

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACION CIVIL

Magistrado Ponente: DR. HECTOR MARIN NARANJO

Santafé de Bogotá, Distrito Capital, trece (13) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995)

Rad.- Expediente 3986

Decide la Corte los recursos de casación propuestos por ambas partes contra la sentencia del 14 de diciembre de 1990, proferida por Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé, dentro del proceso ordinario instaurado por LA COMPAÑIA DE SEGUROS ANTORCHA en frente de LA COMPAÑIA DE VIGILANCIA SEGURIDAD TEQUENDAMA, quien a su vez llamó en garantía a SEGUROS DEL ESTADO S.A.

ANTECEDENTES

1. Correspondió al Juzgado 26 Civil del Circuito de esta ciudad conocer de la demanda en virtud de la cual la actora impetró que se declarara a la sociedad demandada como civilmente responsable de las pérdidas sufridas por la sociedad LABORATORIO LIBRAPHARMA, con ocasión del robo a sus instalaciones ocurrido en esta ciudad el día 11 de marzo de 1985.

Deprecó, consecuentemente, que se condenara a la demandada a pagarle a la demandante, en calidad de subrogataria legal de la perjudicada, la cantidad de \$5.895.155,00, junto con su corrección monetaria desde el 7 de junio de 1985, valor que pagó por concepto de indemnización además de los perjuicios causados por la mora en el pago, los cuales serían tasados en el proceso.

2.- Los supuestos de hecho que fundamenta las pretensiones que acaban de exponerse bien pueden compendiarse de la siguiente forma:

2.1. Laboratorios Librapharma contrató con la empresa demandada el servicio de vigilancia de sus oficinas, a pesar de lo cual, el día 11 de marzo de 1985, fueron objeto de un robo por parte de desconocidos.

2.2. Laboratorios Librapharma, desde cuando se denominaba WALTER HELD-División Farmacéutica Grunenthal, había contratado con la compañía de Seguros Antorcha una póliza de seguro por sustracción con violencia que amparaba todos los bienes de la empresa contra el mencionado riesgo, póliza que se había renovado para el período comprendido entre el 16 de enero de 1985 al 16 de enero de 1986 mediante el certificado No. 13743.

2.3. En cumplimiento de tal pacto, la sociedad demandante pagó el 7 de Junio de 1985 a Laboratorios Librapharma la cantidad de \$5.895.155,00, suma a la cual ascendieron las pérdidas causadas por el siniestro, subrogándose, subsecuentemente, en los "derechos" de la sociedad asegurada frente a los terceros responsables.

3. Notificada la demandada del auto admisorio de la demanda, negó algunos de los hechos que la sustentan y adujo desconocer la mayoría, propuso algunas excepciones y llamó en garantía a SEGUROS DEL ESTADO S.A., con quien había suscrito una póliza de seguro de Responsabilidad Civil Extracontractual, dentro de cuyos amparos entendía que se encontraba cubierto el hurto de objetos sometidos a su vigilancia.

Enterada en debida forma la susodicha aseguradora de la citación que se le hacía, compareció al proceso para manifestar su desconocimiento de los hechos que

fundamentan la acción y negar su responsabilidad con base en que la póliza que había otorgado no abrigaba riesgos originados en la responsabilidad contractual de asegurado, amén de que el límite pactado solo era de \$2.000.000,00.

4. Así trabada la relación procesal y agotadas las ritualidades de rigor, el Juzgado del conocimiento puso fin a la primera instancia con sentencia desestimatoria de las pretensiones de la demanda, decisión que fue apelada por la demandante.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, al cual correspondió resolver la alzada revocó la providencia recurrida y en su reemplazo declaró a la demandada civilmente responsable del perjuicio, condenándola al pago de la suma de \$5.895.155,00, correspondiente a la indemnización que la actora tuvo que solventar mas las costas del proceso. Así mismo, eximió de toda responsabilidad a la aseguradora llamada en garantía.

LAS RAZONES DEL TRIBUNAL

No sin antes sintetizar los antecedentes del litigio, advierte el Ad-quem que la acción instaurada le es la prevista en el artículo 1096 del Código de Comercio, cuyo tenor literal reproduce.

Convencido de tal aserto, encuentra demostrados, por una parte, el contrato de vigilancia suscrito por la sociedad demandada y el tantas veces citado Laboratorio, y por otra, el contrato de seguros ajustado entre este y la entidad demandante.

Con relación a la sustracción de la mercancía, reparó en la denuncia penal formulada por el señor Jairo Tirado Ulloa; en el avalúo de las pérdidas efectuado por una sociedad de ajustadores; en el pago que efectuó la aseguradora accionante y que encontró demostrado a "plenitud" con el documento que obra al folio 23 del cuaderno principal y en la inspección judicial realizada por el A-quo, complementada con la declaración del señor GALO IVAN VEGA COBO recibida en la segunda instancia.

También dio por demostrada, con base en "las declaraciones testimoniales rendidas", la imprudencia cometida por el vigilante de la sociedad demandada cuando abrió la puerta a un carro desconocido, inferencia que respalda en la transcripción de algunos apartes del testimonio del celador mismo.

Descarta, enseguida, la posibilidad de que se haya tratado de un caso fortuito por cuanto no aparece como imprevisible e irresistible, sino, por el contrario, lo que se encuentra es una conducta imprudente del vigilante.

Como quiera que encontró probados, tanto el contrato de vigilancia, como la pérdida de la mercancía, su valor y posterior pago, rechazó las excepciones propuestas por la demandada.

En relación con los medios defensivos propuestos por la entidad llamada en garantía, observó que la póliza que ésta otorgó no cubría "entre otros (sic.), 'las reclamaciones de responsabilidad civil extracontractual que deriven de...g) obligaciones o responsabilidades contractuales del asegurado...'", razón por la cual concluyó que no se encontraba obligada a resarcir "lo que a la demandada se incumba pagar por motivo del presente proceso".

LAS DEMANDAS DE CASACION

Como quiera que tanto la sociedad demandante como la demandada recurrieron en casación la sentencia que se viene de reseñar, la Corte despachará en primer término

los cargos que contiene la demanda por medio de la cual la parte demandada fundamentó su impugnación, y, posteriormente la acusación del actor cuyos alcances son solo parciales.

A) DEMANDA DE LA PARTE DEMANDADA

PRIMER CARGO:

Con apoyo en la causal primera de casación, se acusa la sentencia recurrida por quebrantar indirectamente los artículos 1495, 1612, 1613, 1615, 1666, 1667, 1670, 2341, 2343, 2333, 2346, 2347 del Código Civil, 1096 y 1098 del Código de Comercio, preceptos que resultan violados por "aplicación indebida" y como consecuencia del "error de hecho" en que incurrió el Ad-quem en la apreciación de las pruebas. Además, acusa como "...violación medio la del artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, norma esta que imperativamente le impone al juez apreciar las pruebas 'en conjunto'..."

Emprende la demostración del cargo exaltando el deber del Juzgador de ponderar y evaluar el mérito de cada una de las pruebas obrantes en el proceso. De ahí que el artículo 1Si7 del C. del P.C., le Imponga al Juez el deber de apreciar en conjunto las pruebas practicadas, exponiendo razonadamente el mérito que le asigna a cada.

Luego de algunas citas doctrinarias que destacan la importancia de esta obligación del Juzgador, anima que el Tribunal quebrante la disposición que se ha venido comentando porque para inferir la imprudencia que le achaca a la sociedad demandada habla en forma general de "declaraciones testimoniales", sin exponer el mérito que le ofrece cada una de ellas "y como si esto fuera poco tomo única y exclusivamente la declaración del vigilante HERNAN CASTRO", la cual, además, aprecia en forma contraria a la realidad, porque lo que asevera el declarante Castro es que obró convencido de que cumplía con el deber de abrir la puerta para que se efectuara la supervisión, no como lo anota el Tribunal que dedujo imprudencia de tal actuación, sin reparar que el celador, el la medida el que le fue posible, procuró observar que el vehículo que llegó tenía las mismas características del que efectuaba la revisión.

El Ad-quem deja de apreciar, entonces, lo siguiente:

a. Que Laboratorios LIBRAPHARMA no cumplió con lo pactado en la cláusula 2 del contrato obrante al folio 4 del cuaderno 1, según la cual "el usuario se compromete a mantener el perfecto estado de funcionamiento todos los sistemas de seguridad de la propiedad protegida", dentro de los cuales se encontraba una "puerta completamente metálica" que no contaba con ojos mágicos o ventanillas que permitieran observar plenamente a quien golpeaba.

Este contrato, junto con el informe que rinde de la investigación la Compañía de Ajustadores Asociados (folios 13 al 20) y el dictamen pericial del folio 47, más las declaraciones de GUSTAVO SILVA, AURELIANO VIASUS LEON, DEMETRIO TORRES Y MAXIMILIANO NEIRA, dan cuenta razonada y suficientemente meritoria sobre la imperiosa necesidad "por la que al vigilante le 'correspondía' abrir la puerta para el cumplimiento de su función de vigilancia".

b. Aparece demostrado que el Tribunal apreció erróneamente la declaración del susodicho celador, "error que fue insalvable por verdadera falta de apreciación de las pruebas ya citadas".

c. Las declaraciones testimoniales citadas dan cuenta de la falta de sistemas de seguridad a que estaba obligada la empresa protegida, de la exigencia de supervisión del mismo usuario y de las condiciones materiales en que se desenvolvía la labor de vigilancia. Ninguna consideración efectuó el fallador con respecto a tales probanzas, razón por la cual violó lo dispuesto por el artículo 187 del C. de P.C.

SE CONSIDERA:

1.- Según lo dispuesto en el inciso 2 del ordinal 1 del artículo 368 del C. de P.C., la infracción de una norma sustancial como causal de casación puede ocurrir como resultado de un error de derecho -que implica la violación de un precepto de disciplina probatoria-, o de uno de hecho de carácter manifiesto, cometidos en la apreciación de la demanda, de su contestación o de determinada prueba.

Si el quebrantamiento de la norma sustancial alegado proviene de un error de hecho manifiesto en la apreciación de la demanda o de su contestación, o de determinada prueba, es indispensable que el recurrente lo demuestre. Pero si la violación es el producto de un error de derecho se deben señalar las normas de carácter probatorio tenidas como infringidas exponiendo en qué consiste la infracción.

"Desde el punto de vista de la técnica del recurso -ha dicho la Corte -, la demostración de los yerros de apreciación probatoria por cuya causa puede el sentenciador llegar a transgredir una norma de índole sustancial comprende dos fases: Una, que es la de la trascendencia del error, común a ambas clases de error, comporta que una vez establecido el desacierto cometido por el juzgador al apreciar la prueba, se demuestre que éste lo llevó forzosamente a la determinación enjuiciada como violatoria de la ley. La otra, en cambio, asume diferente significación según sea la clase de error, pues al paso que en el de hecho la apreciación cumplida por el juzgador debe ser examinada teniendo como punto de referencia la objetividad del medio probatorio, en el de derecho la estimación cumplida se ha de pasar por el tamiz de las normas que disciplinan la actividad probatoria. Sin embargo, vista la cuestión decida otra perspectiva, se trata, en ambas clases de error, de llevar a cabo una labor de confrontación, cuyos pasos deben ser los siguientes:

"En el error de hecho debe ponerse de presente, por un lado, lo que dice, o dejó de decir, la sentencia respecto del medio probatorio, y, por el otro, el texto concreto del medio, y, establecido el paralelo, denotar que existe disparidad o divergencia entrambos y que esa disparidad es evidente.

"En el error de derecho -cuyo ineludible punto de partida es la percepción material u objetiva del medio por parte del sentenciador -, también es del caso llevar a cabo una comparación entre la sentencia y el medio, según se ha anticipado, mas en este supuesto lo será para patentizar que conforme a las reglas propias de la petición, decreto, práctica o apreciación de las pruebas, el juicio del sentenciador no podía ser el que, de hecho, consigno. En consecuencia, si dijo que la prueba era apta para demostrar el hecho o acto, debe hacerse notar que no lo era en realidad; o si la desestimó como idónea, debe puntualizarse que sí era adecuada. Todo, con sujeción a las susodichas normas reguladoras de la actividad probatoria dentro del proceso, las cuales, en consecuencia, resultan quebrantadas, motivo por el cual y a fin de configurar el error, debe denunciarse su violación." (Cas. 15 de septiembre de 1993).

Si el recurrente afirma que el Tribunal incurrió en error de derecho por no haber "considerado en lo más mínimo" determinadas probanzas, incurre en una notorio equívoco porque no es posible advertir tal especie de yerro en la falta de apreciación de un medio. Como ya fue señalado, en esta clase de error, diversamente a lo que sucede con el de hecho, siempre se parte de que el juzgador es consciente de la

presencia del medio, solo que al evaluarlo no lo hace con sujeción a la preceptiva legal. De ahí que en este caso y respecto de las declaraciones genéricamente mencionadas por el censor, el contrato de vigilancia y los demás documentos a que alude, no existe el desacierto que al sentenciador se le achaca.

Por el contrario, la demostración del error de derecho a que, ciertamente, conduce la infracción del artículo 187 del C de P. C., en cuanto que el Juez no aprecie en forma conjunta las pruebas, entraña poner en evidencia que la labor valorativa del Juez fue ajena al análisis de conjunto requerido por el precepto en comento, es decir, poniendo de manifiesto que la apreciación de los medios de prueba que una tarea aislada en la cual no se buscaron sus conexidades y coincidencias.

En el presente asunto, como el planteamiento del recurrente deriva hacia la preterición de algunas probanzas, el yerro no sería de derecho sino de hecho, confusión que impide el análisis de la cuestión de fondo.

SEGUNDO CARGO:

Con base en la causal primera de casación acusa la sentencia recurrida de ser indirectamente violatoria de los artículos 63 inc. 2o., 1602, 1603, 1604, 1609, 1616, 1618 y 1619 del Código Civil; artículos 2, 822, 1039, 1041, 1042, 1099 del Código de Comercio; artículo 1 de la ley 95 de 1890; y artículos 241, 276, 279 y 304 del C de P C, como consecuencia de los manifiestos errores de hecho que cometió el Tribunal al pretermitir la aplicación de las pruebas que permiten inferir que la sociedad demandada incurrió en la responsabilidad civil que se le endilga y que, por el contrario, apuntan a culpar a la sociedad dueña de los bienes perdidos.

Hace consistir la sindicación del yerro en que incurrió el Tribunal al afirmar que el celador HERNAN CASTRO abrió la puerta a "un carro desconocido", lo cual es una "suposición por adición" del fallador que se hace mas palpable en cuanto se considera otras declaraciones y el informe de la sociedad de ajustadores, según todo lo cual, para el vigilante el vehículo que llegó no era un carro desconocido, pues se trataba de un carro idéntico al que utilizaba el supervisor de la sociedad demandada, o sea un carro-patrulla campero, marca Suzuki, color amarillo.

No era, pues, un carro desconocido pues en la medida en que la puerta metálica le permitió observar, el velador creyó que era la patrulla de supervisión, al que conforme a las instrucciones de LIBRAPHARMA debía abrirle (folio 14 del cuaderno 4).

No apreció el Tribunal que el celador estaba obligado a abrir esa puerta, pues de lo contrario habría incumplido con ese deber para efectos de la supervisión o relevo de la vigilancia, según las modalidades establecidas en el contrato (folio 4 del cuaderno 1).

Esa obligación de abrir la puerta queda probada con la declaración de HERNAN CASTRO (folios 14 y 15 del cuaderno 4) que fue adicionada con la suposición del Ad-quem, y quien afirma que abrió la puerta metálica porque; creyó que era una patrulla a la cual le correspondía abrirle.

En el informe de la compañía de ajustadores (folio 5 del cuaderno 4) se precisa que el edificio de LIBRAPHARMA tiene dos puertas de acceso, una principal y la otra "...completamente metálica con una cerradura y dos pasadores internos con sendos candados" que es la utilizada para el recibo y entrega de las mercancías "y por los celadores durante las horas no laborables desde el 27 de mayo de 1.983...". Agrega el informe que en las horas no laborables "...el celador permanece dentro del edificio, con acceso a los pasillos desde los cuales puede observar los contenidos de la bodega, a través de rejas colocadas a la entrada de esta y el interior de las oficinas mediante

miradores incorporados en las puertas. En poder del celador de turno queda una llave de la puerta utilizada para recibo y entrega de mercancías con el objeto de que puedan hacer el relevo de vigilancia...". Los asegurados reforzaron, según el aludido reporte, después del siniestro la vigilancia con un celador más, "exigiendo que solamente la puede tener -la llave - el supervisor que lleva a cabo el relevo del personal...".

Sobre el mismo punto se refieren GUSTAVO SILVA, AURELIANO VIASUS LEON, DEMETRIO TORRES PARRA Y MAXIMILIANO NEIRA AGUIRRE. Declara, igualmente LUIS ENRIQUE DIAZ, representante de la sociedad de Ajustadores que "...los celadores eran las personas encargadas de abrir para el relevo...".

Para demostrar que lejos de haber sido una imprudencia cometida por el vigilante de Seguridad Tequendama cuando abrió la puerta de Laboratorios Librapharma, ese acto de abrir la puerta era una obligación o exigencia impuesta por el mismo usuario LIBRAPHARMA LIMITADA, pues así, lo, manifiesta en forma resplandeciente el mismo representante legal, señor GALO IVAN VEGA COBO quien al folio 10 del cuaderno 4 confiesa que en ese entonces los únicos que podían la puerta era el celador y la cía. de seguridad...".

Luego debió inferirse que el vigilante cumplía con su deber de abrir la puerta.

El error del Tribunal es aún mas ostensible cuando rechaza la excepción de "Cobro de lo no debido", pese a existir prueba del incumplimiento del contrato de vigilancia pues se le sugirió en forma verbal y por escrito que pusiera en funcionamiento los medios y sistemas de seguridad de la propiedad protegida conforme a lo pactado. Incumplimiento al cual aluden JOSE VICENTE AGUDELO VARGAS, AURELIANO VIASUS LEON, DEMETRIO TORRES, MAXIMILIANO NEIRA Y HERNAN CASTRO.

Tales medios de seguridad eran la colocación de reja protectora, chapas, alarmas, sellamiento de la puerta totalmente metálica y colocación de ventanillas, ojos mágicos o visores, que permitieran la fácil observación hacia la parte externa, sin abrir la puerta, arreglo que se hizo después del robo según los peritos designados en la inspección Judicial.

Queda demostrado que la sociedad demandada cumplió cabalmente con sus obligaciones sin que se le pueda imputar falla alguna en la prestación del servicio, el cual se prestaba en forma técnica, responsable y celosa.

Concluye su exposición con una cita de la sentencia de primera instancia según la cual el vigilancia fue víctima de la agresión y por ende sometido a una fuerza superior que no implica falla en el servicio.

SE CONSIDERA:

Dijo el Tribunal lo siguiente:

"Con las declaraciones testimoniales recibidas se acredita con plenitud la imprudencia cometida por el vigilante de Seguridad Tequendama Ltda., cuando abrió la puerta de Laboratorios Librapharma Ltda., a un carro desconocido..." Y luego de transcribir lo pertinente de la declaración de Hernán Castro, concluye: "Si antes habían sucedido antecedentes de robo, como se declaró en el proceso, resulta ingenuo el proceder del vigilante cuando abre a un vehículo desconocido de cuya identidad no se cercioró previamente....". (Se subraya).

Se observa, entonces, que para el Juzgador la culpa de la sociedad demandada deviene de la imprudencia de su empleado quien, a pesar de los antecedentes del robo en el lugar, abrió la puerta sin establecer a ciencia cierta quien se acercaba a ella.

En este orden de ideas, la calificación de "desconocidos" que el Ad-quem le da a quienes cometieron el ilícito es apenas circunstancial puesto que, como se ha dicho, el discernimiento sustancial de su apreciación consiste en que el vigía en forma ?ingenua? abrió la puerta sin cerciorarse de la identidad de quienes se acercaban, inferencia que no puede sin identificarse de contraevidente.

En efecto, en la breve exposición de los acontecimientos dice el vigilante HERNAN CASTRO lo que sigue: "...aproximadamente el caso me sucedió de diez y media a once de la noche, llegó el carro de la patrulla color amarillo y pitó entonces yo abrí la puerta pensando que era un carro de la patrulla y me correspondía salir a abrirle y me acuerdo de que salí y abrí la puerta de ahí en adelante no razón (sic) de nada...".

Mas adelante agrega: ?Yo no vi a nadie, solamente vi el carro y salí a abrir y llegué a la puerta y no vi a nadie y no recuerdo nada más..."

Como se observa, el deponente afirma que abrió la puerta "pensando" que eran sus compañeros, mas en momento alguno afirma que lo eran, caso en el cual serían estos los responsables del ilícito, razón por la cual y frente al hecho de que no se estableció la identidad de los saqueadores, la denominación de "desconocidos" no resulta manifiestamente equivocada. Además, el juicio así descrito, resulta ser exclusivamente suyo; por lo mismo, a él y a nadie más, le es adjudicable su imprevisión o su imprudencia.

De otro lado, si en gracia de discusión se admitiera que el centinela tenía la obligación de abrir la puerta metálica de Laboratorios Librapharma cuando se acercara el "campero Suzuki amarillo? del supervisor, tal aserto no enervaría el juicio del juzgador, puesto que aún así, seguiría orbitando sobre el celador la obligación de asegurarse de que el vehículo que se acercaba era ese y no otro. En consecuencia, resulta inocua la acusación que en tal sentido contiene el cargo. De todas formas, ni el contrato de vigilancia, ni la declaración del gerente de la empresa protegida, objetivamente contemplados, establecen la obligación de los celadores de abrirle la puerta a un determinado automotor. Y si tal regla proviene del ordenamiento interno de la empresa de vigilancia, las consecuencias de su incumplimiento solo son imputables a la demandada.

Por lo demás, el impugnante se limita a denunciar genéricamente como transgredidos unos testimonios, sin señalar en que consistió la omisión del Tribunal, deficiencia que riñe con la técnica propia del recurso de casación cuando se alegue la violación indirecta de la ley por errores de hecho.

Finalmente, tampoco puede prosperar la acusación que se hace consistir en que el Tribunal desconoció el contrato de vigilancia suscrito entre la sociedad demandada y LABORATORIOS LIBRAPHARMA, del cual se infiere que esta última lo incumplió porque se le "reclamó" en varias oportunidades que pusiera a funcionar los sistemas de seguridad a que alude la cláusula segunda, tales como la colocación de una reja protectora, chapas, alarmas, ojos mágicos o visores que permitieran una fácil observación, puesto que la susodicha estipulación tan solo dice: "El usuario se compromete a mantener en perfecto estado de funcionamiento todos los sistemas de seguridad de la Propiedad protegida "(se subraya).

Es decir, que si el usuario se comprometió a "mantener" en funcionamiento los sistemas de seguridad, ha de entenderse que eran los vigentes para la época de celebración del acuerdo, pero en modo alguno puede decirse que hubiera asumido la obligación de instalar los mecanismos de seguridad que menciona el recurrente, los cuales, aún en el supuesto de que hubiesen de colocarse resultarían inanes para atajar el perjuicio que causa un vigilante que imprudente o negligentemente abre las puertas del establecimiento protegido.

En consecuencia, el cargo no prospera.

DEMANDA DE LA PARTE DEMANDANTE:

CARGO UNICO:

Dentro de la órbita de la causal primera de casación se acusa la sentencia recurrida como directamente violatoria de los artículos 1, 2, 515, 822, 864, 871, 1036, 1037, 1045, 1046, 1047, 1048, 1049, 1050, 1054, 1072, 1077, 1079, 1080 (antes de ser modificado por la ley 45 de 1990), 1083, 1085, 1088, 1089, 1096, 1097, 1098, y 1110 del Código de Comercio; los artículos 1530, 1531, 1536, 1602, 1603, 1604, 1613, 1614, 1625, 1626, 1627 inciso 1, 1666, 1667, 1668 y 1670 del Código Civil, todos ellos por interpretación errónea. Los artículos 5 y 8 de la ley 153 de 1887, 26, 27 inciso 2, 28, 30, 31 y 1627 inciso 2 del Código Civil, 831 de Código de Comercio y 177 inciso 2 del Código de Procedimiento Civil, todos por falta de aplicación y, finalmente, el artículo 27 inciso 1 del Código Civil por aplicación indebida.

Emprende el censor la sustentación del cargo diciendo que acertó el Tribunal al apreciar el contrato de seguro suscrito entre la demandante y Librapharma como de daños, cuestión que por lo demás no discute por haberse escogido la vía directa.

Enseña el artículo 1088 del Código de Comercio, agrega, que tal especie de seguro es meramente indemnizatorio, razón por la cual no puede generar enriquecimiento. Por mandato de los artículos 1088 y 1079 ejusdem, la indemnización solo cubre, salvo pacto expreso en contrario, el daño emergente. Sin embargo, el carácter indemnizatorio del seguro solo se predica con relación al asegurado, para quien el pago que efectúe el asegurador no puede entrañar un enriquecimiento.

Adentrándose el censor en el estudio de las relaciones jurídicas emanadas de la realización del siniestro, encuentra que existen dos vínculos distintos, de un lado la relación contractual entre asegurado y aseguradora y de otro, la relación entre asegurado y terceros responsables del daño.

Si una persona, por ejemplo, ha tomado un seguro sobre un bien, tiene la facultad de iniciar las acciones pertinentes, contractuales o extracontractuales, frente a los civilmente responsables del perjuicio, como cualquier individuo no asegurado. O tiene la facultad de exigir al asegurador el pago de la suma pactada por el siniestro, quedando este facultado para perseguir a los causantes del daño, quienes, de no existir tal alternativa se enriquecerían sin causa justa. Para tal efecto consagró el actual Código de Comercio la subrogación del asegurador en los derechos del asegurado, por ministerio de la ley.

Titula un nuevo capítulo de su discurso como "Alcance de la Subrogación", para decir allí que por mandato del artículo 1096 ibídem, el asegurador se subroga en los derechos del asegurado y hasta el monto del importe de la indemnización pagada. Tales derechos, que los son todos, consisten en la posibilidad de perseguir al tercero responsable del siniestro y obtener de este el pago de los perjuicios ocasionados, es decir, no es un reclamo numérico, sino el de una indemnización, así sea con un tope.

Si el contrato de seguro es eminentemente indemnizatorio y no busca lucro de alguna índole, "pues el asegurador ya lo tuvo a través del recaudo de las primas", la transmisión de los derechos del asegurado solo se extiende a la recuperación de la indemnización cancelada a raíz del siniestro, por lo que no puede el asegurador impetrar el pago de otras prebendas o beneficios.

Se deben armonizar, entonces, dos situaciones, por una parte, la posibilidad del damnificado de perseguir al tercero responsable buscando la reparación plena de su perjuicio y la posibilidad de la aseguradora de accionar contra el causante del daño. La Corte, con una interpretación "exegética y desviada del contexto actual" ha entendido que el asegurador solo puede pretender el importe de la suma pagada.

Se observa que el asegurador ha pagado una indemnización, es decir, no solo una suma de dinero, sino ha reparado un daño. El artículo 1096 id, indica que el pago de la indemnización no puede significar un enriquecimiento para el asegurador, pero tampoco de empobrecimiento.

Luego de citar jurisprudencia de la Corte en torno a la corrección monetaria, afirma que el Tribunal interpretó equivocadamente el artículo 1096 del Código de Comercio, porque desde 1979 ha reconocido la corrección monetaria como un mecanismo de elemental justicia para mantener el equilibrio en las relaciones jurídicas, principio que debe mantenerse para interpretar el mencionado precepto, "salvo que con un criterio miope desee la jurisprudencia mantenerse en el error".

¿A qué se encuentra obligado el tercero responsable frente a la víctima que no está asegurada o que estándolo no reclama el pago del seguro?- se pregunta el censor, para contestar que tal obligación es la de pagar la indemnización, la cual incluye la corrección monetaria.

Así mismo, el asegurador se encuentra obligado a pagar la indemnización proveniente del daño emergente (a menos que se hubiese acordado el lucro cesante) pactada al asegurado. Efectuado el pago se produce por mandato del artículo 1096 la subrogación, que no es una mera novación o una subrogación monetaria, sino en los derechos de la víctima y que corresponden a la facultad de reclamar la indemnización plena de perjuicios. El límite que fija la ley no puede entenderse como una desnaturalización del concepto del derecho que involucra la indemnización.

En consecuencia yerra el Tribunal cuando afirma que la condena no puede sobrepasar el importe pagado, porque la corrección monetaria es el reconocimiento de un hecho notorio que coloca a la aseguradora en las mismas circunstancias que se encontraba al efectuar el pago, esto es, que no la enriquece. De no concederse la corrección, por el contrario, la empobrece.

Lo que la disposición legal pretende es que el asegurador reciba lo que pagó a título de indemnización, ni más ni menos. De la forma como ha venido siendo interpretada la norma quien se beneficia es el responsable, mientras se castiga a las personas que cumplen los contratos.

Dicho de otra manera, la subrogación de la aseguradora no varía la naturaleza de la acción en la cual se subroga, la cual tiene por finalidad el resarcimiento total, no parcial del daño causado. Si la acción no varía, los terceros responsables está obligados a reembolsarle a la aseguradora la totalidad de la indemnización cancelada por daño emergente, concepto que cobija el de la corrección monetaria. Esto es lo que debe entenderse por importe. Si bien, no puede existir un enriquecimiento para el

asegurador, tampoco para el causante del daño, razón por la cual se violó el artículo 831 idem.

Cita a continuación una providencia del Consejo de Estado que corrobora su dicho y agrega que desde otro ángulo de vista, no puede considerarse que el asegurador recibe el pago en forma completa sin la corrección monetaria (artículo 1627 del C.C.), porque es obligado a recibir, con carácter liberatorio, un valor distinto al que efectivamente corresponde a la prestación adeudada.

El error del Tribunal lo llevó a violar los artículos 5 y 8 de la ley 153 de 1887 y 831 del Código de Comercio y los artículos 26, 27, 28, 30 y 31 del Código Civil por falta de aplicación, pues estos le indican cómo interpretar el artículo 1096, discernimiento que no es otro que el propuesto por el recurrente.

SE CONSIDERA:

En forma reiterada ha sostenido la jurisprudencia de la Corte que la expresión ".hasta concurrencia del importe..." a que alude el artículo 1096 del Código de Comercio, debe interpretarse a la luz de lo dispuesto en el artículo 27 del Código Civil, razón por la cual no puede tener un alcance distinto al que señala su tenor literal. La razón de ser de este precepto estriba en el carácter indemnizatorio de esta especie de contrato, motivo por el cual no puede ser fuente de ganancias o de riqueza.

"...Cuando por presentarse el siniestro -ha dicho esta Corporación - la compañía aseguradora cubre el valor de la respectiva indemnización, por ministerio de la ley, o sea, sin concurrencia de las partes contratantes, el asegurador se subroga en los derechos del asegurado indemnizado contra el autor del daño, pero solo hasta el valor de la suma pagada, como quiera que al respecto establece la ley que 'el asegurador que pague una indemnización se subrogará, por ministerio de la ley y hasta concurrencia importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro (artículos 1096 y 1121 del Código de Comercio.

?Como ha sido rector en materia de seguros que este contrato no puede ser fuente de ganancias y menos de riqueza, sino que se caracteriza por ser indemnizatorio (artículo 1088 Código de Comercio) es apenas obvio que circunscriba el derecho del asegurador que ha pagado el valor del seguro a obtener, del autor del daño apenas el monto de la suma pagada y no una cantidad superior" (Cas. 22 de enero de 1981. G.J. CLXVI, pág. 156).

En este orden de ideas, el fundamento de tal subrogación no es proteger pecuniariamente al asegurador, quien, por el contrario, encuentra en el cobro de la prima la contraprestación económica de sus compromisos, siendo allí, dentro de la relación asegurado-asegurador donde se fija el equilibrio contractual, el cual por virtud de la aplicación de los principios del ?cálculo de probabilidades? y la ?previsión de lo imprevisible", no se resquebraja ni sufre mella alguna cuando el asegurador paga la indemnización, es decir, cuando cumple lo pactado.

Se infiere de lo dicho que la sociedad aseguradora no se empobrece por pagar lo que debe en razón de un contrato cuya singular estructura le permite obtener la contraprestación económica con base en principios técnicos universales. Si así no fuera, no se sabría, entonces, qué papel jugaría la prima dentro del contrato de seguro.

Como se ha dicho, el cimiento de la subrogación no es propiamente la protección patrimonial del asegurador, al cual, de todas formas, se le abre la posibilidad de la subrogación, la cual, en verdad, tiene por objetivo básico la necesidad de evitar el

enriquecimiento del causante del daño, así como enervar posibilidad de que el asegurado obtenga un doble pago del perjuicio. El carácter indemnizatorio lo fija la ley para la prestación en favor del asegurado, desde luego, para evitar allí también que la ocurrencia del siniestro se torne en una fuente de lucro, no de restablecimiento del equilibrio patrimonial para éste. Todo lo cual se halla inspirado en nítidos principios de moral social. Y si pudiera decirse que ese carácter indemnizatorio se traslada a la pretensión del asegurador que ha pagado, en frente del directo causante del daño, sólo lo podrá ser dentro del marco de su propia erogación, no sólo por lo ya dicho, sino también porque no se entendería cómo si el asegurador sólo queda obligado frente al asegurado a pagarle una suma determinada por razón de la pérdida sufrida por éste, él si pueda exigirle al causante del daño una corrección monetaria que no ha cubierto, máxime cuando no fue el directamente perjudicado.

Luego no puede acudir el censor a la supuesta necesidad de "mantener el equilibrio de las relaciones jurídicas" como un presupuesto para aplicar la corrección monetaria que depreca puesto que si el pago de la indemnización no es un factor de desequilibrio contractual o empobrecimiento del asegurador, sino de pago de una prestación debida, mucho menos resulta serio el reembolso nominal de la indemnización.

De otro lado, afirma el recurrente que por el hecho del pago de la indemnización pactada no varía la naturaleza de la acción en la cual se subroga el asegurador, razón por la cual tiene derecho a que se le restituya "la totalidad de la indemnización", o sea, el daño emergente que cobija la corrección monetaria.

Empero, no repara censor, además de lo dicho, en que la subrogación prevista en el artículo 1096 es, en cierta forma, sui generis, puesto que no tiene como presupuesto el pago de una deuda ajena, esto es, la del tercero responsable, sino, de una propia por la cual ha obtenido como contraprestación el pago de una prima, peculiar característica que llevó al legislador a señalarle el límite que le designó y que una vez cubierta por el responsable implica un pago total y válido al asegurador.

Desde luego que el cargo no prospera.

DECISION

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley NO CASA la sentencia del 14 de diciembre de 1990, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé, dentro del proceso ordinario instaurado por LA COMPAÑIA DE SEGUROS ANTORCHA en frente de LA COMPAÑIA DE VIGILANCIA SEGURIDAD TEQUENDAMA, quien a su vez llamó en garantía a SEGUROS DEL ESTADO S.A.

Sin Costas en el recurso de casación.

Cópiese y notifíquese

NICOLAS BECHARA SIMANCAS

CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS (Con excusa)

PEDRO LAFONT PIANETTA

HECTOR MARIN NARANJO

RAFAEL ROMERO SIERRA

JAVIER TAMAYO JARAMILLO Con salvamento de voto

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN CIVIL

Magistrado: Dr. JAVIER TAMAYO JARAMILLO

SALVAMENTO DE VOTO

Referencia: Expediente No. 3986

Con el mayor respecto, me permito discrepar de la decisión mayoritaria, todo lo relacionado con la negativa de conceder la corrección monetaria sobre las sumas que, en virtud de la subrogación prevista en el artículo 1096 del Código de Comercio, el asegurador le reclama al tercero civilmente responsable del siniestro. En ese sentido, procedo a salvar el voto y, para tal efecto, expongo los siguientes argumentos:

1. En primer lugar, la sentencia, apoyada en antecedentes jurisprudenciales de esta misma Corporación, sostiene que el artículo 27 del Código Civil impide darle al artículo 1096 del Código de Comercio una interpretación que justifique legalmente la corrección monetaria en favor del asegurador que se subroga contra el responsable de un siniestro indemnizado al asegurado. Según la Corte, la claridad de la última disposición citada es tal que es imposible consultar su espíritu. Así las cosas, según la sentencia, la corrección monetaria en favor del asegurador que se subroga contra el tercero responsable está vedada, pues el artículo 1096 del C. de Cío. solo consagra la subrogación ?hasta el monto del importe? de la indemnización pagada al asegurador. Esta consideración amerita, con todo, dos observaciones.

De un lado, con las mismas razones, que aduce la sentencia en relación con las limitaciones de interpretación que establece el artículo 27 del C.C., habría que concluir, que, en general, la corrección monetaria esta prohibida en el derecho nacional, pues el nominalismo que este literalmente acoge impediría una interpretación teleológica que le abra camino a la corrección monetaria. En efecto, el artículo 1627 del C.C. expresa que ?el Pago se hará bajo todos los aspectos en conformidad al tenor de la obligación?. Así las cosas, nada de lo literalmente pactado nominalmente en las obligaciones dinerarias, podría ser modificado por el fallador si el artículo 27 del C.C. se le da el alcance que, en el asunto subjudice, le brinda la sentencia.

No obstante, la jurisprudencia nacional, acudiendo al contexto del Código Civil, a la equidad y al equilibrio patrimonial que debe regular las relaciones jurídicas, en forma pacífica, acoge la solución de la corrección monetaria, sin bien hace algunas excepciones. No se ve claro, entonces, porque, en algunas circunstancias, para efectos de conceder la corrección monetaria, pareciera omitirse la aplicación literal de los textos legales correspondientes, desconociendo aparentemente la pauta interpretativa prevista en el artículo 27 del C.C. y, en cambio, en otras, como en el asunto sublite, dicha pauta se aplica con todo rigor, y, en consecuencia se niega la corrección.

Pero, de otra parte, aún en cumplimiento de las exigencias de interpretación previstas en el artículo 27 del C.C. para el caso a estudio, lo cierto es que, mirado desde un ángulo diferente, el artículo 1096 tiene una interpretación distinta de la que le otorga la sentencia, lo que nos permite desentrañar su espíritu que fue lo que finalmente hizo la jurisprudencia cuando decidió romper el nominalismo literal previsto en la ley civil.

En efecto, cuando el artículo 1096 del C. de Cío. Establece que ¿el asegurador que pague una indemnización se subrogará? hasta el monto de su importe? en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro?? lo que está haciendo es impedir que la totalidad de los derechos indemnizatorios que contra el causante del daño tenga el asegurado, pasen al asegurador que cubrió el siniestro. Lo que significa que aquella parte del daño no cubierta por el seguro queda en cabeza del asegurado perjudicado por el hecho del tercero. Pero el importe de lo pagado por el asegurador al asegurado queda sometido al régimen general de las obligaciones indemnizatorias, razón por la cual el principio de la corrección monetaria aplicado por nuestros Tribunales conserva acá su plena vigencia.

Como se ve, el artículo 1096 permite una interpretación literal diferente delatada por la sentencia, lo que muestra que, por lo menos, la norma no ofrece la claridad exigida por la norma no ofrece la claridad exigida por el artículo 27 del C.C., y, por lo tanto, sí es posible e incluso necesario, consultar su espíritu.

Pero, de otro lado, cabe anotar que, pese a la claridad que tenga una norma, el artículo 27 del C.C. no exige que ella se interprete y se aplique categórica y literalmente, ignorando completamente el resto del orden jurídico. En efecto, el artículo 30 del C.C. exige que la ley se interprete contextualmente, lo que significa que ambas normas son fuente de interpretación y a ellas deberá, siempre, acudir el intérprete. Por lo tanto, puede darse el caso de dos normas absolutamente claras si se les considera individualmente, pero contradictorias si se les integra. En tales circunstancias, el juez deberá desconocer una de las dos, pese a lo dispuesto en el artículo 27 del C.C. En consecuencia, no vemos por que no pueda aceptarse la corrección monetaria en favor del asegurador, si otras disposiciones e instituciones del sistema jurídico permiten aceptarlas.

2. La interpretación que propongo tiene plena justificación dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

En efecto, el pago del siniestro al asegurador genera un desplazamiento de los derechos indemnizatorios del asegurado contra el tercero responsable hacia el asegurador. En tales condiciones, desde el pago del siniestro, el responsable es deudor del asegurador, en el equivalente de la indemnización recibida por el asegurador. Y así se le considerara como una obligación dineraria, que no lo es, el responsable al ser condenado en favor del asegurador, tiene que pagar una prestación de la que era deudor desde cuando se produjo la subrogación razón por la cual dicha prestación debe ser actualizada. La interpretación literal que hace la sentencia sería válida si el tercero responsable le pagase al asegurador el mismo día en que este paga el seguro al asegurado, pues allí si habría un equilibrio patrimonial entre las tres partes implicadas, Nadie se enriquecería a costa de los otros.

Ahora, como ya lo dije, lo que el artículo 1096 persigue es que la subrogación por el pago del siniestro no se le ve un alcance que le permita al asegurador cobrar para sí, aquella parte del daño no cubierta por el seguro y que, por lo tanto, corresponde al asegurado. ¿Cosificado? el daño y su valor intrínseco el día del pago del siniestro, una parte corresponderá al asegurador y la otra, si fue que no hubo indemnización total, corresponderá al asegurado. A partir de ese momento, el daño queda bifurcado desde el punto de vista de los legitimados para su reparación y, por lo tanto, cada quien podrá cobrar lo que le corresponde y si ese pago se retarda en el tiempo, cada uno de los legitimados podrá cobrar la corrección sobre la suma a la cual tiene derecho. Tampoco puede perderse de vista que el artículo 1096 consagra la subrogación de ¿LOS DERECHOS? del asegurado, en favor del asegurador, lo que quiere decir que si el asegurado tenía derecho a que su indemnización se corrigiera monetariamente, ese crédito para al patrimonio del asegurador con ese mismo beneficio. Obsérvese que la

norma habla de subrogación de ?derechos? y no de sumas; por lo tanto, no puede reducirse esos derechos al valor monetario que para el momento del pago del siniestro ellos tenían. Para lo favorable y para lo desfavorable, el asegurador recoge en su patrimonio, los derechos que contra el responsable tenía el asegurado.

3. Miradas las relaciones patrimoniales que surgen al momento de producirse la subrogación, observamos que el tercero responsable no puede quedarse impune y por lo tanto, debe indemnizar la totalidad del daño que cause; y, no teniendo él la calidad de beneficiario del seguro, no se ve como finalmente, se beneficia con el desconocimiento de la corrección monetaria en favor del asegurador subrogado. De su lado, el asegurado no podrá cobrar al responsable sino aquella parte del siniestro que no fue pagada por el asegurado; luego la corrección monetaria que se le pretende negar al asegurador subrogado no se le podrá otorgar al asegurado, pues, entonces, este se estaría enriqueciendo injustamente.

Por lo tanto, si, en buen derecho, el responsable tiene que indemnizar todo el daño causado y el asegurado no puede cobrar la corrección monetaria, la conclusión lógica es la de que esa corrección le pertenece al asegurador. Y en esa solución no hay enriquecimiento sin causa del asegurador. Con el otorgamiento de la corrección monetaria al asegurador sólo se le está manteniendo el valor intrínseco a la indemnización que recibió el asegurado y que, en virtud de la subrogación, ahora pretende ser recuperada por el asegurador contra el tercero responsable. Concedida la corrección monetaria al asegurador subrogado, el equilibrio patrimonial es perfecto pues el responsable paga el valor intrínseco exacto del daño, lo que significa que no se empobrece injustamente en favor del asegurador, el asegurado queda completamente indemnizado por el seguro y por el responsable y, finalmente, el asegurador recibe exactamente el mismo valor intrínseco que pagó al asegurado con motivo del siniestro, lo que significa que no se enriquece injustamente a costa del responsable del daño. Esta interpretación del artículo 1096 del C. de P. Cío. no solo deja intacto el principio rector del artículo 27 del C.C., sino que concilia todo orden sistemático que contiene el régimen obligacional colombiano. En cambio, con la solución contemplada en la sentencia, el tercero responsable se estará enriqueciendo injustamente a costa del asegurador, enriquecimiento que está prohibido a la luz de nuestro ordenamiento privado. Decimos que se está enriqueciendo, en la medida en que su patrimonio se disminuye menos de lo que debería disminuirse en caso de tener que pagar la indemnización corregida monetariamente.

4. La solución contemplada en la sentencia conduce a consecuencias completamente injurídicas. Veámoslo con un ejemplo:

Supongamos que el asegurador paga al asegurado el valor de la mercancía que era transportada, razón por la cual el asegurador se subroga contra el asegurador responsable. Si la mercancía aparece meses o años después, el legitimado legalmente para recibirla será el asegurador subrogado y si, y para ese entonces, la mercancía tiene un valor mucho más alto en razón de la inflación, no vemos como, bajo el argumento de que el asegurador no puede cobrar más de lo que pagó al asegurado, pueda el transportador quedarse con parte de la carga, limitándose a entregar el equivalente al valor nominal de lo pagado por el asegurador, tampoco como pueda el asegurador que ya fue plenamente indemnizado por el asegurador reclamar ese exceso que no puede ser conservado por el transportador. La única solución legítima consistiría en entregar la totalidad de la mercancía al transportador quien, al recibir cosas con mayor valor monetario en razón de la inflación, desde el punto de vista intrínseco está recuperando el valor exacto de lo indemnizado al asegurado en virtud del siniestro. Con todo, la solución adoptada por la decisión mayoritaria tendría que no conducir a la no aplicación de esta última solución, pues, desde el punto de vista nominal, al asegurador estaría recibiendo una suma superior al

importe de lo monetariamente pagado al asegurado. En el ejemplo propuesto, la consecuencia lógica de la tesis sostenida en la sentencia aprobada conllevaría a un enriquecimiento sin causa por parte del transportador responsable, en cuyo caso, se estaría desconociendo el texto claro del artículo 831 del C. de Cío. Según el cual ?Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro?.

Inclusive, variando un poco el ejemplo, supongamos que aparece la mitad de la mercancía, en cuyo caso, el asegurador tendrá derecho a que la devuelva la mitad que apareció y a que le paguen en dinero, la mitad que se perdió. Sería absurdo que la segunda mitad no se corrija monetariamente siguiendo el criterio de la decisión mayoritaria y que, en cambio, pudiese beneficiarse de la valorización de la carga que apareció.

5. Según la sentencia aprobada, ?la razón de ser del artículo 1096 estriba en el carácter indemnizatorio de esta especie de contratos, razón por la cual no puede ser fuente de ganancias o de riqueza?. Esta apreciación es válida pero en relación con el asegurado y no con el asegurador. En efecto, al producirse la subrogación, pretende el legislador que el asegurado no reciba una indemnización ni superior ni inferior al daño realmente sufrido. Para que no reciba más, le concede acción subrogatoria al asegurador; y, para que no reciba menor, le impide al asegurador cobrar para sí, aquella parte del daño no cubierta por el seguro. Pero la norma en ninguna parte está prohibiendo la corrección monetaria en favor del asegurador, pues, como ya se ha dicho, esta no constituye una ganancia adicional en beneficio del asegurador y en perjuicio del asegurado, sino, simplemente, la evitación de una pérdida como consecuencia del envilecimiento monetario de la prestación a que tiene derecho el asegurado, en virtud del pago del siniestro.

En consecuencia, nos parece erróneo el argumento invocado por la sentencia, tomando de jurisprudencias anteriores, según el cual como el contrato de seguros ?no puede ser fuente de ganancias y menos de riqueza, sino que se caracteriza por ser indemnizatorio es apenas obvio que circunscriba el derecho del asegurado que ha pagado el valor del seguro a obtener, del autor del daño apenas el monto de la suma pagada y no una cantidad superior?. El argumento es erróneo porque el carácter de indemnizatorio que tiene el seguro de daños solo se aplica al asegurado, quien no puede recibir una indemnización superior al valor del daño realmente sufrido. Ahora, cuando la norma establece que el asegurador se subroga hasta el monto de lo pagado, lo que está es aplicando principios generales de la teoría de las obligaciones, según los cuales, el asegurado conserva el derecho de cobrar aquella parte del daño no cubierta por el seguro. En ninguna parte, el carácter indemnizatorio del seguro impide al asegurador cobrar la corrección monetaria sobre el valor de la indemnización pagada al asegurado pues, como se ha dicho, dicha corrección no constituye una ganancia adicional, sino el mantenimiento intrínseco de los derechos transmitidos en virtud de la subrogación.

Ahora, pese a que el seguro de daños tiene carácter indemnizatorio en relación con el asegurado, lo cierto es que, también, este tiene derecho a la corrección monetaria si el asegurador no le paga oportunamente. Sin embargo, si el argumento para negarle la corrección al asegurador es el de que este no puede enriquecerse porque el contrato de seguros de daños es indemnizatorio, cabría, entonces, afirmar que, tampoco el asegurado tendría derecho a la misma, ni siquiera a los intereses, pues como para él, indiscutiblemente, el seguro es meramente indemnizatorio, solo podría cobrar el valor nominal del siniestro. Con todo, aparece claro que, en caso de incumplimiento del asegurador, la corrección monetaria sobre el valor del siniestro es procedente a menos que se paguen los intereses moratorios en cuyo caso, estos llevan consigo la actualización monetaria. Por lo tanto el carácter de indemnizatorio que, para el asegurado tiene el seguro de daños, no es argumento válido para negar la corrección

monetaria de las prestaciones de que son acreedoras las partes, cuando el deudor no cumple a tiempo con obligación.

La prueba de que el seguro de daños si puede ser una fuente de enriquecimiento para el asegurador, la encontramos en el hecho de que cuando no ocurre el siniestro, el asegurador se enriquece con la prima devengada, y, en tales circunstancias, no se ve cual sea el carácter indemnizatorio que para el asegurador pueda tener este tipo de contratos. Está claro que el asegurador no puede subrogarse en aquellos daños no cubiertos por el seguro, pues se estaría enriqueciendo injustamente a costa del asegurado; pero afirmar que la corrección monetaria no es procedente cuando el asegurador ejerce la acción subrogatoria, bajo el argumento de que el seguro de daños tiene un carácter indemnizatorio, no es válido. El argumento sería válido, por el contrario, si el asegurado, pretendiese cobrar esa corrección apoyada en la doctrina de la Corte según al cual, dicha corrección no puede ser otorgada al asegurador, pues, entonces, el asegurado recibiría una indemnización superior al daño realmente sufrido, situación prohibida por el artículo 1088 del C. de Cío,

Y, pese a que la sentencia afirma lo contrario, hay que concluir que el artículo 1096 del C. de Cío. si tiene como una de su finalidades proteger pecuniariamente al asegurador, pues no pudiendo el asegurado acumular el seguro y la indemnización debida por el tercero, ni pudiendo el responsable quedar impune, lo lógico es que sea el asegurador quien recupere dicha suma en cuyo caso no se estaría enriqueciendo injustamente a costa de ninguno de los implicados. Simplemente, estaría recuperando el valor intrínseco de la pérdida sufrida con el pago del siniestro. Así la obligación del asegurador encuentre su causa en la primera pagada por el asegurado, de todas formas, la solución adoptada por la ley colombiana consiste en que, en este tipo de seguros, sea el asegurado el que se subrogue contra el asegurador, pues de lo contrario éste o el asegurado se estarían enriqueciendo injustamente.

No solo insistir en que, efectivamente, el artículo 1096 del C. de Cío., al limitar la subrogación del asegurador, está evitando no que el asegurador se enriquezca, sino que lo haga injustamente a costa del asegurado. Pero, desde que éste quede plenamente indemnizado, el asegurador puede perfectamente cobrar al responsable el valor del siniestro, sin que, de su lado, desde le punto de vista intrínseco de la prestación, el tercero responsable tenga porque pagar una indemnización superior al daño realmente causado. Por ello, la corrección monetaria sobre el valor del siniestro pagado al asegurado es la única forma de mantener el equilibrio patrimonial que se rompió con la ocurrencia del siniestro.

6. Según la decisión mayoritaria, el asegurador ¿no se empobrece por pagarlo que debe en razón de un contrato por pagar lo que debe en razón de un contrato cuya singular estructura le permite obtener la contraprestación económica con base en principios técnicos universales.?. Me parece, con todo, que tal apreciación es errónea. En efecto, una cosa es que se diga que la contraprestación que recibe el asegurador por asumir el riesgo es la prima y que, por lo tanto, de allí surge la obligación de pagar el siniestro, y otra, bien distinta, es afirmar que el asegurador no se empobrece con el pago del siniestro, porque, dentro de la ley de los grandes números, puede calcular el valor de las primas de forma tal que, al final del ejercicio, el monto total de contratos le deje ganancias. Indiscutiblemente, cuando ocurre el siniestro, el asegurador, dentro de esa específica relación contractual, se empobrece habida cuenta de la aleatoriedad del contrato, pues no hay proporción entre la prima pagada y el valor del siniestro indemnizado. De la misma manera, se enriquece cuando la prima y no ocurre el siniestro. Es decir, en cada contrato en particular, el asegurador se enriquece o se empobrece, dependiendo de la ocurrencia del siniestro. Ahora, el cálculo de probabilidades es una operación pragmática que le permite al asegurador proyectar una determinada ganancia como resultado de la ejecución de varios contratos de

seguros. Pero ese cálculo global, desde el punto de vista de cada contrato en particular, carece de trascendencia jurídica. Las obligaciones y derechos del asegurador nada tiene que ver con el cálculo de probabilidades hecho por el asegurador. A nadie se le ocurría pensar que el asegurador tenga que pagar más o menos a sus asegurados, dependiendo del empobrecimiento o enriquecimiento que le produzca la siniestralidad total.

En consecuencia, el equilibrio contractual no se adquiere a partir del cálculo de la prima, sino a partir del pago de la prima por parte de la aseguradora, y del pago del eventual siniestro por parte del asegurador. Y, cuando pagado el siniestro, se produce la subrogación, el equilibrio patrimonial de los implicados se restablece, pues el responsable paga lo que valga el daño causado el asegurado recibe únicamente el valor del daño sufrido, y el asegurador recupera el valor real de lo pagado al asegurado.

Por otra parte, llama la atención el argumento expuesto en la sentencia de acuerdo con el cual ¿El cimiento de la subrogación no es precisamente la protección patrimonial del asegurador, al cual, si bien se le abre la posibilidad de la subrogación, esta tiene por objetivo básico la necesidad de evitar el enriquecimiento del causante del daño, así como enervar la posibilidad de que el asegurado obtenga un doble pago del siniestro?.

En ese sentido, cabe observar que, como lo dice la sentencia, la norma le permite al asegurador recuperar lo pagado al asegurado, independientemente de que la finalidad de la norma sea o no proteger al asegurador. Pero nos parece contradictorio que la decisión mayoritaria acepte que una de las finalidades de la norma analizada sea la de evitar el enriquecimiento del responsable y, de otro lado, le niegue la corrección monetaria al asegurador, con lo cual se estaría contraviniendo la filosofía del artículo 1096, pues el único que se enriquece injustamente, o que, por lo menos, injustamente deja de empobrecerse con tal solución, es precisamente el responsable. Es más: la tesis de la sentencia estimula el incremento de los actos dañinos, pues los terceros podrían ser imprudentes y causar daños o podrían apoderarse de bienes asegurados, con la seguridad de que si, años después, deben indemnizar al asegurador, obtendrán una utilidad segura, o, por lo menos, dejarán de indemnizar la totalidad del daño, pues el asegurador no podrá cobrar la desvalorización de la moneda. El responsable se habrá apoderado de un bien que se valoriza en su poder, amén de la utilidad que el puede reportar y, como contraprestación, solo pagará el valor nominal que tenía el bien afectado cuando el daño se produjo. En esta forma, no es que se halla evitado el enriquecimiento injusto del asegurador, sino que se le ha privado de obtener el valor intrínseco real de la indemnización que el pagó al asegurado. Con la solución aprobada, el único injustamente beneficiado en perjuicio del asegurador es el tercero responsable, lo que contradice los más elementales principios de la responsabilidad civil. En conclusión, la decisión mayoritaria contribuye a que el responsable se quede parcialmente impune, situación que, como lo afirma la misma sentencia, busca ser evitada por el art. 1096 del C. de Co.

De otro lado, la decisión aprobada está equivocada cuando dice que el asegurador no puede pretender una corrección monetaria que él no pagó al asegurado. En efecto, el derecho del asegurador a esa corrección no surge del pago de la misma al asegurado, como si se tratara de un siniestro adicional sino del envilecimiento de la indemnización que el responsable le debe al asegurado y que pasa al patrimonio del asegurador en virtud de la subrogación que se produjo al pagar el siniestro. Con ella solo se busca que el asegurador, sin perjudicar al asegurado, [sic] el valor intrínseco de la indemnización pagada en virtud del siniestro. No se pretende cobrar una corrección monetaria que no se ha indemnizado. Se pretende cobrar exactamente el mismo

contenido patrimonial de lo que se pagó al asegurado como consecuencia del siniestro.

Por ello, en caso de un seguro de responsabilidad civil, el asegurador se niega a pagar el seguro mientras no haya sentencia condenatoria contra el asegurado, este tiene derecho a cobrarle al asegurador la corrección monetaria por la desvalorización de la moneda ocurrida desde el momento en que la víctima le reclama judicial o extrajudicialmente, hasta el momento en que el asegurador le reembolse el valor de la indemnización pagada al perjudicado. Ello por cuanto la obligación del asegurador, para con el asegurado responsable, surge desde el momento en que, a este, la víctima le reclama judicial o extrajudicialmente. Desde luego, en este último caso se corrige monetariamente el valor asegurado y esa será la suma máxima a que pueda ser condenado el asegurador.

Muy respetuosamente,

JAVIER TAMAYO JARAMILLO