, para exigir al asegurado la cesión de los derechos que por razón del siniestro tuviese contra terceros. E indiscutiblemente, por mandato legal, sin necesidad de la aludida cesión de derechos, el asegurador tenía acción directa por daños y perjuicios en contra de los autores del siniestro.

### **c) Regulación vigente de la subrogación del asegurador desde 1971**

El día 16 de abril de 1969 se reunió el Comité Asesor para la revisión del Código de Comercio con el propósito de instalar el Subcomité especializado que habría de ocuparse del estudio del Contrato de Seguro y redactar el nuevo –y actualmente vigente– Título V del Libro Cuarto del Código de Comercio expedido mediante el Decreto Ley N° 410 de 1971<sup>28</sup>.

Para exponer brevemente lo acontecido en el seno del Subcomité de Seguros, reseñaré lo immortalizado en las actas del mismo, publicadas por la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros (ACOLDESE).

Principalmente, para la redacción de cada artículo, el Subcomité evaluaba el texto del Proyecto que había sido presentado para su revisión, cuyo art. 914 disponía:

“El asegurador que pague una indemnización se subrogará por ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe de aquella, en los derechos del asegurado contra terceros responsables del siniestro. Pero el tercero responsable podrá oponer al asegu-

<sup>27</sup> HALPERIN, Isaac. *Contrato de Seguro*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1964, p. 386.

<sup>28</sup> El Subcomité de Seguros estuvo conformado por el Maestro J. Efrén Ossa Gómez y los Doctores Hernando Tapias Rocha (Presidente), Juan Fernando Cobo (Vicepresidente), Álvaro Pérez Vives, Álvaro Quiñones Daza, Emilio Robledo Uribe, William Salazar Luján y Miguel Ángel García (Secretario).

rador las mismas excepciones que pudiese hacer valer contra el damnificado.

Habrá también lugar a la subrogación en los casos en que el valor del seguro cubra la obligación que garantiza la cosa asegurada” (Negrilla y subrayado fuera del texto original)

Lo más destacado y reformador del texto propuesto era la inserción de una modalidad de subrogación legal –por ministerio de la ley–, lo cual recibió elogiosos comentarios, teniendo en cuenta que, para ese entonces, regía la previamente comentada subrogación convencional del art. 677 del Código de Comercio Terrestre (1869)<sup>29</sup>.

A diferencia de otros artículos del Título V, el recién transcrito fue objeto de estudio en tres (3) sesiones del Subcomité, en las cuales surgieron varias dudas y comentarios sobre su texto.

De las inquietudes realizadas por los miembros del Subcomité, y plasmadas en las actas sobre el artículo en estudio, la más pertinente para la presente investigación fue realizada por el Maestro J. Efrén OSSA GÓMEZ, en los siguientes términos:

“El doctor Ossa advirtió que con la expresión ‘tercero’ se podrían presentar problemas en alguna clase de seguros, por ejemplo, el seguro de cumplimiento, en el cual sería difícil considerar como tercero a la persona cuyo comportamiento se asegure, toda vez que es éste quien contrata el seguro (tomador), y quien paga la prima. Agregó, que por otra parte es indudable que en esta clase de seguros el asegurador tiene la facultad de subrogarse en los derechos del asegurado contra la persona que hubiera incumplido”<sup>30</sup> (Subrayado fuera del texto original).

Era evidente entonces, lo inconveniente que resultaba la expresión “contra los terceros responsables del siniestro” en seguros como el de cumplimiento. En otras palabras, al ser en el seguro de cumplimiento el tomador del seguro el mismo afianzado (en la mayoría de las oportunidades), cuyo incumplimiento se asegura y puede afectar el patrimonio del asegurado, bajo la expresión como fue propuesta, *v.gr.*, el “tercero responsable del siniestro”, no sería posible subrogarse contra dicho afianzado que, al fungir como tomador, es parte del contrato de seguro y no un tercero.

En consecuencia, el Subcomité acordó reemplazar la palabra “terceros” por la expresión “las personas”, quedando el texto definitivo del artículo, al que tiempo después le correspondió el número 1096 de la codificación comercial, aprobado de la siguiente manera:

**“Art. 1096:** El asegurador que pague una indemnización se subrogará, por ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro. Pero éstas podrán oponer al asegurador las mismas excepciones que pudiesen hacer valer contra el damnificado.

Habrá también lugar a la subrogación en los derechos del asegurado cuando éste, a

<sup>29</sup> Subcomité de Seguros del Comité Asesor para la revisión del Código de Comercio, Acta N° 94: “Por la Secretaría se dio lectura a las observaciones hechas por la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros que son las siguientes: Encuentra la Comisión altamente elogiosa, la consagración de la subrogación a favor del asegurador, por mandato de la ley (...)”.

<sup>30</sup> *Ibidem*, Acta N° 22.

título de acreedor, ha contratado el seguro para proteger su derecho real sobre la cosa asegurada” (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

De cierta manera, la modificación descrita al proyecto, acogida por el Subcomité por advertencia del Maestro Ossa, otorgó seguridad jurídica y certeza a quizás una de las acciones derivadas del contrato de seguro más ejercidas por los aseguradores en el país, mediante la subrogación de la compañía de seguros, en los derechos de los asegurados –tras ser indemnizados– en contra del contratista afianzado en el seguro de cumplimiento.

Probablemente, esta historia fue pasada por alto durante muchos años en el mercado asegurador, habiendo sido clave para pavimentar la vía jurídica hacia la recuperación o recobro, mediante la subrogación de los aseguradores del ramo cumplimiento, de grandes indemnizaciones que han debido pagar a sus asegurados por el incumplimiento contractual de los afianzados.

#### **d) La subrogación legal del asegurador: art. 1096 del Código de Comercio**

Fueron múltiples las motivaciones que, a través de los años, fueron identificadas por la jurisprudencia y la doctrina especializada para incluir la subrogación del asegurador como una de las modalidades de subrogación legal en Colombia, de las cuales expondré las más relevantes. Así, apoyado en el juicio autorizado del Profesor Carlos Ignacio Jaramillo, la subrogación en favor del asegurador está motivada y tiene como propósito:

- Evitar la benevolencia de la Ley en favor del causante del daño, es decir, que una vez indemnizado el asegurado–damnificado, la persona responsable del daño quede exonerada del perjuicio económico ocasionado con su actuar<sup>31</sup>.
- Impedir el enriquecimiento sin justa causa del asegurado damnificado, puesto que, en ausencia de la subrogación, podría aspirar a una indemnización por parte del asegurador y, simultáneamente, el resarcimiento del daño por el responsable del mismo<sup>32</sup>.

#### **e) Contenido y alcance de la subrogación legal del art. 1096**

La subrogación legal o por ministerio de la ley, en favor del asegurador, introducida por el Decreto Ley N° 410 de 1971, Código de Comercio actualmente vigente y cuyo texto fue reproducido en la página anterior, tiene varios elementos que ameritan ser individualizados.

<sup>31</sup> JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. *Derecho de Seguros*. Editorial Temis, Bogotá D.C, 2013, p. 576, citando la Exposición de Motivos del Proyecto del Código de Comercio Colombiano (1958).

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 576.

Inicialmente, el texto condiciona sus efectos jurídicos a “*El asegurador que pague una indemnización*”. En este sentido, no se trata de cualquier pago. Es puntual la norma al indicar que deber ser, nada más y nada menos, que el pago del asegurador de su obligación condicional indemnizatoria del contrato de seguro en favor del beneficiario del mismo. Lo anterior, dando lugar a reflexionar sobre la naturaleza de otros pagos que pueda llegar a realizar el asegurador como los costos del procesos o los gastos razonables para evitar la extensión y propagación del siniestro.

De igual manera, la subrogación por ministerio de la ley opera en los derechos del asegurado, hasta el importe pagado por el asegurador, en contra de las personas responsables del siniestro, quienes podrán oponer al asegurador las mismas excepciones que pudieren hacer valer contra el damnificado (asegurado indemnizado). Conviene subrayar que, el ejercicio de la subrogación por el asegurador puede ser total o parcial, respecto del daño, mediante la restricción del art. 1096 sobre su ejercicio “*hasta la concurrencia de su importe*”. En otras palabras, hay situaciones específicas en las que el importe del asegurador al indemnizar es menor al valor del daño, tales como: cuando el valor asegurado es menor que el valor real de la pérdida, cuando existe un infraseguro y el asegurado debe soportar una parte de la pérdida, ante la estipulación contractual de franquicias o deducibles, entre otras<sup>33</sup>.

Precisamente, y en concordancia con los efectos reconocidos a la subrogación en el art. 1670 del Código Civil, al tomar el asegurador subrogado la posición del acreedor (asegurado damnificado que fue indemnizado) en la obligación de responsabilidad civil o cualquier otro derecho, es implícita la posibilidad que tendrá el deudor de excepcionar de la misma manera ante el asegurador subrogado, en la que hubiera podido oponerse a la exigibilidad de la obligación frente al damnificado indemnizado. Operando todo lo anterior bajo la misma dinámica cuando se trata de un seguro real, en el cual, el seguro es adquirido sobre un bien o cosa asegurada<sup>34</sup>.

La subrogación legal en favor del asegurador está normativamente complementada por una prohibición y una obligación a cargo del asegurado, respectivamente:

- La prohibición expresa al asegurado de renunciar a sus derechos contra los terceros responsables del siniestro, acarreando la pérdida del derecho a la indemnización en caso de hacerlo<sup>35</sup>.
- Está obligado el asegurado, a petición del asegurador, de hacer todo lo que le sea posible para permitir el ejercicio de los derechos derivados de la subrogación. En

<sup>33</sup> *Op. Cit.*, DE LA CALLE LOMBANA, MARIN NARANJO & otros, p. 71.

<sup>34</sup> Código Civil – Art. 1670: “La subrogación, tanto legal como convencional, traspasa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones y privilegios, prendas e hipotecas del antiguo, así contra el deudor principal, como contra cualesquiera terceros, obligados solidaria y subsidiariamente a la deuda”.

<sup>35</sup> Código de Comercio – Art. 1097: “El asegurado no podrá renunciar en ningún momento a sus derechos contra terceros responsables del siniestro. El incumplimiento de esta obligación acarreará la pérdida del derecho a la indemnización”. – Nótese que, a pesar de la modificación realizada al texto previo del art. 1096 que reemplazó la expresión “los terceros” por “las personas” responsables del siniestro, la expresión “los terceros” permaneció incólume en el texto del art. 1097.

caso de incumplimiento del asegurado, el asegurador podrá reclamar los perjuicios que le sean causados<sup>36</sup>

Al mismo tiempo, restringe la ley el ejercicio de la subrogación por parte del asegurador cuando el causante o responsable del siniestro sea, respecto del asegurado: “(...) pariente en línea directa o colateral dentro del segundo grado civil de consanguinidad, padre adoptante, hijo adoptivo o cónyuge no divorciado”<sup>37</sup>. Exceptuando la misma norma la aplicación de la citada restricción en los eventos en que la responsabilidad provenga de dolo o culpa grave, al igual que los casos derivados de seguros de cumplimiento, manejo o crédito, o si la responsabilidad del causante o responsable se encuentra asegurada, limitando el alcance de la subrogación a los términos de dicho contrato de seguro<sup>38</sup>.

Es imprescindible dejar por sentado que, la subrogación legal del art. 1096 tan sólo aplica para los denominados seguros de daños (comprendiendo tanto s los seguros reales, como s los patrimoniales), sin lugar a su aplicación en los seguros de personas<sup>39</sup>.

#### IV. LA SUBROGACIÓN DEL REASEGURADOR EN EL DERECHO COMPARADO

Como la gran mayoría de las reglas del derecho de seguros, la subrogación tiene su origen en el *Common Law* (o Derecho Común), propio de las legislaciones anglosajonas, concretamente en el derecho inglés. Los principios rectores del contrato de seguro como la ubérrima buena fe, el principio indemnizatorio, la exigibilidad de un interés asegurable, posteriormente positivizados en otras legislaciones de tradición civilista como la francesa y la colombiana, tuvieron su génesis en los casos y pronunciamientos de varios jueces, entre los que se encuentra el más destacado: William Murray Mansfield, conocido como “Lord Mansfield”, denominado académicamente en Inglaterra como el “Padre del Derecho de Seguros”<sup>40</sup>.

Lo dicho anteriormente presupone que, al examinar los antecedentes del tema en las legislaciones anglosajonas, no se trata de un mero o caprichoso estudio comparativo, sino de la inigualable oportunidad de evaluar el fundamento, la estructuración y los criterios empleados por los jueces anglosajones para enfrentar los modernos desarrollos y desafíos del derecho de seguros y el derecho de reaseguros, desde análogos principios rectores y reglas generales acogidos por nuestra legislación.

<sup>36</sup> Código de Comercio – Art. 1098: “A petición del asegurador, el asegurado deberá hacer todo lo que esté a su alcance para permitirle el ejercicio de los derechos derivados de la subrogación. El incumplimiento de esta obligación se sancionará en los términos del Art. 1078”.

<sup>37</sup> Código de Comercio – Art. 1099.

<sup>38</sup> *Ibidem*.

<sup>39</sup> Código de Comercio – Art. 1139.

<sup>40</sup> SCHREIBER, Arthur. *Lord Mansfield – The Father of Insurance Law*, Insurance Law Journal, 766, 1960.



Adicionalmente, no se debe perder de vista que Inglaterra, Alemania, Estados Unidos y Suiza han sido y son actualmente el domicilio de las principales compañías reaseguradoras del mundo, sometiendo a sus legislaciones locales varios de los contratos de reaseguro con riesgos ubicados alrededor del mundo, determinando en gran medida el contenido y el alcance de la cobertura de los contratos de seguro en Colombia y el resto de países del mundo.

Como se anunció, la institución de la subrogación en el contrato de seguro, no fue la excepción de las reglas con origen en el Derecho Común inglés, siendo objeto de análisis en el caso *Castellein v. Preston*<sup>41</sup>. En este caso, el vendedor de una casa ubicada en Liverpool contrató una póliza de incendio durante el tiempo en el que aspiraba enajenar el inmueble. Como suele suceder, ésta última se incendió y las compañías aseguradoras indemnizaron al vendedor. Días después, las aseguradoras tuvieron conocimiento de la venta posterior y efectiva del inmueble a un tercero, de la cual el asegurado-vendedor recibió el precio total del inmueble. En otras palabras, el vendedor recibió tanto la indemnización del contrato de seguro como el valor de la venta del inmueble, lo que conllevó al reconocimiento al derecho de subrogación de la aseguradora en contra del asegurado por parte de los jueces.

Desde ese entonces, *Castellein v. Preston* es la referencia inicial en cualquier caso en el cual se pretenda la aplicación de la doctrina de la subrogación en el contrato de seguro o del contrato de reaseguro, ante los estrados Derecho Común y demás jurisdicciones anglosajonas, a pesar de tratarse de un escenario atípico, puesto que el asegurador persigue al asegurado que se enriqueció y no al tercero responsable de un daño<sup>42</sup>.

Ahora bien, resulta conducente y oportuna la mención del capítulo anterior sobre el origen de la subrogación en el Derecho Común, en tanto es en el mismo derecho comparado que, desde hace varios lustros, presentó por primera vez la posibilidad de ejercer la subrogación por el reasegurador. En Inglaterra, por ejemplo, desde el año 1873, los jueces reconocieron la posibilidad de que el reasegurador ejerciera la subrogación, siendo ratificada esta posibilidad en el año de 1907<sup>43</sup>. En este sentido, en la célebre obra *MacGillivray's on Insurance Law*, los Profesores Legh-Jones, Birds y Owen afirman que: “Los Reaseguradores están legitimados para subrogarse en todos los derechos del asegurador original, incluyendo los derechos del asegurado en los cuales el asegurador original se subroga”<sup>44</sup>.

Así mismo, en los Estados Unidos de América, desde 1951, el Profesor Kenneth THOMPSON cita textualmente el caso *Maryland Casualty Company v. City of Cincinnati*:

<sup>41</sup> WEIGHTMAN, Hugh. *Supreme Court of Judicature. Court of Appeal. Castellain v. Preston*, The American Law Register (1852–1891), Chapter: Recent English Decisions, Vol. 31, N° 12, New Series Volume 22 (Dec. 1883), pp. 769–777, Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/3304577>.

<sup>42</sup> LOWRY, John & RAWLINGS, Philip. *Insurance Law: Cases & Materials*, Hart Publishing, 2004, p. 587.

<sup>43</sup> Casos *The Ocean Wave*, 5 Biss. 378 (1873) y *Assicurazioni Generali de Trieste v. Empress Assurance Company Limited* (1907) 2KB. 814.

<sup>44</sup> LEGH-JONES, BIRDS & OWEN. *McGillivray's on Insurance Law*, Sweet & Maxwell, Eighth Edition, England, 2008, p. 651.



“Las consideraciones equitativas, que dan lugar a un derecho de subrogación a favor de un asegurador que paga la pérdida asegurada, se aplican a favor de un reasegurador que cumpla con su obligación para con el asegurado, ya sea que esa obligación sea para la totalidad o parte del seguro, monto de la pérdida incurrida por este último a favor de su asegurado. (...)”<sup>45</sup> (Traducción libre del autor) (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

En la misma obra, el autor reiteró la postura de los jueces norteamericanos al respecto, citando el caso *Liverpool & Great Western Steam Company v. Phoenix Insurance Company*:

“No se debe dudar de que, según las reglas seguidas en las decisiones citadas, si el apelante había reasegurado al asegurador original en la medida de todas sus pérdidas, si las hubiera, bajo la póliza de este último, y el apelante hubiese pagado a su asegurado la totalidad de la cantidad de la pérdida, y esa cantidad a su vez había sido pagada por el asegurador original a su asegurado, el apelante (reasegurador) habría tenido derecho a subrogarse en el derecho de acción de su asegurado contra el buque o su propietario por la pérdida ocasionada. En esa situación, el apelante (reasegurador) habría sido la única parte interesada en el derecho de acción objeto de una subrogación”<sup>46</sup> (Traducción libre del autor) (Subrayado fuera del texto original)

Por último, y más recientemente, en el año 2018, una corte del Distrito de Nueva York consideró que no es necesaria la relatividad o vínculo contractual entre el asegurado y el reasegurador, o la presencia de una cláusula de *cut-through*<sup>47</sup> en el contrato de reaseguro, puesto que, en el Derecho Común, la doctrina de la subrogación no proviene de la “relatividad o vínculo contractual” sino que debe regirse bajo los principios de la equidad para permitir que el reasegurador al realizar el pago de la indemnización pueda subrogarse en los derechos del asegurado contra el causante del daño, en los siguientes términos precisos:

“Los reaseguradores tienen derecho a recuperar los daños y perjuicios de terceros en función de los pagos que hicieron sobre la pérdida a través de sus contratos de reaseguro. Existe una gran cantidad de jurisprudencia que respalda esta doctrina entre aseguradores y asegurados, y un pequeño pero consistente grupo de casos que respalda la aplicación de la doctrina entre cedentes y reaseguradores”<sup>48</sup> (Traducción libre del autor) (Subrayado fuera del texto original)

De modo que, son consistentes los casos recogidos por la jurisprudencia británica y americana, donde los jueces se han decantado, sin dubitar demasiado, en reconocer la posibilidad de ejercer la subrogación por parte del reasegurador que ha indemnizado a la aseguradora (cedente) o directamente al asegurado original.

En América Latina, la discusión aparentemente tan sólo ha sido planteada por el Profesor mexicano Arturo Díaz Bravo (Q.E.P.D), en la obra en homenaje póstumo

<sup>45</sup> THOMPSON, Kenneth. *Reinsurance*, Third Edition, 1951, p. 287.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 288.

<sup>47</sup> “Cláusula que permite al asegurado reclamar directamente al reasegurador el importe de la indemnización” – Diccionario de Seguros MAPFRE, Editorial Fundación Mapfre, España, 2008.

<sup>48</sup> *Continental Casualty Co. v. Al Waeda Islamic Army*, N° 03 MDL 1570, 04 Civ. 5970, 2018 US. Dist LEXIS 108722, S.D.N.Y., 2018.

al Maestro J. Efrén OSSA GÓMEZ (1992), formulando múltiples interrogantes, lamentablemente, sin respuestas, entre los cuáles se indagaba a sí mismo: “¿alcanza al reasegurador, como contribuyente de una parte de la suma pagada, la subrogación en los derechos y acciones del asegurador, subrogado a su vez en los derechos del asegurado?”<sup>49</sup>.

En su artículo, el mismo Profesor DÍAZ BRAVO se tomó el trabajo de enunciar argumentos de carácter económico y jurídico, en favor de la subrogación del reasegurador y en contra de la misma. En favor de la subrogación, desde el punto de vista jurídico, consideró DIAZ BRAVO que, en virtud del principio de la comunidad de suerte<sup>50</sup>, propio del contrato de reaseguro, “(...) al pagar al asegurador, el reasegurador se subroga en los derechos y acciones, que, hasta por la cantidad pagada, correspondan al primero en contra del responsable del daño”<sup>51</sup> (Subrayado fuera del texto original). Paradójicamente, tras la muerte del Profesor DÍAZ BRAVO, en el *Liber Amicorum* en su homenaje póstumo, el Doctor Enrique JOSÉ QUINTANA retomó el análisis abordado en el mencionado artículo por DÍAZ BRAVO, mencionando: “Arturo, en el citado trabajo, nos estaba proponiendo que analizáramos si resultaba justo o no, conceder el derecho de subrogación a los reaseguradores, por eso no respondía al interrogante, planteaba con inteligencia un tema para el debate (...)”.

Llegados a este punto, tras revisar y constatar que no es ajena la subrogación del reasegurador en la jurisprudencia de otros países, se debe necesariamente, como objetivo primordial de la presente investigación, ahondar en la posibilidad y los caminos de la subrogación del reasegurador a la luz del derecho colombiano.

## V. LA SUBROGACIÓN DEL REASEGURADOR EN COLOMBIA

En Colombia, el Contrato de Reaseguro no fue objeto de regulación antes del Siglo XIX, ni durante la primera mitad del Siglo XX. Durante la segunda mitad del Siglo XX, se expidieron resoluciones por la Superintendencia Bancaria (actual Superintendencia Financiera de Colombia), que regularon tangencialmente ciertos temas relacionadas con el funcionamiento del Reaseguro, a saber: i) La prohibición de las aseguradoras de asumir en un sólo riesgo una responsabilidad que excediera el 20% de su capital y reservas, obligándoles a contratar reaseguro para los riesgos que excedieron tal porcentaje de retención<sup>52</sup>, ii) La obligatoria autorización de la Superintendencia

<sup>49</sup> DÍAZ BRAVO, Arturo. *Derecho de subrogación del asegurador*, Ensayos sobre seguros: Homenaje al Dr. J. Efrén Ossa G, Federación de Aseguradores Colombianos – FASECOLDA, Santafé de Bogotá, 1992, p. 67.

<sup>50</sup> El principio de la comunidad de suerte es entendido como la necesidad de que reasegurador siga la suerte técnico-jurídica del asegurador. El Profesor Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, en su obra “Distorsión Funcional del Reaseguro Tradicional” (1999), lo explica de la siguiente manera: “(...) todo aquello que de una u otra forma, de buena fe, límite, afecte o comprometa al asegurador directo en la esfera técnico-jurídica, a su turno, vinculó al reasegurador”.

<sup>51</sup> *Op. Cit.*, DÍAZ BRAVO, p. 112.

<sup>52</sup> Superintendencia Bancaria de Colombia – Resolución 151 de 1952.

para llevar a cabo licencias de cambio y giros del exterior<sup>53</sup>, y; iii) La facultad de la Superintendencia de solicitar información a los reaseguradores extranjeros sobre la certificación de acatamiento de su legislación de origen<sup>54</sup>.

Hecha la anterior salvedad, debo contextualizar al lector: la primera mención sobre el contrato de reaseguro en nuestro ordenamiento jurídico fue en el actual y vigente Código de Comercio de 1971. Siendo la primera, única y actual regulación del contrato de reaseguro no es extensa, haciendo referencia al mismo en sólo tres (3) artículos.

### **a) Antecedentes de la subrogación del reasegurador en Colombia**

Al introducir el presente documento mencioné que el tema de la subrogación del reasegurador en Colombia no ha sido decantado en su totalidad. Sin embargo, existen ciertos antecedentes alrededor del tema al interior de la doctrina especializada y la jurisprudencia nacional, los cuales abordaremos a continuación.

El Maestro Ossa proponía en su obra del año 1963 que el método para establecer a cuáles tipos de seguro aplicaba la subrogación consistía en consultar, en primer lugar, cuáles seguros obedecían al principio indemnizatorio, estando en su criterio demostrado que la subrogación se basaba en dicho principio<sup>55</sup>.

De manera análoga, el Maestro Ossa, al referirse sobre la subrogación en el contrato de reaseguro, basándose en el principio de la comunidad de suerte, consignó:

“El reasegurador sigue la suerte favorable o adversa del asegurador principal. **Se lucra por tanto de la subrogación**, en la misma proporción en que participa de los riesgos o en las pérdidas y a veces preferencialmente, todo según la naturaleza del respectivo tratado”<sup>56</sup> (Negrilla y subrayado fuera del texto original)

Es así como, sin profundizar sobre la forma del ejercicio de la subrogación por parte del reasegurador, fue claro y contundente al considerarla intrínseca al principio de la comunidad de suerte que tiene el reasegurador respecto del asegurador, sea favorable o adversa, y, por ende, teniendo el reasegurador derecho a “lucrarse” de la subrogación que logró ejercer el asegurador.

- **Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil – Sentencia del día 31 de marzo de 1981, MP: José María Esguerra Samper:**

Más adelante, en vigencia del Código de Comercio de 1971, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del día 31 de marzo de 1981,

<sup>53</sup> *Ibidem*. – Resolución 277 de 1967.

<sup>54</sup> *Ibidem*. – Circular SD-022 de 1971.

<sup>55</sup> *Op. Cit.*, OSSA GÓMEZ, p. 315: “Si la subrogación se basa, como parece demostrado, en el carácter indemnizatorio del contrato de seguros, será fácil adivinar, consultando la naturaleza de cada clase de seguros, y su posición frente al principio de indemnización, a cuáles de ellas conviene y cuáles no”.

<sup>56</sup> *Op. Cit.*, OSSA GÓMEZ, p. 319.

con ponencia del Doctor José María Esguerra Samper, dentro del proceso ordinario promovido por la Libertad Compañía de Seguros Generales S.A contra la Flota Mercante Gran Colombiana, consideró que el art. 1096 del Código de Comercio no era aplicable al contrato de reaseguro si en este último se pactó alguna cláusula respecto de la subrogación o que descartara lo previsto por el art. 1096 del Código de Comercio, en los siguientes términos:

**“Se trata, pues, de saber si la disposición del art. 1096 debe o no aplicarse, al contrato de reaseguro que celebraron La Libertad y ‘Unione Italiana di Riassicurazioni’ (cuaderno número 3, folios 13 y siguientes). En caso afirmativo, la reclamación al responsable del siniestro tendría que hacerla la compañía reaseguradora; en caso negativo, solamente la compañía aseguradora puede efectuar esa reclamación. Para resolver la cuestión, es preciso examinar si hubo ‘defecto de estipulación contractual’ en el contrato de reaseguro, respecto de la subrogación legal de que trata el art. 1096, o dicho con otras palabras, si lo dispuesto en ese artículo fue descartado por las partes reaseguradora y aseguradora; pues de haber sido así, el art. 1096 no sería aplicable al reasegurador, según disposición expresa del art. 1136. (...) Quedó, pues, convenido entre la aseguradora y la reaseguradora que, cuando aquélla recibiera de la persona responsable el monto de la indemnización por el daño causado al asegurado, la aseguradora quedaba obligada a reembolsar, en la correspondiente proporción, a la reaseguradora la cantidad pagada por el responsable del siniestro. Obligación ésta que excluye de suyo la subrogación de que trata el art. 1096 del Código de Comercio, pues si el reasegurador tuviera derecho al mencionado reembolso por parte de la aseguradora y, simultáneamente, al cobro de la indemnización total como efecto de la subrogación legal de que trata el art. 1096, habría un evidente enriquecimiento injusto para la reaseguradora. Lo cual demuestra, sin lugar a la menor duda, que el art. 1096 no era aplicable al caso del proceso y que, por lo tanto, no pudo ser malinterpretado por el Tribunal, quien” se negó a aplicarlo”<sup>57</sup>.**

Lo anterior, a partir del art. 1136 del Código de Comercio, argumentando que era claro al indicar que las normas relativas al contrato de seguro aplicaban al contrato de reaseguro únicamente en defecto de estipulación contractual que no afectara el orden público ni la esencia del contrato de seguro. En la sentencia examinada, la Corte sostuvo que no hay norma legal alguna que disponga expresamente que el reasegurador que paga al asegurador se subroga (como exige el art. 1667 del Código Civil), en los derechos a que a la compañía de seguros le confiere el citado art. 1096 del Código de Comercio<sup>58</sup>.

Personalmente, estimo que la Corte dilucidó, en aquel momento, un aspecto clave sobre el cual no hay dubitación en la actualidad: no existe una norma expresa que consagre la subrogación en favor del reasegurador. Sin embargo, no se dio en su momento a la tarea de examinar si en el ordenamiento jurídico colombiano existía norma expresa que lo prohibiera, limitándose a interpretar, a partir de la demanda de casación propuesta, que los casos de subrogación legal requieren un texto expreso

<sup>57</sup> Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, sentencia del día 31 de marzo de 1981. M.P. José María Esguerra Samper, Proceso Ordinario Promovido por la Libertad Compañía de Seguros Generales S.A contra Flota Mercante Gran Colombiana – Gaceta Judicial N° 2407 –, p. 399.

<sup>58</sup> *Ibidem* –, p. 396.

que lo consagre, sin poderse aplicar por analogía. Tampoco se analizó en el seno del Alto Tribunal la naturaleza de orden público de la subrogación legal del art. 1096 del Código de Comercio, reconocida por la misma Sala de Casación Civil doce (12) años después.<sup>59</sup> No es de menor importancia el asunto, pues siendo jurisprudencialmente entendida la subrogación legal del art. 1096 del Código de Comercio como norma de orden público, la interpretación del art. 1136 del Código de Comercio habría sido totalmente diferente respecto del caso analizado en la sentencia de 1981.

En efecto, si la subrogación legal del art. 1096 del Código de Comercio tiene la naturaleza de institución de orden público, no sería posible pactar en contrario de la misma, y, por ende, quedaría obsoleta la tesis de la sentencia de 1981 que consideró que, si el contrato de reaseguro contenía una disposición respecto de la subrogación, no debía aplicarse el art. 1096 del Código de Comercio al contrato de reaseguro.

Esta postura inicial de la Corte Suprema de Justicia –en el caso de 1981– impulsó aún más la razón de ser de la presente investigación. Este punto en particular, la interpretación de la aplicación supletiva de las normas del seguro al contrato de reaseguro regido por ley colombiana será examinada en el siguiente acápite del presente texto. Por lo pronto, reitero que, en la sentencia citada, la Corte no se detuvo en el carácter de orden público de la subrogación, y eso, entre otras particularidades, urgió la presente investigación.

- **Trabajo de Investigación denominado “El Reaseguro desde el punto de vista técnico, jurídico y económico-financiero” – Isaza Posse, María Cristina, Vivas Diez, Gabriel Jaime & Camacho, Jaime Rodrigo:**

Por último, el antecedente académico nacional más reciente que analizó tangencialmente la subrogación del reasegurador fue realizado por la Doctora María Cristina Isaza Posse, el Doctor Gabriel Jaime Vivas Diez y el Doctor Jaime Rodrigo Camacho, a quienes manifiesto mi admiración y respeto por su trayectoria profesional y aporte académico en el seno de nuestra Asociación Colombiana de Derecho de Seguros (ACOLDESE).

Los referidos autores, en el año 2003, en el marco de su trabajo de investigación para optar por el título de Maestría, manifestaron que:

“(…) en materia contractual no es corriente que el asegurado transfiera ese derecho al reasegurador (...), de conformidad con el art. 1667 del Código Civil colombiano, para que un tercero pueda subrogarse en los derechos del acreedor precisa que así se establezca en la ley y que a falta de ésta sea materia de una convención proveniente del acreedor”<sup>60</sup>.

Aunado a lo anterior, acogieron en su investigación extractos de la sentencia de 1981 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia –anteriormente

<sup>59</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del día 23 de septiembre de 1993. M.P. Pedro Lafont Pianetta, N° S-132.

<sup>60</sup> ISAZA POSSE, María Cristina, VIVAS DIEZ, Gabriel Jaime & CAMACHO, Jaime Rodrigo, *El Reaseguro desde el punto de vista técnico, jurídico y económico-financiero*, Trabajo de investigación para optar por el título de Maestría en Derecho de Seguros de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá D.C, 2003, p. 227.

reseñada—, afirmando que ninguno de los supuestos de la modalidad de la subrogación legal del art. 1668 del Código Civil recogía la hipótesis de la pretendida subrogación del reasegurador, concluyendo que, en su criterio, forzosamente el reasegurador carecía de legitimación para incoar una acción en ejercicio de la subrogación<sup>61 62</sup>.

Con un profundo respeto por los autores citados, y en aras de adelantar el propósito de la presente investigación, me aparto de dicho criterio soportado por decidido por la Corte Suprema de Justicia en 1981, por las siguientes razones puntuales, que ampliaré acuciosamente:

i) No analizó la totalidad de las hipótesis de la subrogación legal del art. 1668 del Código Civil, para afirmar que no es posible su operancia en beneficio del reasegurador.

ii) No se dilucidó el texto ni el alcance del art. 1136 del Código de Comercio, sobre la aplicación de las normas del Contrato de Seguro al de Reaseguro, de forma supletiva ante la ausencia de estipulación.

iii) En consecuencia, no se tuvo en cuenta la naturaleza como institución de orden público de la subrogación legal del art. 1096 del Código de Comercio, reconocida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia desde el año 1993<sup>63</sup>.

**- Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil – Sentencia SC3273–2020 del día 7 de septiembre de 2020, MP: Luis Armando Tolosa Villabona:**

Ahora bien, en medio de la emergencia sanitaria por la pandemia del COVID–19, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia profirió la sentencia SC3273–2020 del día 7 de septiembre de 2020 con ponencia del magistrado Luis Armando Tolosa Villabona, caso en el cual se pronunció dicha corporación sobre la demanda de casación interpuesta por la compañía reaseguradora QBE del Istmo Compañía de Reaseguros Inc. en contra de la sentencia proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por la misma sociedad en contra de la aseguradora Seguros del Estado S.A.

En esencia, la compañía reaseguradora pretendía la declaración del incumplimiento contractual de la aseguradora local, en el marco del contrato de reaseguro. Lo anterior,

<sup>61</sup> Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, sentencia del día 31 de marzo de 1981. M.P. José María Esguerra Samper, Proceso Ordinario Promovido por la Libertad Compañía de Seguros Generales S.A contra Flota Mercante Gran Colombiana – Gaceta Judicial N° 2407: “En el caso concreto del reaseguro la situación es del todo diferente, pues si bien el reasegurador es un tercero en el contrato celebrado entre el asegurador y el asegurado, cuando se produce el siniestro y a consecuencia de ello paga el asegurador lo que según el contrato de reaseguro está obligado a pagarle, está pagando deuda propia, en este caso el reasegurador si está obligado a pagar la prestación a su cargo derivado del contrato de reaseguro y por consiguiente, no está satisfaciendo una deuda ajena, aunque para él lo sea la del asegurador para con el asegurado”.

<sup>62</sup> *Op. cit.*, ISAZA POSSE, María Cristina, VIVAS DIEZ, Gabriel Jaime & CAMACHO, Jaime Rodrigo, p. 228.

<sup>63</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. M.P. Pedro Lafont Pianetta, N° S–132, del día 23 de septiembre de 1993.

dado que, tras haber indemnizado al asegurado original, y una vez subrogada la compañía de seguros en los derechos del beneficiario, está último optó por ceder –presuntamente a espaldas de la compañía reaseguradora– los derechos que tenía en contra del responsable del siniestro a la sociedad Avícola Miluc S.A.S, por un valor significativamente menor al que ascendían los derechos cedidos, equivalentes al valor con el que fue previamente indemnizado el beneficiario del contrato de seguro.

Es necesario mencionar que, en este caso, el contrato de reaseguro era proporcional, tipo cuota parte, 75% en cabeza del reasegurador y 25% en cabeza del asegurador local. En palabras de la Sala de Casación Civil: “(...) la beneficiaria, BNA SA, elevó reclamación y se le remuneró la suma de \$4.144000.000, cancelada, en alícuota parte, entre la aseguradora y reaseguradora en los porcentajes arriba discriminados”<sup>64</sup>. En síntesis, en sentir de la reaseguradora demandante, la compañía de seguros cedente desconoció las prestaciones del reaseguro, al celebrar la cesión por un valor menor (\$1.000.000.000) y renunciar al recobro del 100% de lo indemnizado por vía de la subrogación, frustrando la posibilidad que tenía la reaseguradora demandante de obtener el reembolso de la parte que costó de la indemnización.

Por su parte, la compañía aseguradora alegó carecer de facultades o deberes jurídicos para agenciar los intereses de la reaseguradora, y que, por lo tanto, no tenía la obligación de procurar satisfacerlos a costa de su propio beneficio. Además, manifestó dentro del proceso ordinario que celebró la cesión con plena autonomía, teniendo en cuenta que el valor de la negociación de la cesión de los derechos era justificable por ser remoto el recaudo del 100% del importe por encontrarse el responsable del siniestro en un proceso de liquidación, en donde los demás acreedores se opusieron al pago privilegiado en favor de la compañía de seguros por los derechos en los que se subrogó.

Llama la atención que, tal y como fue textualmente citado, en los antecedentes de la sentencia reseñada se menciona que la indemnización fue cancelada, en alícuota parte entre la asegurador y reaseguradora, dando entender que tanto la reaseguradora como la compañía de seguros acudieron a realizar directamente el pago de la indemnización al asegurado original, en los porcentajes que les correspondía<sup>65</sup>. Sin embargo, al referirse a los argumentos de la reaseguradora demandante, señaló que: “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”<sup>66</sup>.

<sup>64</sup> Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, sentencia SC3273–2020 del día 7 de septiembre de 2020. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona – Proceso Ordinario promovido por QBE del Istmo Compañía de Reaseguros Inc. en contra de Seguros del Estado S.A – Gaceta Judicial N° 2407 –, p. 2.

<sup>65</sup> “(...) la beneficiaria, BNA SA, elevó reclamación y se le remuneró la suma de \$4.144000.000, **cancelada, en alícuota parte, entre la aseguradora y reaseguradora en los porcentajes arriba discriminados**” (Negrilla y subrayado fuera del texto original) – Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, sentencia SC3273–2020 del día 7 de septiembre de 2020. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona – Proceso Ordinario promovido por QBE del Istmo Compañía de Reaseguros Inc. en contra de Seguros del Estado S.A – Gaceta Judicial N° 2407 –, p. 2.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 4.



Es pertinente aludir a lo anteriormente citado, pues, en estricto sentido, si la reaseguradora realizó directamente el pago del 75% de la indemnización, y a su turno, la aseguradora realizó el pago del 25% de la indemnización, no se explicaría el reproche de la compañía reaseguradora, en cuanto en virtud del art. 1096 del Código de Comercio, a la compañía de seguros tan solo le habría sido posible subrogarse –por ministerio de la Ley– hasta el importe que indemnizó, es decir, según el texto de la sentencia, hasta el 25% de la indemnización.

En otras palabras, si es cierto –como del texto de los antecedentes se deduce– que tanto reaseguradora y aseguradora pagaron su parte directamente al beneficiario, la compañía de seguros tan solo se habría subrogado hasta el monto de su importe, en aplicación estricta del art. 1096 del Código de Comercio, por lo cual: i) La compañía de seguros carecía de legitimidad para ceder el 100% de los derechos en contra del responsable del siniestro, por reposar el 75% en cabeza del reasegurador que indemnizó. ii) Y por ende, no habría podido reprochar la reaseguradora que la compañía de seguros cediera los derechos en contra del responsable del siniestro, pues respecto del 25% que indemnizó aquella directamente, solo ella podría, en ejercicio autónomo, disponer de los mencionados derechos<sup>67</sup>.

Reseña la Corte que en el fallo de primera instancia:

“(…) el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Descongestión de Bogotá accedió a las pretensiones. Lo anterior, al encontrar que Seguros del Estado SA. desconoció las obligaciones surgidas del 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 actora de recuperar la alícuota parte que pagó por concepto del valor afianzado en la relación asegurativa primigenia”.

Esto indica que el juzgador de primera instancia interpretó que el art. 1096 del Código de Comercio aplicaba al contrato de reaseguro. No obstante, no sustentó el por qué consideró que tal norma aplicaba, limitándose a señalar en qué consistió el presunto incumplimiento.

Por otro lado, la Sala Civil del Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá sostuvo que:

“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, ejúsdem, debe restituir a la reaseguradora, en todo o en proporción, la suma recuperada. De no hacerlo, originaría a su favor un enriquecimiento injustificado, debiendo, por tal motivo, resarcir a su contraparte”.

Es decir que, lejos de confirmar la postura adoptada por el juez de primera instancia, el Tribunal Superior se decantó por reconocer la obligación del asegurador de restituir la suma recuperada al reasegurador en virtud del principio de comunidad de suerte.

<sup>67</sup> Código de Comercio – Art. 1096: “El asegurador que pague una indemnización se subrogará, por ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro. (...)” – Este argumento no sería válido si la compañía de seguros realizó directamente el pago del 100% de la indemnización, tratándose entonces de una ambigüedad de los antecedentes de la sentencia.



Lo anterior, sin referirse al alcance del art. 1096 del Código de Comercio al interior del contrato de reaseguro.

Narra igualmente la Corte que el Tribunal afirmó:

“(…) que la interpelada 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”.

En síntesis, para el *ad-quem*, ante la ausencia de la mala fe de la convocada frente a la cesión del crédito, se echaba de menos la prueba de que ese negocio, acusado de nocivo por la reaseguradora, se hizo para lesionar el derecho a recuperar lo sufragado por el resarcimiento del siniestro, en concurrencia de su importe.

Más adelante, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, aprovechó el trámite en sede de casación para caracterizar jurisprudencialmente el principio de la comunidad de suerte, propio del contrato de reaseguro, en los siguientes términos:

“4.4.1.1. **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 máxima se sustenta a través de dos claros fundamentos: el determinista y el pecuniario. El determinista está dado por el vínculo causal entre los riesgos asegurables de ambos contratos. Las restricciones y limitaciones en el seguro impregnan también al reaseguro, al punto que la realización del hecho funesto en aquel provoca la del otro, fijando la responsabilidad para asegurador y, sucesivamente, la del reasegurador. El pecuniario, con arreglo a los efectos del siniestro del seguro primigenio, subyace cuando nace la obligación de pago para el reasegurado. Ahí se originan dos deudas interdependientes. Una, la del asegurador inicial, traducida en sufragar el valor de la indemnización al asegurado directo. Y otra, la del reasegurador, quien debe solventar la prestación reasegurada al asegurador–reasegurado”<sup>68</sup> (Negrilla y subrayado del texto original)

En un primer momento, al referirse a la subrogación del asegurador, la Sala de Casación Civil reconoce la expectativa legítima del reasegurador de participar en lo recuperado, señalando:

“(…) 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. La Sala ha señalado que también requiere, una vez ocurrido el siniestro, (...) que surja para el asegurado una acción contra el responsable (...), similar a la de

<sup>68</sup> Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, sentencia SC3273–2020 del día 7 de septiembre de 2020. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona – Proceso Ordinario promovido por QBE del Istmo Compañía de Reaseguros Inc. en contra de Seguros del Estado S.A – Gaceta Judicial N° 2407 –, p. 15.

responsabilidad civil prevista en los arts. 2341 y siguientes del Código Civil. Lo expuesto (es inobjetable cuando el asegurador asume por su cuenta el riesgo afianzado. Pero también, con mayor razón, cuando se ha valido del reaseguro para salvaguardar su patrimonio, frente a una deuda futura, por causa del riesgo amparado. En tal evento, ocurrido el siniestro, el reasegurador, por el hecho de haber contribuido a financiar la indemnización tiene una expectativa legítima de recuperar su capital)<sup>69</sup> (Negrilla y subrayado fuera del texto original)

No obstante, al identificar la cuestión que se debatía en sede de casación en esta oportunidad, la Sala de Casación Civil optó por sostener que no existe un derecho de subrogación en cabeza del reasegurador, sin perjuicio de la posibilidad que tiene el reasegurador de solicitar la parte que le corresponde de lo eventualmente recuperado por el asegurador, en aplicación del principio de comunidad de suerte, bajo la siguiente redacción y argumentación:

“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. En ese caso no existe un derecho de subrogación en cabeza del reasegurador. La ley no lo confiere expresamente, tampoco permite activarlo cuando el asegurador–reasegurado sea negligente o indiferente para ejercer esa garantía sustancial contra los terceros responsables de la ocurrencia del riesgo asegurado original.

Lo anterior, claro está, no implica que el asegurador–reasegurado, en caso de rescatar 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 de la porción que pagó de la indemnización, deducidos los gastos que conllevaron. (...)”.

En apretada síntesis, en el año 2020, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia acogió una tesis que reconoció la comunidad de suerte como principio cardinal del contrato de reaseguro, conforme a lo dispuesto por el art. 1134 del Código de Comercio. Y en este sentido, fue enfática en señalar que en virtud de los principios de equidad, comunidad de suerte y ubérrima buena fe, el asegurador debe retribuir a su reasegurador la parte de la porción que pagó de la indemnización, deducidos los gastos que conllevaron. Lo anterior como una obligación contractual surgida al interior del contrato de reaseguro a partir de los mencionados principios.

Al mismo tiempo, señaló la Sala de Casación Civil 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. Consideró entonces el Alto Tribunal que no existe un derecho de subrogación en cabeza del reasegurador, dado que la Ley no lo confiere expresamente, y menciona que tampoco permite activarlo cuando el asegurador–reasegurado sea negligente o

<sup>69</sup> *Ibidem.*, p. 22.

indiferente para ejercer esa garantía sustancial contra los terceros responsables de la ocurrencia del riesgo asegurado original.

## **b) La regulación vigente del contrato de reaseguro en Colombia**

Para entrar en materia, es preciso anotar que, reiterando lo dicho anteriormente, el contrato de reaseguro en la legislación colombiana cuenta con una referencia limitada a tres (3) artículos del Código de Comercio, explicados a continuación:

En primer lugar, el art. 1134, modificado por la Ley N° 45 de 1990, dispone una definición del contrato de reaseguro, estableciendo que el reasegurador contrae con el asegurador directo las mismas obligaciones que éste ha contraído con el tomador o asegurado, compartiendo análoga suerte en el desarrollo del contrato de seguro.<sup>70</sup> Mención y análisis especial merece el fragmento del artículo en comento al indicar que el reasegurador “(...) comparte análoga suerte en el desarrollo del contrato de seguro”, tratándose de la inclusión en la legislación local del denominado principio de comunidad de suerte. De igual manera, tal principio fue reconocido, reseñado y aplicado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SC3273–2020 del día 7 de septiembre de 2020 (MP: Luis Armando Tolosa Villabona), considerándolo como la fuente de la obligación contractual en cabeza del asegurador de compartir proporcionalmente con el asegurador los valores que logre recuperar.

A su turno, la doctrina nacional especializada ha registrado que a nivel internacional “la comunidad de suerte” encarna tanto un principio, bajo el proyecto UNIDROIT denominado *Principles of Reinsurance Contract Law (PRICL) 2019*, como una cláusula común del contrato de reaseguro, que consigna la regla especializada de seguir la fortuna o los arreglos del asegurador (en inglés, *follow the fortunes* o *follow the settlements*)<sup>71</sup>.

<sup>70</sup> El texto anterior del artículo hacía referencia a “la proporción convenida” entre asegurador y reasegurador, y calificaba al contrato de seguro como “contrato principal” en relación con el contrato de reaseguro. Por último, antes la norma contemplaba que, ante la mala fe del asegurador, el principio de comunidad de suerte no surtía efecto algo: “(...) El reasegurador contrae para con el asegurador directo, en **la proporción convenida**, las mismas obligaciones que éste contrae para con el asegurado. Y comparte la suerte de él en el desarrollo **del contrato principal. Este principio no surtirá ningún efecto si se acredita la mala fe del asegurador**”.

<sup>71</sup> NARVÁEZ BONNET, Jorge Eduardo. *El Reaseguro. Aspectos medulares en el ámbito jurídico*, artículo publicado en el libro *Teoría General del Seguro: Los Seguros en Particular – Liber Amicorum en homenaje al Maestro J. Efrén Ossa G.* – Tomo III Vol. I, Editorial Temis, Bogotá D.C., 2023, pp. 482 y 483: “**La doctrina enseña que el surgimiento de la cláusula de comunidad de suerte (follow the fortunes) obedeció al propósito de proteger al reasegurado del eventual incumplimiento en la obligación de facilitar al reasegurador las respectivas planillas de primas o de siniestros o de cualesquiera otros tipos de documentos. (...) En lo que toca con el principio de comunidad de suerte o de seguir la suerte de la cedente o del reasegurado, en la doctrina anglosajona se han desarrollado las reglas de follow the settlements<sup>36</sup> y de follow the fortunes**, las cuales han sido objeto de un trabajo de sistematización tendiente a lograr uniformidad en su aplicación a través del proyecto UNIDROIT denominado “Principles of Reinsurance Contract Law (PRICL) 2019”. De acuerdo con lo expuesto en tales principios,

Sumado a esto, bajo la actual legislación colombiana, en caso de mala fe del asegurador con el reasegurador, el contrato de reaseguro no surtirá efecto alguno<sup>72</sup>. Respecto de la prescripción, menciona el mismo art. 1134 del Código de Comercio que en ningún caso la responsabilidad del reasegurador cesará con anterioridad a los términos de prescripción de las acciones que se deriven del contrato de seguro<sup>73</sup>.

No sobra mencionar que, la definición del contrato de reaseguro en la ley colombiana no cubre todos los tipos de contratos de reaseguro que existen en el mercado. *A priori*, pareciera hacer referencia únicamente a los contratos de tipo proporcionales, con la inexactitud de considerar que el reasegurador contrae “las mismas obligaciones” que el asegurador contrae con el asegurado directo, siendo esto parcialmente cierto al estimar cierto sector de la doctrina que, en el contrato de reaseguro, el riesgo que se asegura es el surgimiento de un débito en el patrimonio del asegurador (cedente) ante la eventual contingencia que le represente una indemnización bajo los riesgos asegurados en un contrato de seguro, y que pueden pertenecer, indistintamente, a diferentes ramos de la actividad aseguradora<sup>74</sup>.

En segundo lugar, el art. 1135 establece que el contrato de reaseguro no es un contrato en favor de un tercero, determinando que el asegurado original no cuenta con una acción directa en contra del reasegurador<sup>75</sup>. Debiendo ser aclarado que, el reasegurador no tiene obligaciones en favor del asegurado original<sup>76</sup>. Existen varias opiniones en la doctrina especializada sobre el alcance de esta norma. Además, ante la ausencia de una acción directa del asegurado contra el reasegurador, dentro de la dinámica del mercado reasegurador nacional e internacional, se ha acudido convencionalmente a la inclusión de la denominada cláusula *cut-through*<sup>77</sup>.

---

la regla de *follow the settlements* se traduce en que el reasegurador está obligado a aceptar las liquidaciones efectuadas por el reasegurado, siempre y cuando se cumplan algunas condiciones como que el reclamo liquidado por el reasegurador y en la forma como lo hizo corresponda a la cobertura del contrato de seguro subyacente (...)” (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

<sup>72</sup> Código de Comercio – Art. 1134: “En virtud del contrato de reaseguro el reasegurador contrae con el asegurador directo las mismas obligaciones que éste ha contraído con el tomador o asegurado y comparte análoga suerte en el desarrollo del contrato de seguro, salvo que se compruebe **la mala fe del asegurador, en cuyo caso el contrato de reaseguro no surtirá efecto alguno**. La responsabilidad del reasegurador no cesará, en ningún caso, con anterioridad a los términos de prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro. Estos términos no pueden ser modificados por las partes”.

<sup>73</sup> *Ibidem*.

<sup>74</sup> Al respecto la Profesora Blanca ROMERO MATUTE, *El reaseguro*, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2001, afirma que “Existe, pues, una posibilidad de que nazca una deuda en el patrimonio, y este débito, o la suma de muchos de ellos, puede que suponga un desequilibrio técnico-financiero en la empresa aseguradora. Este es el riesgo que el asegurador descarga, en todo o en parte, sobre el reasegurador mediante la celebración del contrato”.

<sup>75</sup> Código de Comercio – Art. 1135: “**El reaseguro no es un contrato a favor de tercero. El asegurado carece, en tal virtud de acción directa contra el reasegurador**, y éste de obligaciones para con aquél”.

<sup>76</sup> *Ibidem*.

<sup>77</sup> Su definición y alcance fue puesto de presente anteriormente. En resumen, es una cláusula, propia del derecho de reaseguros, que otorga una acción directa al asegurado original en contra del reasegurador, a pesar de no ser el primero parte del contrato de reaseguro.

En Colombia, también existen opiniones divididas sobre la legalidad de esta cláusula en contra de lo dispuesto por el art. 1135, particularmente, sobre la carencia de acción directa del asegurado contra el reasegurador<sup>78</sup>. No obstante, la Superintendencia Bancaria –hoy Superintendencia Financiera de Colombia– consideró que, por ser dicha norma de carácter imperativo, la estipulación de una cláusula *cut-through* no es jurídicamente viable<sup>79</sup>.

En tercer lugar, el art. 1136 dispone cuáles son los preceptos del Título V del Libro Cuarto, referentes al contrato de seguro que, salvo los de su esencia y de orden público, deben aplicar supletoriamente al contrato de reaseguro, en ausencia de estipulación contractual. Por la importancia que comporta esta norma para la presente investigación, tratándose de la piedra angular que permite la identificación precisa de las normas que regulan el contrato de reaseguro en Colombia, procederemos a un examen exhaustivo. El artículo bajo estudio indica: “Los preceptos de este título, salvo los de orden público y los que dicen relación a la esencia del contrato de seguro, sólo se aplicarán al contrato de reaseguro en **defecto de estipulación contractual**” (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

De lo anteriormente transcrito, debemos concluir que el Contrato de Reaseguro, bajo legislación colombiana, se rige:

- Obligatoriamente por las normas de orden público y las de la esencia del contrato de seguro del Título V del Libro Cuarto del Código de Comercio.
- De manera imperativa, por las estipulaciones contractuales de las partes.
- Finalmente, por las normas del Título V del Libro Cuarto del Código de Comercio, relativas al contrato de seguro, en defecto de estipulación de las partes.

Lo anteriormente señalado no es un descubrimiento propio, ni una novedosa y descabellada tesis sobre las normas que rigen el contrato de reaseguro. Se trata de una conclusión sobre las normas y reglas que rigen el contrato de reaseguro bajo legislación colombiana a partir de la interpretación del art. 1136 del Código de Comercio, estudiada y analizada al detalle por el Profesor José Fernando Torres de Castro desde el año 1992<sup>80</sup>.

<sup>78</sup> El Maestro J. Efrén Ossa Gómez sostenía que nada obsta para su estipulación en contrario por no figurar el art. 1135 dentro de los preceptos imperativos del art. 1162. Por su parte, la Profesora Sonia Galvis Segura ratificó lo anterior, exponiendo en un congreso de la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros (ACOLDESE) en la ciudad de Santa Marta (Colombia), que el art. 1135 no es de carácter imperativo, ni tampoco está inspirado en la tutela del orden público o de las buenas costumbres. Ambos autores fueron citados por JARAMILLO, JARAMILLO, en su obra *Distorsión Funcional del Reaseguro*, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá D.C., 2005, p. 197.

<sup>79</sup> JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio, *Distorsión Funcional del Reaseguro*, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá D.C., 2005, p. 198, citando los conceptos N° 94021058–2 del 26 de julio de 1994 y N° 1998029661–2 del 13 de agosto de 1998.

<sup>80</sup> TORRES DE CASTRO, José Fernando. *Comentarios al Contrato de Reaseguro*, Ensayos sobre seguros: Homenaje al Dr. J. Efrén Ossa G, Federación de Aseguradores Colombianos – FASECOLDA, Santafé de Bogotá, 1992, p. 532: “Ello significa, en consecuencia, que el

**c) La subrogación del asegurador, contenida en el art. 1096 del Código de Comercio, es una norma reconocida jurisprudencialmente como de orden público y aplicaría imperativamente al contrato de reaseguro**

Las normas de orden público en las legislaciones de cada nación representan aquellas normas de imperativo cumplimiento, como límite claro al ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes. El Maestro Fernando Hinestrosa, reconocido civilista y tratadista colombiano, definía las normas de orden público como aquellas normas imperativas inderogables por disposición particular, sobre las cuales, en el escenario que son contravenidas por estipulación de las partes “(...) *la ley declara expresamente que hay objeto ilícito*”<sup>81</sup>.

De igual manera, sustentan su existencia la necesidad de conservar la integridad del Estado Social de Derecho y de garantizar, mediante las normas de orden público, el respeto a ciertos principios constitucionalmente protegidos, tales como; una protección especial a quienes están en una posición de indefensión o inferioridad, el mejoramiento de la calidad de vida, la distribución equitativa de oportunidades, y otros beneficios abarcados por el espectro del orden público político, económico, social y de protección<sup>82</sup>.

Así las cosas, siendo claro que una norma de orden público debe ser imperativamente aplicada, sobre la reseñada y analizada subrogación del asegurador en virtud del art. 1096 del Código de Comercio, como una modalidad de subrogación legal, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia la catalogó como una institución especial de orden público desde 1993, en los siguientes términos:

“Sin embargo, la ley no le da al pago del seguro, por parte de la compañía aseguradora al asegurado, un tratamiento ordinario sino uno especial, consistente, de un lado, como un pago con subrogación legal, y, del otro, le reconoce un interés público para su regulación. **Con lo cual se erige a esta subrogación legal por parte del seguro como una institución de orden público.** Lo uno se desprende del mandato expreso de ‘subrogación’ a que alude el art. 1096 del Código de Comercio”<sup>83</sup> (Subrayado y negrilla fuera del texto original de la sentencia).

Sobre la importancia de la posición del pronunciamiento judicial citado, ha demostrado su adhesión la doctrina especializada, dentro de la cual se destaca el Profesor Hernán

---

contrato de reaseguro se registrá, en primer lugar, **por las normas de orden público del contrato de seguro y las que dicen relación a su esencia**; en segundo lugar, por las estipulaciones contractuales, y, en su defecto, por las disposiciones del Código de Comercio, referentes al contrato de seguro que, siendo de naturaleza dispositiva, pueden aplicarse en ausencia de cláusulas contractuales expresas”.

<sup>81</sup> HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las Obligaciones*, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C, 2002, p. 273.

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 273.

<sup>83</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. M.P. Pedro Lafont Pianetta, N° S-132, del día 23 de septiembre de 1993.

Fabio LÓPEZ BLANCO, quien manifestó su conformidad con lo manifestado por la Corte, esto es, una vez más, que la subrogación del asegurador del art. 1096 del Código de Comercio es una institución especial de orden público<sup>84</sup>.

De lo anteriormente analizado, debemos concluir que no existe barrera de orden legal para concluir que, a partir del texto del art. 1136 del Código de Comercio –previamente analizado al detalle–, el contrato de reaseguro bajo legislación colombiana se rige obligatoriamente por las normas de orden público y las de la esencia del contrato de seguro del Título V del Libro Cuarto del Código de Comercio, lo que comprendería ineludiblemente el art. 1096 del Código de Comercio –norma de orden público– referente a la subrogación del asegurador, en estricta aplicación del precedente de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

#### **d) Las tres (3) opciones posibles para el ejercicio de la subrogación del reasegurador en Colombia**

Llegamos entonces a la parte propositiva del presente trabajo de investigación. Tras haber reseñado y explicado la institución legal de la subrogación, así como sus dos tipos (convencional y legal) reconocidos por el Código Civil colombiano, y la modalidad de la subrogación que atañe al asegurador y reasegurador (subrogación legal consagrada en el art. 1096 del Código de Comercio), es menester aterrizar en lo que considero las tres (3) opciones posibles para el ejercicio de la subrogación del reasegurador en Colombia, con sus respectivos presupuestos fácticos, su fuente legal y la forma concreta de ejercer dicha subrogación:

- **Primera opción propuesta: La subrogación convencional del reasegurador, en virtud de una cláusula de subrogación en el contrato de reaseguro.**

##### Presupuestos fácticos requeridos:

- El contrato de reaseguro se rige bajo la ley colombiana.
- El contrato de reaseguro contiene una cláusula de subrogación en favor del reasegurador en los derechos del asegurador (cedente) contra las personas responsables del siniestro del contrato de seguro. Usualmente, en el mercado es denominada como “Cláusula de subrogación y/o salvamentos”.

##### Fuente legal:

- El art. 1669 del Código Civil: Consagración en la ley de la subrogación convencional.

<sup>84</sup> LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *El Contrato de Seguro*, Cuarta Edición, Dupré Editores, Bogotá D.C., 2004, p. 242: “La Corte Suprema de Justicia, **en consideración que comparto integralmente y que por su claridad hace necesario mayores comentarios**, estima que la subrogación es una institución especial de orden público. (...)” (Negrilla y subrayado fuera del texto original).



Forma de ejercer la primera opción propuesta para la subrogación del reasegurador:

- Es posible que el reasegurador ejerza la subrogación convencional en virtud de un pacto de tal naturaleza al interior del contrato de reaseguro, al reconocer el Código Civil la validez de los pactos subrogatorios.
- Ahora bien, esta modalidad de subrogación convencional exige obligatoriamente cumplir las reglas de la cesión en derechos, y la solemnidad de la carta de pago, para tener validez bajo lo dispuesto por el art. 1669 del Código Civil colombiano.
- Adicionalmente, lo que sucedería en la práctica es la cesión por parte del asegurador de todos los derechos derivados del contrato de seguro al reasegurador, pues una vez indemnizado el asegurado original por el asegurador, el reasegurador estaría contractualmente habilitado como cesionario para iniciar las acciones pertinentes en contra de las personas responsables del siniestro.
- **Segunda opción propuesta: La subrogación legal del reasegurador, en aplicación imperativa del art. 1096 en el contrato de reaseguro (norma de orden público), como consecuencia de lo dispuesto por el art. 1136 del Código de Comercio.**

Presupuestos Fácticos:

- El contrato de reaseguro se rige por la ley colombiana.
- El asegurador indemniza al asegurado original en virtud del contrato de seguro, y por ministerio de la Ley, se subroga en los derechos del asegurado original en contra de las personas responsables del siniestro (art. 1096 del C. de Co aplicable al contrato de seguro).
- El reasegurador indemniza al asegurador en virtud del contrato de reaseguro. (Reembolso del débito ocasionado en el patrimonio del asegurador con ocasión de lo indemnizado por el asegurador al asegurado original en virtud del contrato de seguro).
- Por ministerio de la Ley, el reasegurador se subroga en los derechos del asegurador derivados del contrato de seguro. (art. 1096 del C. de Co aplicable al contrato de reaseguro).
- Una vez subrogado en los derechos del asegurador, el reasegurador, tiene la posibilidad ejercer acciones en contra de las personas responsables del siniestro.

Fuentes legales:

- El art. 1136 del Código de Comercio: Indica que son imperativas las normas de orden público en el contrato de reaseguro bajo legislación colombiana.
- El art. 1096 del Código de Comercio: Establece la modalidad de subrogación legal –por ministerio de la Ley– del asegurador en los derechos del asegurado en contra de las personas responsables del siniestro.

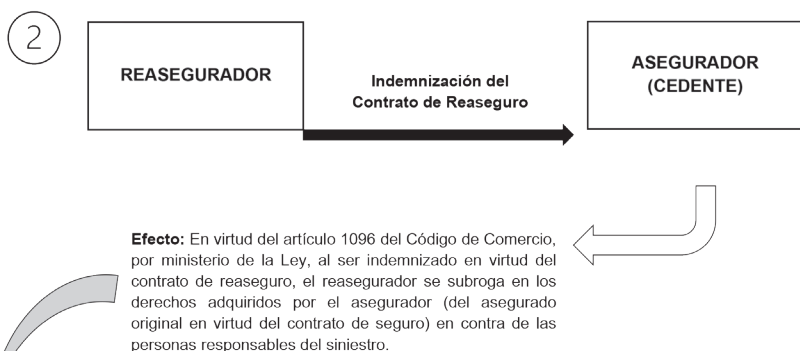
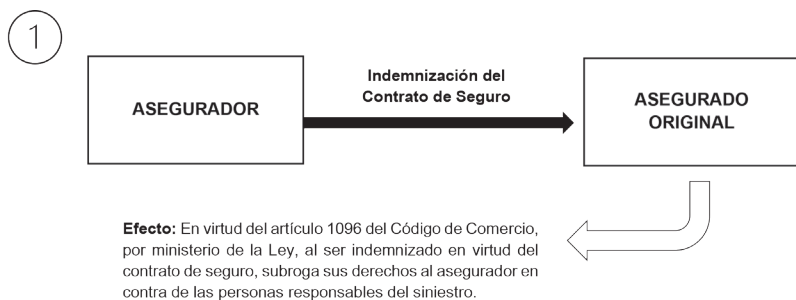


- Sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, M.P.: Pedro Lafont Pianeta, Fecha: 23/09/1993: Confirmó que la subrogación legal del asegurador del art. 1096 del Código de Comercio es una “*institución especial de orden público*”. Por tratarse de una norma de orden público, conforme a lo dispuesto por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, aplica al contrato de reasegurador, debiendo ser su texto interpretado respecto de la subrogación del reasegurador en los derechos del asegurador (cedente) en contra de las personas responsables del siniestro del contrato de reaseguro, respectivamente.

Forma de ejercer la segunda opción propuesta para la subrogación del reasegurador:

- Es el escenario más complejo y que mayor ‘gimnasia jurídica’ requiere, a pesar de tener un sustento normativo sólido a partir de la interpretación literal de las disposiciones normativas vigentes y el criterio de la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. De esta manera, acogiendo la interpretación literal del art. 1136 del Código de Comercio, sobre la imperativa aplicación de las normas de orden público en el contrato de reaseguro y la posición jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, que reconoció expresamente al art. 1096 del Código de Comercio como una institución especial de orden público, no se encuentra restricción legal alguna que impida entender que, siempre –por ser norma imperativa de orden público– debe entenderse que el contrato de reaseguro incluye la posibilidad del reasegurador de ejercer su derechos y subrogarse en la posición del asegurador (cedente) al realizar el pago de la indemnización.
- Se debe tener en cuenta que, para poder él reasegurador ejercer acciones en contra de las personas responsables del siniestro, tendríamos que evaluar la posibilidad del doble ejercicio de la subrogación del art. 1096 del Código de Comercio, que, en apretada síntesis, operaría de la siguiente manera:
- La primera subrogación: El asegurador indemniza al asegurado original en virtud del contrato de seguro, y por ministerio de la Ley, se subroga en los derechos del asegurado original en contra de las personas responsables del siniestro (art. 1096 del C. de Co aplicable al contrato de seguro).
- La segunda subrogación: El reasegurador indemniza al asegurador en virtud del contrato de reaseguro. (Reembolso del débito ocasionado en el patrimonio del asegurador con ocasión de lo indemnizado por el asegurador al asegurado original en virtud del contrato de seguro). Por ministerio de la Ley, el reasegurador se subroga en los derechos del asegurador derivados del contrato de seguro. (art. 1096 del C. de Co aplicable al contrato de reaseguro)

Procurando evitar confundir al lector y para mayor ilustración del ejercicio de la doble subrogación por parte del reasegurador propuesta en virtud del art. 1096 del Código de Comercio, que aplicaría tanto al contrato de seguro como al de reaseguro bajo legislación colombiana, se consigna la siguiente gráfica descriptiva:



En este hipotético escenario surge un aspecto bastante problemático, y que probablemente hubiese cambiado radicalmente la conclusión de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SC3273–2020 del día 7 de septiembre de 2020 (M.P. Luis Armando Tolosa Villabona), relacionado con la legitimidad del asegurador para iniciar acciones en contra del responsable del siniestro.

De aceptarse que el art. 1096 del Código de Comercio aplica imperativamente en el contrato de reaseguro por vía del art. 1136 de la misma codificación, al tratarse de una norma catalogada jurisprudencialmente como de orden público, la subrogación

del reasegurador también operaría por ministerio de la Ley una vez indemnizada la compañía de seguros (cedente), es decir, *ipso facto* y sin necesidad de orden o declaración judicial. Esto implicaría que, una vez indemnizado el asegurado original por la compañía de seguros (cedente), y, consecutivamente, indemnizada la compañía de seguros (cedente) por el reasegurador, por ministerio de la Ley, el asegurado (cedente) queda desprovisto de cualquier acción en contra del responsable del siniestro (en caso de haber retrocedido el 100% mediante reaseguro), o al menos, estaría únicamente legitimado para perseguir al responsable del siniestro por el monto del importe de la indemnización pagada que no estuviere reasegurado.

En otras palabras, dado que el art. 1096 del Código de Comercio establece que opera por ministerio de la Ley y hasta el monto del importe indemnizado, el asegurado que fuese indemnizado por el reasegurador subrogaría automáticamente –por Ley– sus acciones en contra del responsable del siniestro en favor del reasegurador hasta por el monto del importe pagado por este último. En resumen, se trataría de una cuestión por analizar detalladamente alrededor de la legitimidad en la causa del asegurado indemnizado por el reasegurador y la operancia por ministerio de la Ley de la subrogación propia del art. 1096 del Código de Comercio al interior del contrato de reaseguro.

A sabiendas del desafío jurídico que representa el segundo escenario propuesto para la posible subrogación del reasegurador, sin el ánimo de formular una tesis infalible, y en aras de promover el debate respectivo y la sana discusión, quiero compartir con el lector que esta propuesta fue socializada previamente con respetados miembros de la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros (ACOLDESE), cuyos nombres serán reservados para evitar abusar de su amabilidad, quienes generosamente formularon contrargumentos a dicho escenario, los cuales fueron analizados para ser ilustrados y respondidos a continuación:

**Contrargumento N° 1:** “Podría afirmarse, en detrimento del ejercicio de la subrogación propuesta, que supone un doble ejercicio de la subrogación del art. 1096 en beneficio del reasegurador, que por la prohibición del art. 1135, no es posible desarrollarla, que se trata de contratos diferentes y que no hay lugar a obligaciones del asegurado en favor del reasegurador”<sup>85</sup>.

**Respuesta:** Si se atiende el sentido textual del art. 1135, el hecho de prohibir la acción directa del asegurado contra el reasegurador, o establecer que el reasegurador no tiene obligaciones en favor del asegurado, en ningún caso representaría un cuello de botella o argumento jurídico para desvirtuar que el art. 1096 es de orden público y aplicaría al contrato de reaseguro en beneficio del reasegurador, como lo ha sostenido la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

El art. 1135 limita la relación del asegurado original con el reasegurador y se debe tener en cuenta que la subrogación propuesta tiene dos momentos: el primero donde el asegurador primigenio indemniza al asegurado original y se subroga en

<sup>85</sup> Código de Comercio – Art. 1135: “El reaseguro no es un contrato a favor de tercero. El asegurador carece, en tal virtud y acción directa contra el reasegurador, y éste de obligaciones para con aquel”.

sus derechos en virtud del art. 1096 del Código de Comercio aplicado al contrato de seguro; y el segundo momento donde el reasegurador indemniza al asegurador y se subrogaría en los derechos en contra de los responsables del siniestro en aplicación del art. 1096 del Código de Comercio al contrato de reaseguro.

**Contrargumento N° 2:** “La norma del art. 1096 del Código de Comercio, a pesar de ser norma de orden público, no aplica al contrato de reaseguro por su naturaleza misma”.

**Respuesta:** Este argumento –formulado por un respetado y reconocido tratadista nacional al cual admiro y agradezco el tiempo destinado para discutir la presente propuesta– sostiene que la naturaleza propia del contrato de reaseguro, regido por el principio de la comunidad de suerte, impide la aplicación del art. 1096 del Código de Comercio. Al respecto, habiendo meditado y analizado cuidadosamente el asunto, encuentro que existen más insumos dentro de la legislación nacional y la jurisprudencia para entender que el art. 1096 aplicaría al contrato de reaseguro, que para sostener que por la naturaleza misma del contrato no aplicaría.

Bajo esa línea, las reglas jurídicas consignadas por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SC3273–2020 del día 7 de septiembre de 2020 (MP: Luis Armando Tolosa Villabona), permiten inferir que del principio de la comunidad de suerte se desprende la obligación contractual del asegurador de participar proporcionalmente al reasegurador de los valores que logre recuperar en la etapa post–siniestral. Siendo eso, como lo dijo la Corte, una obligación contractual, no un escenario de subrogación, ni una fuente de subrogación legal que cumpla el requisito del Código Civil (estar consagrado expresamente en la Ley). Lo anterior, con la salvedad de que, en dicho caso, la Corte Suprema de Justicia no abordó el análisis propuesto a partir del art. 1136, ni negó el carácter de orden público del art. 1096 del Código de Comercio.

De hecho, respecto de lo que correspondería a la naturaleza del contrato de reaseguro, atendiendo el carácter eminentemente internacional del mismo, tenemos que en otras latitudes y legislaciones desde hace varios años se ha reconocido la posibilidad de contemplar la subrogación del reasegurador dentro del contrato de reaseguro –como se reseñó en acápite anterior del derecho comparado–, lo que podría conllevar a determinar que en Colombia no se había concebido previamente por un escollo normativo, que con la interpretación propuesta del carácter de orden público del art. 1096 en aplicación del art. 1136, podría superarse.

**Contrargumento N° 3:** “La norma del art. 1096 del Código de Comercio no aplica al contrato de reaseguro pues no es posible identificar a un tercero responsable del siniestro”.

**Respuesta:** De igual manera, un admirado profesor, estudioso desde hace varios lustros del contrato de reaseguro, al analizar conjuntamente como se podría interpretar, y, en consecuencia, aplicar el art. 1096 del Código de Comercio dentro del contrato de reaseguro, encontró que en el contrato de reaseguro no sería

posible identificar a un “tercero responsable del siniestro” como lo menciona el citado artículo del Código de Comercio. Y es que, en estricto sentido, al menos en los contratos de reaseguro facultativo, no cabría duda de que el responsable del siniestro sería el mismo del contrato de seguro. En términos prácticos, este obstáculo podría superarse hermenéuticamente examinando quien es el culpable (ajeno al contrato de seguro) que generó el pasivo en el patrimonio de la compañía de seguros reasegurada, o que, en otros términos, desató la exigibilidad de la obligación condicional del asegurador propia del contrato de seguro.

Es claro que podrían presentarse confusiones alrededor del responsable del siniestro bajo la óptica del contrato de reaseguro, sin embargo, bajo la regla de presunción internacionalmente conocida como *back to back* que orienta la suscripción y colocación de los programas de reaseguro proporcional respecto de los contratos de seguro, si por ejemplo, se reasegura un bien, se entiende que el reaseguro ampara los mismo riesgos amparados bajo el contrato de seguro, y en ese orden de ideas, si existe un tercero que desencadena el siniestro por daños materiales a dicho bien bajo el contrato de seguro, también podría ser el responsable del siniestro bajo el contrato de reaseguro<sup>86</sup>. El ejercicio de interpretación planteado no es ajeno a nuestra legislación, pues el simple hecho de que el art. 1136 del Código de Comercio indique que, a falta de estipulación, le aplican supletivamente al contrato de reaseguro las normas que rigen el contrato de seguro, nos llevaría al escenario de tener que “interpretar” o “entender” normas originalmente concebidas y redactadas para el contrato de seguro, en función de la lógica y la dinámica del contrato de reaseguro.

- **Tercera opción propuesta: La Subrogación Legal del Reasegurador, en aplicación del numeral 5° del art. 1668 del Código Civil.**

Presupuestos Fácticos:

- El contrato de reaseguro se rige por la ley colombiana y no contiene cláusula alguna de subrogación en favor del reasegurador.
- El reasegurador indemniza directamente al asegurado original, pagando una deuda ajena (por ser una deuda propia del contrato de seguro del cual no hace parte), con el consentimiento tácito o expreso del deudor (asegurador), aún en contra de la voluntad del acreedor (asegurado).

<sup>86</sup> GURSES, Ozlem. *Marine Insurance Law*, Routledge, Londres, 2015, p. 315–316: “La cláusula “como el original” confirma la naturaleza *back-to-back* de los contratos de seguro originales y de reaseguro proporcional. En el reaseguro proporcional la responsabilidad del reasegurado constituye la responsabilidad del reasegurador. (...) A menos que los contratos de reaseguro contengan algo que no pueda verse en el seguro original, si los términos del reaseguro están escritos “como el original” se presume que los dos contratos brindan cobertura idéntica y cuando el asegurador es responsable, los reaseguradores serán responsables hasta la cantidad proporcional que acordaron cubrir” (Traducción Libre).

### Fuente Jurídica:

- El art. 1668, en su numeral 5°, del Código Civil: Consagración en la Ley de la subrogación legal de quien paga una deuda ajena, consintiéndolo expresa o tácitamente el deudor, aún en contra de la voluntad del acreedor<sup>87</sup>.

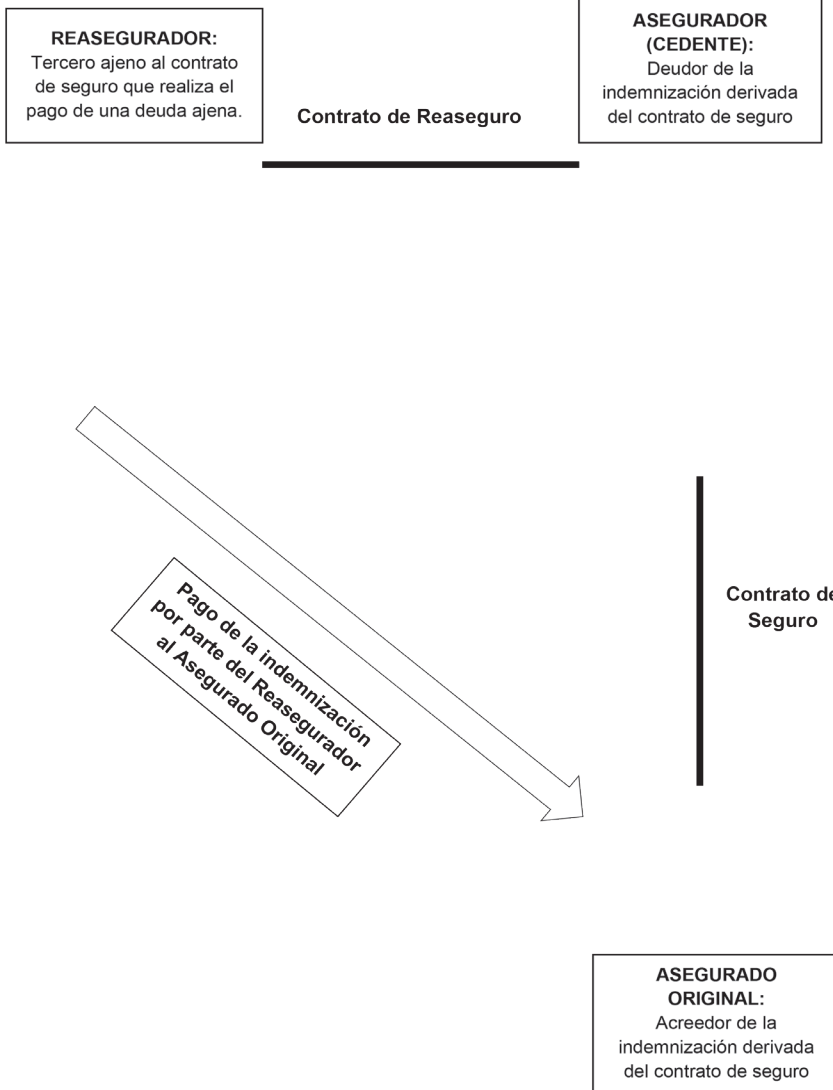
### Forma de ejercer la tercera opción propuesta para la subrogación del reasegurador:

- Se deben dejar de un lado las normas del contrato de seguro y las normas imperativas (de la esencia o del orden público) o supletivas del contrato de reaseguro.
  - Nos vamos a fijar en lo más básico, en la institución de la subrogación legal, tal y como está consignada en el Código Civil.
- Específicamente, invito al lector, siendo de gran interés para la comunidad reaseguradora, a poner su atención sobre el texto del art. 1668 del Código Civil, y más detalladamente, en el numeral 5°: “Se efectúa la subrogación por el ministerio de la ley, y aún contra la voluntad del acreedor, en todos los casos señalados por las leyes y especialmente a beneficio: (...) 5o.) Del que paga una deuda ajena, consintiéndolo expresa o tácitamente el deudor” (Negrilla y subrayado fuera del texto original).
- Al tratarse de un eje fundamental de la presente investigación, nos tomaremos el espacio para ver su aplicación en favor del reasegurador, paso a paso, palabra por palabra:
  1. Se trata de una subrogación legal, de origen civil, que opera automáticamente – por ministerio de la ley– (*ipso iure*), aún contra la voluntad del acreedor.
  2. En el caso concreto, el asegurador (deudor) debe una indemnización al asegurado (acreedor), derivada del contrato de seguro, una vez éste último acredita la ocurrencia y cuantía del siniestro del art. 1077 del Código de Comercio.
  3. Tratándose hipotéticamente de una colocación bajo el esquema de *fronting*, en la cual el asegurador (cedente) no retiene o retiene muy poco del riesgo asegurado, el mayor interés en el desarrollo del contrato, especialmente, al momento de pagar la indemnización derivada del siniestro, estará siempre en cabeza del reasegurador.
  4. Así las cosas, solicito su atención para observar que el reasegurador, en su condición de **tercero ajeno al contrato de seguro**, puede indemnizar directamente al asegurado original aún en contra de la voluntad del asegurado (acreedor de la indemnización del contrato de seguro), con el consentimiento expreso o tácito del asegurador–cedente (deudor del contrato de seguro), para subrogarse por ministerio de la ley (opera automáticamente) en los derechos del asegurado en contra de los responsables del siniestro.

Para mayor ilustración del ejercicio de la subrogación por parte del reasegurador que propongo en virtud del Código Civil, comparto con el lector la siguiente gráfica:

---

<sup>87</sup> Código Civil – Art. 1668: “Se efectúa la subrogación por el ministerio de la ley, y aún contra la voluntad del acreedor, en todos los casos señalados por las leyes y especialmente a beneficio: (...) 5o.) Del que paga una deuda ajena, consintiéndolo expresa o tácitamente el deudor” (Negrilla y subrayado fuera del texto original)



**Efecto:** Una vez recibido el pago de la indemnización del contrato de seguro por el asegurado original (aún en contra de su voluntad) por parte del reasegurador, por ministerio de la Ley, en aplicación del numeral 5° del artículo 1668 del Código Civil:

- La obligación del asegurador derivada del contrato de seguro se extingue.
- El Reasegurador al haber pagado una deuda ajena (indemnización derivada del contrato seguro) se subroga en los derechos del acreedor (asegurado original), que comprenden la eventual acción de responsabilidad civil en contra del tercero responsable del siniestro, quien le ocasionó el daño.

**Requisito indispensable:** El deudor (asegurador—cedente) debe consentir tácita o expresamente el pago realizado por el reasegurador al asegurado original.

Sobre la exigencia de contar el tercero (reasegurador), con el consentimiento expreso o tácito del deudor del contrato de seguro (asegurador), para pagar la deuda ajena al acreedor del contrato de seguro (asegurado original), aún contra la voluntad de este último, considero que en la colocación bajo el esquema *fronting*, no existirían razones o motivos objetivos para que el asegurador-cedente se oponga a otorgar dicho consentimiento al reasegurador para que éste último realice el pago indemnizatorio directamente al asegurado original. Por el contrario, pueden existir incentivos de carácter práctico, tributario, cambiario, contable, etc., para que el asegurador original considere como una ventaja consentir –tácita o expresamente– el pago directo por parte del reasegurador al asegurado original.

En este sentido, es conveniente precisar que, conforme a lo dispuesto por el inciso final del art. 1080 del Código de Comercio, el contrato de reaseguro no varía el contrato de seguro celebrado entre tomador y asegurador, y la oportunidad en el pago de éste, en caso de siniestro, no podrá diferirse a pretexto del reaseguro. Así las cosas, en el supuesto donde asegurador original y reasegurador convengan que el reasegurador podrá indemnizar directamente al asegurado original para permitir el tercer escenario propuesto para la subrogación del reasegurador, eso no implica la posibilidad de desconocer el plazo para el pago de la indemnización dispuesto en el art. 1080 del Código de Comercio.

La tercera opción propuesta para la posible subrogación del reasegurador también representa un desafío jurídico por no haber sido antes considerado como una vía para la subrogación del reasegurador en Colombia. Sin el ánimo de formular una tesis infalible, y en aras de promover el debate respectivo y la sana discusión, esta propuesta también fue socializada previamente con respetados miembros de la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros (ACOLDESE), cuyos nombres serán reservados para evitar abusar de su amabilidad, quienes generosamente formularon contrargumentos a dicho escenario, los cuales fueron analizados para ser ilustrados y respondidos a continuación:

**Contrargumento N° 1:** “El contrato de seguro y el de reaseguro son contratos diferentes, y al subrogarse el reasegurador en la posición del asegurador (cedente) no adquiere los derechos del asegurador propios del contrato de seguro”.

**Respuesta:** Respetuosamente discrepo del contrargumento amablemente formulado, estimando que, precisamente el hecho de que sean contratos diferentes (contrato de seguro y contrato de reaseguro) garantiza que, cuando el reasegurador realice el pago directamente al asegurado original, se trate de un tercero (reasegurador) que paga una deuda ajena (obligación condicional derivada del contrato de seguro), como lo exige el art. 1688 del Código Civil.

En otras palabras, el reasegurador es un tercero respecto del contrato de seguro. (De eso no hay dudas) No obstante, una vez ocurrido el siniestro, al indemnizar el reasegurador directamente al asegurado original del contrato de seguro, su pago tiene dos efectos: 1. Cumple su obligación condicional propia del contrato de reaseguro. 2. Cumple con una deuda ajena (obligación condicional indemnizatoria) del contrato de seguro.



Ahora bien, avizoro que este escenario sería de especial aplicación en los reaseguros facultativos, donde la colocación del contrato de reaseguro refiere un riesgo y nivel de exposición del asegurador (cedente) sobre la suerte de una póliza de seguro en concreto. Incluso podría despertar el interés en las colocaciones de *fronting* donde el valor de la indemnización es tan grande (billones de pesos colombianos) que resultaría conveniente (especialmente en términos tributarios y cambiarios) que el reasegurador indemnice directamente al asegurado original.

**Contrargumento N°2:** “El reasegurador al indemnizar a la aseguradora cedente dentro del contrato de reaseguro cumple una obligación propia. En consecuencia, no obra como un ‘tercero’ tal y como lo exige el Código Civil para entender que se trata de una subrogación legal”.

**Respuesta:** Estoy de acuerdo con el supuesto descrito en la primera frase del contrargumento generosamente formulado. El reasegurador al indemnizar a la aseguradora cedente, con ocasión del contrato de reaseguro, cumpliría una obligación propia. No obstante, se debe aclarar que, el tercer escenario propuesto para la subrogación del reasegurador parte de un supuesto distinto, a saber: que el reasegurador indemnice directamente al asegurado original, sin ser el primero parte del contrato de seguro. En este orden de ideas, aclaro que, el reasegurador debe ineludiblemente pagar una deuda ajena para pretender la aplicación de lo dispuesto en el numeral 5° del art. 1668 del Código Civil. Lo anterior, sin dejar de un lado el análisis de los dos supuestos de hecho adicionales que resultan imprescindibles para concebir la subrogación del reasegurador vía art. 1668 del Código Civil:

- Consentimiento tácito o expreso del deudor original (aseguradora–cedente) para permitir que el tercero ajeno a la deuda (reasegurador) pague directamente al acreedor de la obligación (asegurado original).
- La posibilidad de que el tercero (reasegurador) realice el pago directamente al acreedor (asegurado original) aún en contra de su voluntad, por disposición expresa del texto del numeral 5° del art. 1668 del Código Civil.

## VI. CONCLUSIONES

Una vez agotado el análisis del origen de la subrogación, la legislación nacional vigente sobre el particular, la mención de algunas referencias en el derecho comparado de la subrogación como institución jurídica y su rol en el contrato de seguro y eventual aplicación al contrato de reaseguro bajo legislación colombiana, se puede concluir lo siguiente:

1. Desde hace varios años, en el derecho comparado se ha reconocido la subrogación del reasegurador, sin necesidad de un vínculo contractual entre el asegurado y el reasegurador. Lo anterior, teniendo en cuenta que, en el derecho anglosajón, la subrogación es una doctrina basada en la equidad y no una institución legal de derecho civil como en nuestra legislación.

2. En Colombia, la subrogación es una institución jurídica con fundamento originario en el Código Civil. Tiene dos (2) tipos: la subrogación legal y la subrogación convencional. (arts. 1668 y 1669 del Código Civil).

3. El reasegurador puede ejercer la modalidad de subrogación convencional del art. 1669 del Código Civil, debiendo pactar en el contrato de reaseguro una cláusula que sea válida a la luz las reglas de la cesión de derechos y que cumpla con la solemnidad de la carta de pago.

4. El contenido y las normas aplicables del contrato de reaseguro, bajo ley colombiana, está determinado por el art. 1136 del Código de Comercio, que dispone la aplicación imperativa de las normas de orden público y de la esencia del contrato de seguro. Aclarando que, las demás normas del Título V del Libro Cuarto del Código de Comercio referentes al contrato de seguro se aplican supletivamente al contrato de reaseguro, en defecto de estipulación contractual.

5. En este sentido, la subrogación legal del asegurador en contra de los responsables del siniestro, contenida en el art. 1096 del Código de Comercio, ha sido catalogada por la jurisprudencia nacional como norma de orden público, y, por ende, en mi sentir, sería de imperativa aplicación en el marco del contrato de reaseguro, en aplicación de lo dispuesto por el art. 1136 del Código de Comercio. Debo mencionar que existen contrargumentos válidos en contra de esta posición, debidamente reseñados en este documento.

6. Si el reasegurador opta por realizar el pago directamente al asegurado original, se podría tratar de un tercero (reasegurador) que paga una deuda ajena (obligación condicional derivada del contrato de seguro), debiendo contar con el consentimiento tácito o expreso del deudor original (asegurador–cedente) para subrogarse en los derechos del asegurado original, por ministerio de la Ley, en aplicación de lo dispuesto por el numeral 5° del art. 1688 del Código Civil. Esta opción, en aplicación del art. 1688 del Código Civil, podría despertar el interés en las colocaciones de reaseguro bajo el esquema del *fronting*, donde el valor de la indemnización es tan grande (billones de pesos colombianos) que resultaría conveniente (especialmente en términos tributarios y cambiarios) que el reasegurador indemnice directamente al asegurado original.

7. De lo decidido por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SC3273–2020 del día 7 de septiembre de 2020 (MP: Luis Armando Tolosa Villabona), es posible inferir que, del principio de la comunidad de suerte en el contrato de reaseguro, bajo legislación colombiana, se desprende inherentemente la obligación contractual del asegurador de participar proporcionalmente al reasegurador de los valores que logre recuperar en la etapa post–siniestral. Y aunque su incumplimiento contractual es demandable judicialmente, no se entendería como una fuente legislativa de subrogación legal en favor del reasegurador, que cumpla el requisito del art. 1666 del Código Civil, es decir, estar consagrado expresamente señalado en la Ley. (Código Civil – Art. 1666: “Se efectúa la subrogación por el ministerio de la ley, y aún contra la voluntad del acreedor, **en todos los casos señalados por las leyes** (...)”) (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- BENCLOWICZ, Oscar. *Sobre la subrogación del asegurador y la depreciación monetaria*, (1977).
- DE LA CALLE LOMBANA, Humberto, MARÍN NARANJO, Héctor & otros. La subrogación del asegurador, Ensayos sobre seguros: Homenaje al Dr. J. Efrén Ossa G., Federación de Aseguradores Colombianos – FASECOLDA, Santafé de Bogotá, 1992.
- DÍAZ BRAVO, Arturo. *Derecho de subrogación del asegurador*, Ensayos sobre seguros: Homenaje al Dr. J. Efrén Ossa G, Federación de Aseguradores Colombianos – FASECOLDA, Santafé de Bogotá, (1992).
- GURSES, Ozlem. *Marine Insurance Law*, Routledge, Londres, 2015.
- HALPERIN, Isaac, *Contrato de Seguro*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, (1964).
- HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las Obligaciones*, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C, (2002).
- ISAZA POSSE, María Cristina; VIVAS DIEZ, Gabriel Jaime & CAMACHO, Jaime Rodrigo. *El Reaseguro desde el punto de vista técnico, jurídico y económico-financiero*, Trabajo de investigación para optar por el título de Maestría en Derecho de Seguros de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá D.C, (2003).
- JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. *Derecho de Seguros*, Editorial Temis, Bogotá D.C, (2013).
- JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. *Distorsión Funcional del Reaseguro*, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá D.C, (2005).
- JARAMILLO, JARAMILLO, Carlos Ignacio (Director Académico). *Teoría General del Seguro: Los Seguros en Particular – Liber Amicorum en homenaje al Maestro J. Efrén Ossa G.* – Tomo III Vol. I, Editorial Temis, (2023).
- LEGH-JONES, BIRDS & OWEN, *McGillivray's on Insurance Law*, Sweet & Maxwell, Eighth Edition, England, (2008).
- LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *El Contrato de Seguro*, Cuarta Edición, Dupré Editores, Bogotá D.C, 2004.
- LOWRY, JOHN & RAWLINGS, Philip. *Insurance Law: Cases & Materials*, Hart Publishing, (2004).
- MARASINGHE, *An Historical Introduction to the Doctrine of Subrogation: The Early History of the Doctrine I*, 10 Val. U.L. Rev. 45 (1975).
- OSSA GÓMEZ, J. Efrén. *Tratado Elemental de Seguros*, Ediciones Lerner, Santafé de Bogotá, (1963).
- REVISTA DINERO, *Ejecutivos y directores: ¿y ahora quién podrá protegerlos?*, Sección Seguros, octubre 4 de 2019.
- REVISTA SEMANA, *Fallos de entidades de control hacen más difícil asegurar.*, Control Fiscal, junio 16 de 2018.
- ROMERO, Blanca. *El reaseguro*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá (2011).
- SCHREIBER, Arthur. *Lord Mansfield – The Father of Insurance Law*, Insurance Law Journal, (1960).
- THOMPSON, Kenneth, *A Digest on Some Aspects of the Practice of Reinsurance and Excess Insurance and a Legal Treatise on the Subject*, Third Edition, Chilton Company, (1951).

TORRES DE CASTRO, José Fernando. *Comentarios al Contrato de Reaseguro*, Ensayos sobre seguros: Homenaje al Dr. J. Efrén Ossa G. Federación de Aseguradores Colombianos – FASECOLDA, Santafé de Bogotá, (1992).

WEIGHTMAN, Hugh. *Supreme Court of Judicature. Court of Appeal. Castellain v. Preston*, The American Law Register (1852-1891), Chapter: Recent English Decisions, Vol. 31, N° 12, New Series Volume 22 (Dec., 1883). Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/3304577>.

## VIII. JURISPRUDENCIA

Corte Suprema de Justicia, sentencia de noviembre 25 de 1935 – Gaceta Judicial XLVII.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del día 31 de marzo de 1981, MP: José María Esguerra Samper.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del día 23 de septiembre de 1993, MP: Pedro Lafont Pianetta, N° S–132.

Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, sentencia N° SC003–2015 del día 14 de enero de 2015, MP: Jesús Vall de Ruten Ruiz.

Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, sentencia SC3273–2020 del día 7 de septiembre de 2020, MP: Luis Armando Tolosa Villabona.

Continental Casualty Co. v. Al Waeda Islamic Army, N° 03 MDL 1570, 04 Civ. 5970, 2018 US. Dist LEXIS 108722, S.D.N.Y., 2018.

Assicurazioni Generali de Trieste v. Empress Assurance Company Limited (1907) 2KB. 814. Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/1112950>.

The Ocean Wave, 5 Biss. 378 (1873).