

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACION CIVIL**

Magistrado Ponente: Manuel Ardila Velásquez

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de agosto de dos mil (2000)

Referencia: Expediente No. 5445

Decide la Corte los recursos de casación interpuestos por ambas partes contra la sentencia de 14 de junio de 1994, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el proceso ordinario promovido por la Compañía de Seguros Antorcha de Colombia S.A. contra Atlanta Cía. de Vigilancia Privada Ltda., con intervención de Seguros Caribe S.A., llamada en garantía por la demandada.

I. Antecedentes

1. El proceso se abrió con demanda en que la actora solicita que se declare que la nombrada compañía de vigilancia es civilmente responsable de las pérdidas sufridas por la sociedad Tracey y Cía. S.A. con ocasión del hurto perpetrado en sus instalaciones de la carrera 43 No. 15 - 58/84 de esta ciudad durante los días 15, 16 y 17 de noviembre de 1986; que, en consecuencia, se la condene a pagar a la actora, ésta en calidad de subrogataria legal de los derechos de Tracey y Cía. S.A., la suma de \$10'372.390 que corresponde a las indemnizaciones pagadas por la aseguradora demandante, más la corrección monetaria de dicha suma y el valor de los perjuicios causados por la mora en el pago consistentes en los respectivos intereses corrientes desde el 24 de febrero de 1987 y hasta cuando el pago se efectúe.

2. Fundó las pretensiones en los hechos que se pueden compendiar así:

Desde 1984, Tracey y Cía. S.A. contrató con la compañía demandada, la vigilancia de sus instalaciones situadas en la carrera 43 No. 15-58 de esta ciudad, conocidas como Ferretería Metro, donde se encontraban mercancías de distintas clases, maquinaria, equipo de oficina y vehículos.

El 17 de noviembre de 1986 se detectó que las puertas internas del almacén habían sido violentadas y que algunos efectos fueron hurtados, hecho que fue denunciado ante la Policía Judicial y comunicado a la citada Compañía de Vigilancia, quien presentó a la propietaria de la Ferretería un informe sobre ese particular.

Por la forma como ocurrió el ilícito, es decir, durante 24 horas continuas y llevándose los ladrones lo sustraído en un vehículo de la misma empresa, resulta inexplicable que ninguno de los vigilantes se hubiera dado cuenta de su ocurrencia, de donde fácilmente se deduce la responsabilidad de la Compañía de Vigilancia por falla en el servicio contratado.

Tracey y Cía. S.A. tenía amparados los bienes de su propiedad afectados por el hurto, bajo tres contratos de seguro suscritos con la aseguradora demandante, así: el vehículo Chevrolet Luv furgón, modelo 1986, placas AS- 2008, mediante la póliza de automóviles No. 801; la mercancía existente en sus bodegas, mediante la póliza flotante de sustracción No. 064; y la maquinaria y equipos de oficina, mediante la póliza de sustracción No. 061.

Teniendo en cuenta las pérdidas sufridas por Tracey y Cía. S.A. cuyo monto fue dictaminado por la firma Ajustadores Asociados Ltda., y en virtud de los contratos de seguro antes enunciados, el 24 de febrero de 1987 la actora le pagó por la pérdida total del vehículo la suma de \$1'917.000; por la de la mercancía \$4'121.503; y por la de la maquinaria y equipo de oficina \$4'333.887; pagos con los cuales se subrogó en los derechos de Tracey y Cía. S.A. contra los responsables de la pérdida sufrida.

3. En respuesta oportuna, la demandada se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones que denominó “inexistencia de la responsabilidad demandada”, “intervención de terceros anónimos”, “ausencia de nexa causal”, “límite de la responsabilidad de conformidad con el contrato de vigilancia privada número 0298 del 24 de febrero de 1984, y en especial, de lo acordado de consuno entre las partes, en su estipulación Sexta y en la póliza contentiva del seguro No. 1650 del 23 de diciembre de 1983 celebrado con Seguros Caribe S.A.” y “la genérica (art. 306 del c. de p. c), que se desprenda de los hechos probados en proceso”.

En escrito separado, llamó en garantía a la sociedad Seguros Caribe S.A., por cuanto con ésta contrató un seguro de responsabilidad civil plasmado en la póliza 1650 del 23 de diciembre de 1983, para garantizar los daños derivados de la prestación del servicio de vigilancia. Dicha aseguradora se limitó a constituir apoderado.

4. Tramitado el proceso, el Juzgado Trece Civil del Circuito de Bogotá clausuró la primera instancia por sentencia de 22 de noviembre de 1988, en la que resolvió, primero, rechazar las excepciones de la demandada; en su ordinal 2° declaró que ésta es civilmente responsable por las pérdidas que sufrió Tracey y Cía. S.A. con ocasión del siniestro relatado; en el ordinal 3° la condenó a pagar a la actora, como subrogataria legal de los derechos de Tracey y Cía. S.A. la suma de \$10'372.390 por concepto de las indemnizaciones pagadas, más los intereses moratorios correspondientes liquidados desde el 24 de febrero de 1987 y las costas procesales; en el ordinal 4° dispuso que la aseguradora llamada en garantía debe responder hasta el límite del riesgo asegurado en la póliza No. 1650, y, por lo tanto, la condenó a pagar \$1'000.000 como reembolso.

5. Apeló la sociedad demandada, y luego adhesivamente la actora. En el trámite de la segunda instancia se dispuso de oficio el avalúo de los perjuicios sufridos por Tracey y Cía. S.A. con ocasión del relatado hurto. Por razones de descongestión judicial correspondió dictar el fallo al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el cual confirmó la sentencia recurrida aunque la modificó en el sentido de suprimir la condena al pago de intereses, redujo al 90% el pago de costas a cargo de la demandada y condenó en esta instancia a la demandante en un 10% de las costas.

II. La sentencia del tribunal

El fallador refiere que la demandante pretende repetir el pago que como aseguradora hizo del valor asegurado por el siniestro derivado del incumplimiento de la Compañía de Vigilancia, mediante la subrogación en los derechos de la sociedad afectada; a ese respecto encuentra que se halla acreditada la subrogación con los comprobantes de pago de la indemnización acordada y con las fotocopias auténticas de las pólizas correspondientes, admisibles por aplicación de los artículos 254 y 268 ordinal 3o. del Código de Procedimiento Civil, por cuanto por disposición del artículo 1046 del Código de Comercio el original debe serle entregado al tomador.

Así mismo encuentra el *ad quem* que el citado incumplimiento contractual de la parte demandada se encuentra en “la falta de diligencia y cuidado que aquella debió tener para cumplir a cabalidad la labor de vigilancia que se obligó a desplegar en razón del contrato que sobre el particular suscribieron dichas partes (la demandada y Tracey y Cía. S.A.), lo cual la hace responsable de los perjuicios que con tal proceder hubiera ocasionado a la afectada”. Para llegar a tal conclusión, señala que en efecto se demostró la existencia del contrato de vigilancia así como la ocurrencia del siniestro sobre el cual se reclama; empero, a pesar de que la demandada manifestó haber cumplido su función de vigilancia en forma idónea, el Tribunal apreció que con los dichos, entre otros, de Luis María Mora Ramírez y Alberto Franco Urrea “y ante la falta de prueba por parte de la entidad demandada de haber desplegado como era su deber hacer, actitudes de cuidado y diligencia para cumplir con las obligaciones derivadas del contrato de vigilancia que suscribió con la aseguradora de la parte demandante, dícese que el incumplimiento contractual endilgado en contra de aquella en efecto aparece evidenciado en el plenario, pues es indudable que de haber mediado tales previsiones por parte del ente incumplido, la labor de los delinquentes no hubiera sido tan fácil como en efecto parece que lo fue”.

Con relación al perjuicio objeto de la indemnización, afirma el sentenciador, con apoyo en jurisprudencia de la Corte, que en casos como el presente donde el daño es cierto y demandada la indemnización correspondiente por una aseguradora en calidad de subrogataria de los derechos del asegurado, debe “pagarse en el equivalente a la suma de dinero cancelado al asegurado --si el daño sufrido por este tiene igual correspondencia--, o en

cantidad inferior si dicho daño tiene un valor menor, descartando por lo demás y como adición a la condena respectiva, elementos extraños al contrato de seguro como lo son por ejemplo la corrección monetaria o los intereses sobre el monto objeto de aquella, tal como lo establece el art. 1096 del C. de Comercio”.

Descartó también “el límite que la parte demandada pretendió imponerle al valor de la indemnización por los perjuicios ocasionados en razón de su incumplimiento contractual a favor de la sociedad asegurada, con sustento en lo consignado en la cláusula ‘Sexta’ del contrato de vigilancia entre ellas celebrado, porque esta cláusula como claramente allí se indicó, hace relación a la responsabilidad civil extracontractual en que pudieran incurrir los dependientes o vigilantes adscritos a la entidad demandada durante la ejecución de tal contrato, como por ejemplo, cuando en desarrollo del mismo aquellos causen daños al patrimonio del usuario del servicio prestado y no cuando, como ha ocurrido aquí, tales daños o perjuicios se originan en un incumplimiento de naturaleza contractual, al cual equivocadamente hace extensiva dicha cláusula la parte demandada, limitando así su responsabilidad en términos que no se compadecen con el principio de la buena fe y de la lealtad que deben campean en toda relación contractual”.

III. Las demandas de casación

Como se dejó dicho, ambas partes interpusieron recurso de casación, demandas que se estudiarán en el orden propuesto, empezando por la de la parte demandada.

A- Demanda de Atlanta Cía. de Vigilancia Privada Ltda.

Con estribo en la primera causal de casación del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, dos cargos han sido formulados por esta parte, así:

Primer cargo

Acusa la sentencia de ser violatoria de los artículos 1, 2, 20 numeral 10, 515, 822, 824, 864, 871, 1036, 1037, 1045, 1046, 1048, 1049, 1050, 1054, 1072, 1077, 1079, 1080, 1082, 1083, 1085, 1089, 1096, 1098 y 1110 del Código de comercio, 1503, 1530, 1531, 1536, 1602, 1604, 1613, 1614, 1625, 1626 inciso 1o., 1666, 1667, 1668 y 1670 del Código Civil, como consecuencia de la violación de las normas probatorias contenidas en los artículos 1046 del C. de Co., 187, 251, 252, 253, 254 y 268 del C. de P. C. en consonancia con los artículos 174, 175 y 177 del C. de P. C. y 1757 del C.C., por el error de derecho cometido en la valoración de las siguientes pruebas: fotocopias de las pólizas de seguro de sustracción con violencia Nos. 0061 y 0064 expedidas por la actora a Tracey & Cía. S.A. el 11 y 12 de diciembre de 1980; fotocopias de los certificados de renovación Nos. 718 y 15.187 de las pólizas 0801, 0064 y 0061, respectivamente; y, fotocopia del anexo 0464/86 de la póliza 0801.

Al desenvolverlo, sostiene el casacionista que el contrato de seguro es de carácter solemne y sólo puede demostrarse con el documento original que contiene la póliza; sin embargo, el tribunal consideró que las fotocopias de las pólizas, por cuyo pago de la suma asegurada se subrogó la aseguradora, tienen mérito probatorio suficiente para acreditarlo.

Consideraciones

Conforme al anterior artículo 1046 del Código de Comercio, norma aplicable al presente caso, pues hoy el seguro es un contrato consensual según la modificación dispuesta en el artículo 1º de la ley 389 de 1997, la póliza era el documento por medio del cual se perfeccionaba y probaba el contrato de seguro. Se puede afirmar, entonces, para este litigio, que desde el punto de vista probatorio ella constituye requisito indispensable cuando se busca dilucidar el alcance que las partes quisieron darle a dicho vínculo, es decir, cuando lo controvertido dentro del proceso tiene que ver directamente con la existencia misma del contrato de seguro o de las obligaciones y derechos que de él emanan; así, cuando el asegurado persigue el pago del siniestro, o el asegurador el pago de la prima o subrogarse en los derechos del

asegurado, es claro que la póliza viene a ser elemento probatorio, *sine qua non*, puesto que las partes discuten una pretensión que no puede existir sin que se halle demostrado el contrato.

Tal es lo que aquí sucede, dado que la parte demandante deriva el derecho de la subrogación que surgió cuando, en su carácter de asegurador y en virtud de la existencia de un contrato de seguro, pagó el monto correspondiente a la indemnización derivada del acaecimiento del siniestro, adquiriendo así los derechos del asegurado de demandar, de quien resulte ser el directo responsable del suceso, el resarcimiento de los perjuicios, hasta concurrencia del importe del pago que hizo. Según esto, la póliza viene a ser un documento *ad substantiam actus* que no puede suplirse por otros medios de prueba. Empero, aquí no se trata de la sustitución de la póliza por otro medio probatorio, sino simplemente que ella se adujo en fotocopia auténtica, lo cual es asunto muy distinto a la discusión planteada sobre si la póliza es o no la única prueba del contrato, pues la cuestión se reduce a verificar si para este proceso debió adjuntarse el original del documento.

En este orden de ideas, siendo la póliza un documento privado, cumple decir que el artículo 268 del Código de Procedimiento Civil permite aportar esa clase de documentos, en copia, cuando “el original no se encuentre en poder de quien los aporta”, evento en el cual, “para que la copia preste mérito probatorio será necesario que su autenticidad haya sido certificada por notario o secretario de oficina judicial, o que haya sido reconocida expresamente por la parte contraria o demostrada mediante cotejo”, disposición que a su vez armoniza con el inciso 2o. del Art. 254 del mismo código, el cual expresamente consagra que las copias tendrán el mismo valor probatorio del original “cuando sean autenticadas por notario, previo cotejo con el original o la copia autenticada que se le presente”, sin que quepan otras restricciones; ni siquiera cabe la limitación contenida en otro ordinal del mismo precepto en relación con las copias compulsadas en el curso de una inspección judicial, ni ninguna otra no proveniente de la ley.

En tales circunstancias, preciso es concluir, que en lo que hace a este proceso, la póliza como prueba del contrato de seguro, cuando quien debe aportarla es la aseguradora y no tiene en su poder el respectivo original, como que, en principio, el artículo 1046 impone entregarlo al tomador, puede aducirse válida y eficazmente en copia mecánica revestida de autenticidad, como bien se evidencia en este caso; por tanto, no se presenta aquí el error de derecho que le endilga el censor en la apreciación de la fotocopia de la póliza como plena prueba del contrato de seguro, máxime que también obra la referencia a la misma en los recibos de pago de las indemnizaciones respectivas.

El cargo, entonces, no prospera.

Segundo cargo

Acusa la sentencia de ser violatoria de las mismas normas sustanciales que relacionó en el cargo anterior, pero esta vez a consecuencia de error de hecho en la apreciación de la cláusula Sexta del contrato de vigilancia número 0298 del 24 de septiembre de 1994 (sic) celebrado entre Atlanta Cía. de Vigilancia Privada Ltda. y Tracey & Cía. S.A. Ferretería Metro, del siguiente tenor: “El contratista tiene constituida una póliza de responsabilidad civil extracontractual para responder por los daños y perjuicios causados por los vigilantes dependientes del mismo en ejercicio de sus actividades. Dicha póliza se aplicará al contrato de servicios de vigilancia celebrado con el usuario y cubrirá únicamente los horarios de vigilancia convenidos en el mismo. El usuario acepta desde ahora las condiciones que sobre indemnizaciones por siniestros están establecidas en la citada póliza, y de igual manera acepta el usuario que la responsabilidad civil contractual del contratista respecto del presente contrato no va más allá de lo que ampara la mencionada póliza. La póliza se aplicará al contrato de servicios durante la vigencia del mismo”.

Explica el censor que el error de hecho consiste en que no obstante haber convenido las partes en forma expresa la limitación de responsabilidad contractual a los términos y condiciones consagrados en la póliza de responsabilidad civil extracontractual, el Tribunal dice que “esta cláusula como claramente allí se indicó, hace relación a la responsabilidad extracontractual” y, por lo mismo, concluye, el tribunal “en vez de limitar la responsabilidad a lo expresamente estipulado por las partes procedió, desconociendo una cláusula de un contrato legalmente celebrado, a condenar excediendo lo pactado”.

Consideraciones

Lo decisivo en el estudio de este cargo es establecer si en la sentencia acusada se tuvo en cuenta en forma íntegra la referida cláusula sexta del contrato de vigilancia, o si por haberse dicho en el fallo que ésta sólo hace relación a la responsabilidad civil extracontractual, se desconoció parte de su contenido.

A ese respecto encuentra la Corte que, en verdad, la citada cláusula está dividida en dos partes, la primera referida exclusivamente a las características de la póliza que debe constituir el contratista para responder de los daños y perjuicios causados por los vigilantes dependientes del mismo en ejercicio de sus actividades; y la segunda, relativa a la posición del contratante del servicio de vigilancia frente al contenido de esa póliza, la cual dice textualmente que “el usuario acepta desde ahora las condiciones que sobre indemnizaciones por siniestros están establecidas en la citada póliza, y de igual manera acepta el usuario que la responsabilidad civil contractual del contratista respecto del presente contrato no va más allá de lo que ampara la mencionada póliza...”, que para el caso particular es la número 1650 de Seguros Caribe S.A. obrante a folios 5 a 11 del cuaderno que se formó con el llamamiento en garantía, en la cual se observa cómo el riesgo amparado se extiende por hurto sólo hasta \$1'000.000 y por hurto calificado también hasta \$1'000.000, y que, dentro de sus condiciones particulares, se estableció: “Amparo de hurto y hurto calificado: la presente póliza se extiende a cubrir la responsabilidad civil legal que se derive de hurto calificado y hurto, hasta por un límite de \$1'000.000 quedando expresamente declarado y convenido que la compañía sólo responderá cuando se le presente sentencia debidamente ejecutoriada que preste mérito ejecutivo ante el asegurado. Esta cobertura ampara las entidades o empresas con las cuales el asegurado tenga suscrito contrato de prestación de servicio y siempre y cuando se establezca responsabilidad por parte de los vigilantes”.

De los textos anteriores se deduce que, tal como lo afirma el recurrente, la compañía de vigilancia demandada y la Sociedad Tracey y Cía. S.A. expresamente pactaron una limitación cuantitativa para los casos en que por responsabilidad legal atribuida a los vigilantes empleados por la sociedad contratista se presentara un hurto, como el que sucedió; acuerdo de voluntades que liga a las partes contratantes, por cuanto así está estipulado en el cuerpo del contrato suscrito entre ellas y que por serlo resulta ser la ley que rige la relación contractual que con él se originó.

En conclusión, no se puede negar la existencia de este pacto, ni restringir su alcance a la responsabilidad extracontractual, puesto que el tenor literal de la citada cláusula sexta también hace expresa referencia a la responsabilidad contractual en que aquélla incurriera; y así, se ve palmario que el Tribunal cercenó el contenido de la cláusula mencionada y, por ende, recortó el alcance que ella tiene en punto de los límites cuantitativos de la responsabilidad de la sociedad demandada en cuanto a sus obligaciones emanadas del contrato de vigilancia. En estos términos, no se remite a duda que en la apreciación de dicha prueba el sentenciador cometió error manifiesto de hecho, por preterición parcial, pues en esa cláusula brilla también el acuerdo de la regulación de la responsabilidad contractual, que conforme a la póliza aportada se limita a la suma de \$1'000.000 y que el *ad quem* omitió.

Síguese que el cargo se abre paso.

B- Demanda de la Compañía de Seguros Antorcha de Colombia S.A.

Apuntalado en la causal primera de casación, un solo cargo ha formulado esta parte, así:

Acusa la sentencia de ser directamente violatoria, por interpretación errónea, de los artículos 1, 2, 515, 822, 864, 871, 1036, 1037, 1045, 1046, 1047, 1048, 1049, 1050, 1054, 1072, 1077, 1079, 1080 (antes de la modificación de 1990), 1083, 1085, 1088, 1089, 1096, 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; por falta de aplicación de los artículos 5 y 8 de la ley 153 de 1887, 26, 27 (inciso 2º), 28, 30, 31 y 1627 (inciso 2º) del Código Civil, 831 del Código de Comercio, 177 (inciso 2º) del Código de Procedimiento Civil; y por aplicación indebida del artículo 27 (inciso 1º) del Código Civil.

En el intento de demostrarlo, señala el casacionista, en resumen, lo siguiente:

1. El contrato de seguro de daños celebrado buscó amparar al asegurado por las pérdidas que llegase a sufrir por la sustracción de muebles, equipos de oficina, vehículos y mercancías, y a términos del artículo 1088 del Código de Comercio, en concordancia con los artículos 1089 y 1079 *ibídem*, es un contrato de mera indemnización o de resarcimiento de la pérdida del asegurado que debe corresponder a la categoría del daño emergente, o sea del perjuicio patrimonial sufrido.

2. En caso de siniestro, la aseguradora se halla obligada a cancelar el monto de la indemnización en los términos acordados en el respectivo contrato de seguro, quedando en posibilidad de perseguir a los terceros que causaron el daño, mediante la subrogación que por ministerio de la ley opera en los derechos del asegurado contra éstos, y hasta el monto del importe correspondiente a la indemnización pagada al asegurado. Se trata, pues, de una indemnización equivalente a un perjuicio sufrido, no de un reclamo numérico.

3. Si bien el reclamo del asegurador no puede ser para él fuente de enriquecimiento, tampoco debe ser de empobrecimiento, correlativo a un enriquecimiento del causante del daño, por lo que no puede verse reducido por el paso del tiempo en detrimento de aquél como consecuencia de los efectos de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, tal como tampoco sería el derecho del asegurado frente al mismo causante del daño de quien puede reclamar la indemnización sin mengua alguna, derecho en el que se ha subrogado la compañía de seguros por ministerio de la ley.

4. La noción de dinero ha dejado de ser en el derecho colombiano un concepto absoluto y nominalista como bien lo reconoció la Corte Suprema de Justicia desde 1979 cuando aceptó el factor de la corrección monetaria como un mecanismo tendiente a mantener el equilibrio en las relaciones contractuales, sin que tal incremento pueda tomarse como un enriquecimiento de quien lo percibe.

Así las cosas, el Tribunal incurrió en errada interpretación al artículo 1096 del Código de Comercio por desatender, según el tenor literal de la norma, la realidad de la corrección monetaria, con lo cual condenó al asegurador a sufrir los daños derivados de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda por el paso del tiempo que se produce cuando el tercero responsable no ha cumplido con su obligación de resarcir de inmediato los perjuicios padecidos por el asegurado, o, según el caso, de reembolsar de inmediato el monto cancelado por la compañía; por lo que se equivocó el *ad quem* al considerar que dicha corrección monetaria significaría un enriquecimiento para la Compañía.

5. El ajuste monetario es simplemente un hecho notorio que se da para colocar a la aseguradora en las mismas condiciones en las que se encontraba en el momento de realizar el pago correspondiente, para reembolsarle el valor real de la suma pagada, razón por la cual su reconocimiento no implica permitir el enriquecimiento de la aseguradora sino el reconocimiento del principio elemental de derecho de conservar el equilibrio en las relaciones contractuales; de lo contrario, sufriría empobrecimiento injustificado derivado de la limitación que insistentemente la jurisprudencia le hace a la palabra "importe" a que se refiere el artículo 1096 del Código de Comercio. El real sentido de la norma debe traducirse en reconocer, como importe de la indemnización cancelada, el real valor de la misma, no solamente en el valor nominal de la cifra cancelada sino en una forma tal que sin que exista enriquecimiento por parte del asegurador, tampoco exista empobrecimiento del mismo, es decir, colocándolo en la misma posición en que se encontraba antes de cancelar el siniestro. Ese fue el derecho cedido en virtud de la subrogación legal.

6. Pagada la indemnización por la aseguradora, se produce la subrogación legal de que trata el artículo 1096 del Código de Comercio, la cual se traduce en la posibilidad de intentar las acciones que tenía el asegurado para obtener la reparación de los perjuicios ocasionados por la actividad ilícita de aquellos terceros, con la única limitación de ponerle un tope en el monto de la indemnización cancelada. Pero si la naturaleza de la acción no ha variado y si por medio de ella se pretende que se declare responsable a los causantes del siniestro y que por consiguiente se les ordene reparar los perjuicios, tal condena no debe tener como propósito que ellos tan solo se vean compelidos a cancelar en forma parcial el daño ocasionado, porque si fueran perseguidos por el asegurado tendrían que responder por la totalidad del daño.

7. De acuerdo con los artículos 1626 y 1627 del Código Civil, para que un pago sea liberatorio no puede ser realizado con cosa distinta de la que se deba, como ocurre cuando el acreedor es obligado a recibir una suma distinta a la que efectivamente corresponde a la prestación adeudada.

En conclusión, estima el censor que con el referido error interpretativo del citado artículo 1096, en cuanto cercenó su sentido, en contra de las nuevas tendencias, el Tribunal quebrantó por falta de aplicación los artículos 5 y 8 de la ley 153 de 1887, disposiciones que obligan al sentenciador a fijar el verdadero pensamiento del legislador, especialmente en que no es viable el enriquecimiento sin causa; principios que habrían llevado al Tribunal a entender que si bien dicha norma no es clara, sí contiene los elementos necesarios para concluir que su sentido no era simplemente el criterio nominalista que ha venido imperando; y así tampoco hubiera quebrantado los artículos 26, 27 inciso 2º, 28, 30 y 31 del Código Civil, que dan a los jueces los elementos de interpretación necesarios para obtener el recto sentido de la ley.

Consideraciones

Consagra el artículo 1096 del Código de Comercio que “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”.

Aproximando la norma al cargo en estudio, cabe memorar que la Corte en jurisprudencia que es reiterada e invariable, ha precisado los alcances de la expresión “*hasta concurrencia de su importe*”, para cuya reseña basta traer, en vía de ejemplo y en orden cronológico, los siguientes pronunciamientos:

a) Dijo en 1981 que “cuando por presentarse el siniestro 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 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”¹.

b) Confirmó y amplió este criterio en 1985 al puntualizar que “en orden a precisar los alcances de la subrogación legal que consagra el artículo 1096 del Código de Comercio, ha de tenerse en cuenta que la indemnización que paga el asegurador estará determinada por el valor del daño derivado del siniestro, evaluado al momento de su ocurrencia e indemnizado en términos del contrato, lo cual excluye, desde luego, los intereses o perjuicios moratorios que el artículo 1080 impone al asegurador, en su caso, pues estos desbordan el concepto de daño asegurado. La suma que limita el derecho del asegurador, ‘transmitido’ *ope legis* por el asegurado, es la del día del pago de la indemnización, y a esa suma ha de quedar limitada también la responsabilidad del causante del siniestro.

“Si con miras a la correcta interpretación del citado artículo 1096 se consultan sus antecedentes, cuya importancia en este campo reconoce el artículo 27 del Código Civil, será necesario insistir que la expresión ‘hasta concurrencia del importe’ no puede tener alcance distinto al que indica su tenor literal. Ello es así por cuanto, como lo tiene admitido la doctrina general de los autores, el asegurador, a consecuencia de un siniestro indemnizable, no puede sufrir perjuicio en la acepción jurídica de la palabra. Y no puede sufrirlo porque la indemnización que él pagó al asegurado tiene un origen contractual, y porque ha recibido con la prima la contraprestación correspondiente a su obligación y porque opera en función del cálculo de las probabilidades”².

c) En 1993 tuvo la oportunidad de expresar que “ha querido el legislador otorgarle al pago del seguro con subrogación una naturaleza de orden público, con la imperatividad, obligatoriedad y consecuencias allí indicadas, con cierta autonomía de lo que ha ocurrido cuantitativamente antes o después del pago. En efecto, para

¹ Cas. Civ. de 22 de enero de 1981, G.J. CLXVI, pág. 156

² Cas. Civ. de 6 de agosto de 1985, G.J. t. CLXXX, pág. 239

determinar el límite cuantitativo del objeto subrogado se toma en cuenta únicamente el valor de lo pagado por el seguro, con independencia del valor de las primas pagadas, o del mayor valor del objeto asegurado o de las circunstancias posteriores al pago, como son su deterioro monetario, improductividad financiera, etc. Luego se trata de un límite cuantitativo fijado por la ley que, a la vez que satisface los intereses privados del asegurador y el asegurado, también da seguridad jurídica al monto exacto a reclamar y garantiza certeramente derechos de terceros y, concretamente, los del autor del daño. Por eso, prescribe el artículo 1096 del Código de Comercio que la subrogación legal del asegurador en los derechos del asegurado contra el tercero responsable, tiene como límite la suma pagada de acuerdo a lo asegurado, que, por su naturaleza debe entenderse restrictivamente para los efectos cuantitativos, porque esa es la clara intención inequívoca del precepto, y que, por lo tanto, no permite extender o completar su sentido de tal manera que desborde dicho límite. (...). Por consiguiente, reitera la Sala su doctrina en el sentido de la improcedencia de corrección monetaria e intereses sobre el derecho subrogado legalmente y fundado en la suma pagada por concepto del seguro”³.

d) En 1995 reafirmó su jurisprudencia, la cual se halla vigente, al manifestar 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 riqueza”. Y más adelante agrega que “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 la posibilidad de que el asegurado obtenga un doble pago del perjuicio. El carácter indemnizatorio lo fija la ley para la prestación a 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 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 sí 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 factor de desequilibrio contractual o empobrecimiento del asegurador, sino de pago de una prestación debida, mucho menos resulta serlo el reembolso nominal de la indemnización”⁴.

Son tan sólidos los criterios jurisprudenciales acabados de memorar, que la Sala no puede menos de prohiarlos en esta nueva ocasión. En efecto, todos ellos a una, descubren las potísimas razones que entregan una fisonomía jurídica muy propia a la subrogación que consagra el artículo 1096 del Código de Comercio, de lo cual es diamantino reflejo el mandato por fuerza del cual la aseguradora no tiene más derecho que a la suma que efectivamente pagó por virtud del contrato de seguro. Dicha norma, pues, lejos de contener descuidadas voces legislativas, denota una ratio legis respetabilísima, y hace de su preceptiva el acuñamiento de un raciocinio sazonado, particularmente si en cuenta se tiene que acaso esa es la manera más aconsejable como se preserva el equilibrio de todas las relaciones jurídicas que se dan cita en el punto.

No es de recibo argüir, entonces, que cuando así se decide resulta desnaturalizado el carácter indemnizatorio de la obligación subrogada, porque, insístese, la del artículo 1096 en cita es una subrogación de estirpe singular; tanto, que no tiene la fuente común del fenómeno conocido como pago realizado por un tercero, ya que la aseguradora ha pagado deuda propia, la misma que a su cargo surgió del contrato de seguro, lo cual repugna, hay que admitirlo, si pasase por persona digna de ser indemnizada. Es claro que ella tiene derecho a ser reembolsada, mas no indemnizada, y esto mismo pone fuera de lugar la invocación del criterio de equidad que en eventos indemnizatorios ha tenido presente la Sala, atendiendo pautas como la del art. 16 de la ley 446 de 1998.

³ Cas. Civ. de 23 de sept. 1993, G.J. t. 2464, pág. 567

⁴ Cas. Civ. de 13 de octubre de 1995, G.J. número 2476, pág. 1123.

En otros términos, al pagar el asegurador, libera o extingue la obligación del autor del daño, respecto del asegurado, hasta la cuantía de lo pagado, merced a la existencia de un contrato de seguro que protegía a la persona que precisamente le trasladó el riesgo, quedando aquél subrogado, hasta esa cuantía, en los derechos del asegurado, según el imperativo legal. Es posible que de cara a esta disposición, el monto de la condena a cargo del responsable del daño no resulte igual a aquel que hubiera arrojado si el demandante fuese la propia víctima, porque para ésta no existe norma que de suyo limite, y su reclamo, ese sí indemnizatorio, podría gozar de mayor amplitud; mas, como ya se dijo, el diverso resultado se explica por la presencia de un asegurador que, con arreglo a sus fines, ayuda a paliar las pérdidas, sin que por ello adquiera la calidad de víctima o de directamente perjudicado, pues el hontanar de su obligación es muy otro, a saber, el contrato de seguro, dentro de cuyo marco ha recibido contraprestación. Total que el asegurador no puede pretextar que la consabida limitación legal implique un empobrecimiento suyo. Ni es dable alegar, por otra parte, que sin la corrección monetaria el demandado resultaría pagando una cosa diferente a la debida, en lo que se violaría el artículo 1627 del Código civil, pues sea lo que fuere, el caso es que el censor pasa de largo ante el hecho de que es la propia norma la que deja lugar a reservas, al disponer, a renglón seguido, que todo ello es sin “perjuicio de lo que en los casos especiales dispongan las leyes”, con lo que dejó de lado explicar, como es de necesidad en un recurso dispositivo, porqué su caso lo enmarca en la regla general y no cuadra dentro de las excepciones, siendo que, como viene de verse, la subrogación del artículo 1096 es asaz particular.

Y comoquiera que la Corte estima que la solución dada por la ley es la más justa de todas, antinómico fuera reconocer la corrección monetaria que edificada sobre el postulado de la equidad ha dispuesto la Corporación en otros asuntos.

En tales condiciones, el cargo no prospera.

IV. Sentencia sustitutiva

Resulta de todo lo expuesto que ante la prosperidad del segundo cargo propuesto por la sociedad demandada, debe la Corte casar el fallo recurrido, pero como ello obedece solamente al eficaz ataque que en el mismo se hizo en cuanto al monto de la condena impuesta, habrá de tenerse en cuenta la defensa edificada sobre el “límite de la responsabilidad” --impropiamente denominada *excepción*, pues lo planteado como tal no es un hecho nuevo dirigido a impedir el nacimiento o a extinguir un derecho u obligación--, y reducirse a la suma de \$1'000.000 que fue el tope acordado por los contratantes conforme a la indemnización que debía pagar la aseguradora en casos de responsabilidad de la compañía de vigilancia por hurto de los bienes asegurados, como atrás se explicó en su momento. En lo demás, se dejarán incólumes las decisiones que del *a quo* fueron confirmadas por el tribunal; con modificación de la condena parcial en costas de primera instancia a cargo de la demandada en razón al grado de éxito de la demanda; y las de segunda instancia, a cargo de la actora apelante adhesiva, también en forma parcial, vista la prosperidad, en igual forma, del recurso de alzada propuesto por la demandada.

V. Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **casa** la sentencia de 14 de junio de 1994 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín y actuando en sede de instancia **resuelve**:

Primero: Confirmar los ordinales 1°, 2° y 4° de la sentencia apelada.

Segundo: Modificar el ordinal 3° de la sentencia apelada, el cual queda así: en consecuencia, condénase a Atlanta Cía. de Vigilancia Privada Ltda., a pagar a la Compañía de Seguros Antorcha de Colombia S.A. en su calidad de subrogataria legal de los derechos de Tracey y Cía S.A., un millón de pesos (\$1'000.000), suma a la cual las partes limitaron la responsabilidad contractual de la entidad demandada en casos como el aquí visto.

Cuarto: Modificar la condena en costas de primera instancia, a cargo de la parte demandada, limitándola a un 20%. Costas de segunda instancia, a cargo de la sociedad demandante, en un 80%.

Quinto: Costas en casación, a cargo de la sociedad demandante.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al tribunal de procedencia.

SILVIO FERNANDO TREJOS BUENO

MANUEL ARDILA VELASQUEZ

NICOLAS BECHARA SIMANCAS

JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES

CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO

JOSE FERNANDO RAMIREZ GOMEZ

JORGE SANTOS BALLESTEROS

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACION CIVIL**

**SALVAMENTO DE VOTO
Expediente: 5445**

A continuación, en forma esquemática, el suscrito Magistrado de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, se permite plasmar sus puntos de vista en torno al tema de la corrección monetaria y su incidencia en la acción subrogatoria

consignada en favor del asegurador en la legislación comercial colombiana, los que no están en sintonía con los argumentos vertidos en la decisión mayoritaria objeto de este respetuoso salvamento, adoptada por los honorables y distinguidos Magistrados que la prohicieron. Es de advertir, que el presente salvamento se refiere, únicamente, al despacho desfavorable de la demanda de casación formulada por la Compañía de Seguros Antorcha de Colombia S.A, alusivo al tópicico de la precitada corrección.

En efecto :

1. La acción subrogatoria consagrada en la legislación colombiana en el artículo 1.096 del estatuto comercial, a emulación de lo acaecido en el Derecho Comparado, está íntimamente enlazada con la institución de la subrogación disciplinada por el ordenamiento civil, al punto que los fundamentos y los postulados medulares que le sirven de apoyatura en este específico régimen, en general, son los que informan, 'ab initio', la figura en la esfera mercantil, corolario del acerado principio indemnizatorio que, con tanto ahínco, campea en los seguros de daños -a diferencia de los de personas -, según explícita y autorizada mención realizada en la Exposición de Motivos del Proyecto de Código de Comercio Colombiano del año 1.958 (artículos 914-916).

Ello explica, de un lado, que se tengan por fundamentos capitales de este instituto - entre otros - los siguientes:

- a) Evitar, a ultranza, que el responsable del daño no se exonere de responsabilidad, merced al pago efectuado por el asegurador al beneficiario del seguro, primigenio acreedor de aquel, pues en caso contrario, se le estará libertando de un débito que, trasciende, ello es primordial, la esfera del 'ius privatum', así la condena, en línea de principio, se limite al mero resarcimiento patrimonial. Expresado en otros términos, es claro que el ordenamiento desea que la conducta del victimario, no quede impune.
- b) Impedir que el responsable del daño, a la postre, pueda beneficiarse en caso de que el asegurador no estuviera realmente facultado para recuperar el monto indemnizado al beneficiario, merced que, en últimas, se traduciría en una especie de -insólito- premio por haber generado el perjuicio, dado que, por esa vía, se le liberaría de responsabilidad pecuniaria.
- c) Obviar que el beneficiario del seguro pueda resultar enriquecido, en la medida en que si no existiese la subrogación 'ex lege', bien podría obtener, por parte de su asegurador, el resarcimiento del daño por él experimentado, a la par que de manos del propio autor del mismo, lo que evidentemente repugna a los más elementales principios.
- d) Complementariamente, posibilitar que la entidad aseguradora, conforme a las circunstancias, pueda recibir unos recursos encaminados a lograr una más adecuada explotación profesional de la actividad aseguradora, toda vez que, indirectamente, se atenúan --así sea en mínima medida- los resultados adversos de la siniestralidad.

Y también explica, del otro, que el axioma relativo al origen y al carácter del derecho radicado 'a posteriori' en el subrogado, sea predicable del asegurador que, en desarrollo del contrato de seguro, ha procedido a indemnizar las pérdidas dimanantes de la realización del riesgo asegurado, esto es de un derecho derivado y, en tal virtud, ayuno de sustantividad y autonomía, como quiera que la entidad aseguradora, he ahí la importancia del fenómeno sustitutivo que aflora de la subrogación, adquiere el mismo derecho que antes del pago residía en la órbita patrimonial del asegurado - damnificado, de suerte que cuando acciona no lo hace enarbolando una prerrogativa naciente de la materialización de un perjuicio propio, como si se tratara de obtener una indemnización orientada a resarcir un daño autónomo, completamente desligado del cumplimiento de la prestación asegurada a su cargo. Por ello, con evidente razón, la doctrina le asigna un carácter típicamente derivado ⁽⁵⁾, calidad ésta que se erige en la

⁵ Cfme : Antigono Donati, Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private, Giuffré, Milán, 1.954, t.II, p.476 ; Adriano Fiorentino, L, Assicurazione Contra I Danni, Dott, Nápoles, 1.949, p. 136; Antonio Brunetti, In Tema di Surrogazione Dell'assicuratore, en Rivista Assicurazioni, Roma 1942, p. 29; Joaquin Garrigues, Contrato de Seguro Terrestre, Madrid, 1.982, p.200 y Arturo Díaz Bravo, Notas Sobre la Subrogación del Asegurador en el Derecho Mexicano y Comentarios a la Sentencia de la

piedra de toque de la problemática que nos ocupa, en la medida en que es el que justifica y recrea la intangibilidad del crédito de la entidad aseguradora, el que no sufre la más tenue alteración por migrar del asegurado al asegurador. Muy por el contrario, dicho derecho, 'per se', permanece indeleble ⁽⁶⁾, por manera que los responsables del siniestro, como lo impera el artículo 1.096 del Código de Comercio -en muestra de dicente acatamiento de la prenotada etiología y naturaleza-, podrán oponer al asegurador las mismas excepciones que pudieren hacer valer contra el damnificado.

Y si el derecho del asegurador naciente del pago en referencia es derivado, como en efecto lo es, cuando lo ejerce y obtiene su reconocimiento, ora en el campo extrajudicial, ora en el judicial, no debe experimentar mengua de tipo cualitativo o cuantitativo, menos por razones predicables únicamente del funcionamiento de la entidad aseguradora -como se examinará-, y no del damnificado, óptica que, en sana lógica, es la llamada a orientar la definición fidedigna de este tópico, pues se insiste en que el empresario en mención sustituye al damnificado originario e, 'ipso jure', se convierte en su nuevo titular, aun cuando la extensión y alcance de su prerrogativa jurídica, precisamente por ser derivada y no originaria o autónoma, como se indicó, están determinados 'a priori', vale decir que se establecen en función del derecho transferido -en sentido amplio-⁽⁷⁾.

Empleando una gráfica representación muy socorrida en la doctrina internacional, quien paga, en este caso el asegurador, se pone la misma máscara del beneficiario-damnificado, o entra en su armadura, de la cual se convierte en titular ⁽⁸⁾, o también, de conformidad con dicente metáfora utilizada en el mundo asegurativo, el empresario de seguros "se coloca en los zapatos del asegurado"⁽⁹⁾.

Corte Suprema de Justicia Colombiana de fecha 23 de septiembre de 1993, en Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros No.VII, Bogotá, 1995, p. 290.

⁶ Así, por lo demás, categóricamente lo manifiesta la doctrina, en general. Entre otros autores, el Profesor Luis Díez Picazo, observa "Que el subrogado ejercita el crédito inicial que adquiere y lo ejercita por tanto con su original integridad y con todas las facultades a él anexas".- Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Vol I, Cívitas, -Madrid, 1.979, p. 801. Cfme: Luis Pascual Estevill, El Pago, Bosch, Barcelona, 1.986, p. 270, y Giorgio Giorgi, Teoría de las Obligaciones, Vol VII, Madrid, 1.930, p. 277.

⁷ - Como lo reseñan los Profesores M. Picard y A. Besson, en virtud de la subrogación legal, el derecho del asegurador -"se modela con arreglo al que tenía el asegurado"- . Por ello su "acción contra el tercero tiene la misma naturaleza y el mismo alcance que el del asegurado". Les Assurances Terrestres, T. I, L.G.D.J, París, 1.982, p. 496. En este mismo sentido, el Profesor Marcel Fontaine, expresa que la subrogación en materia de Seguros, "en todo caso, funciona según los principios generales de la subrogación". Droit des Assurances, Larcier, Bruxelles, 1.996, p. 255.

⁸ - Vid: René Abeliuk, Las Obligaciones, T II, Editorial Jurídica de Chile y Temis, p.1.993.

Desarrollando idea similar, don Luis Claro Solar puntualiza que, quien efectúa un desembolso, por obra de la subrogación, "es colocado en **todo y por todo** en el sitio y lugar del acreedor a quien paga; **puede todo lo que él podía para la satisfacción de su crédito**". Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Vol VI, Editorial Jurídica de Chile, 1.979, p. 272. Análogo criterio es empleado en el campo del Seguro. Es así como los doctrinantes André Favré Rochex y Guy Courtieu, al momento de esclarecer lo relativo al alcance del derecho conferido por la subrogación al asegurador, anotan que este puede ser ilustrado a través de una singular fórmula "Nada más que la indemnización pagada **Pero toda la indemnización**". Le Droit du Contrat d' Assurance Terrestre, L.G.D.J., París, 1.998, p.270.

⁹ "to be entitled to stand in the shoes of the assured ("d'avoir le droit de se mettre dans les chaussures de l'assuré"), en Cumul des prestations, Recours et Subrogation en Matière d'assurance

2. En adición a lo ya esgrimido, dada su significación en el presente asunto, no puede soslayarse que la corrección monetaria no se erige o se desdobra en un factor adicional del daño -propiamente dicho-, como otrora se sostuvo por un sector de la doctrina y de la jurisprudencia del ramo (daño emergente), toda vez que la supraindicada corrección, en estricto sentido, no es más que lo que denota su significado semántico: la mera actualización -adecuación o ajuste- de la suma originariamente desembolsada a raíz de la floración del perjuicio, sin que ella entrañe alteración o mutación objetiva del 'quantum' primigenio, de suerte que lo que se obtenga por esta vía, no es otra cosa que la agregación de un monto de índole típicamente correctivo, indefectiblemente ligado con una fuente surgida y materializada 'ex ante'.⁽¹⁰⁾ De allí que no pueda hablarse de un aumento real de la suma indemnizada, en manera alguna constitutivo de un enriquecimiento en cabeza del peticionario de la actualización en comento, pues se reitera que lo que persigue el referido 'plus' es preservar, en su cabal extensión, el poder adquisitivo de la moneda y, por reflejo, la capacidad liberatoria ínsita en los signos monetarios de curso forzoso (valor puramente intrínseco), todo con meridiano apoyo en la equidad, en atención a que el daño, como tal, sigue siendo el mismo (unicidad del perjuicio)⁽¹¹⁾

Elocuente sobre este particular, por decir lo menos, es el lozano, 'a fuer' que justiciero criterio general acogido por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en reciente providencia del 9 de septiembre de 1.999 -que de haberse conservado inalterada, como estimamos correspondía hacer, hubiera conducido inexorablemente a variar la jurisprudencia de la Corte en este tópico- conforme al cual: *"Si, como hoy universalmente se acepta, la labor de interpretación y aplicación de la ley a cargo del juzgador solamente rinde verdaderos frutos, cumpliendo a cabalidad su cometido, cuando lo conducen a decisiones razonables y justas, es decir, cuando hace de la ley un instrumento de justicia y equidad, tórnase forzoso sentar que, justamente, ante la ausencia de norma expresa que prohíje la corrección monetaria en nuestra legislación y dado que la inestabilidad económica del país y el creciente deterioro del poder adquisitivo del dinero son circunstancias reales y tangibles que no pueden pasar desapercibidas al juez a la hora de aplicar los preceptos legales que adoptan como regla general en la materia, el principio nominalista, el cual, de ser aplicado ciegamente conduciría a graves e irreparables iniquidades, ha concluido la Corte, que ineludibles criterios de justicia y equidad imponen condenar al deudor a pagar en ciertos casos, la deuda con corrección monetaria"*.

"Si bien no pude desconocerse que en alguna oportunidad la corte justificó la corrección monetaria de las condenas en la necesidad de indemnizar un daño emergente, no lo es menos que en la actualidad, en todos aquellos eventos en los cuales de

Privée et Publique, Reporte General de Reimer Schmidt y Dieter W. Lüer, 4º Congreso Mundial de AIDA, Lausana (Suiza), 1974, p. 8.

¹⁰ Ya en el año de 1.984, en sentencia del 30 de marzo, la Sala Civil de la Corte recordó que, "...en ausencia general de norma expresa que lo consagre..., mediante interpretación legal de las normas vigentes, el derecho al pago íntegro de los perjuicios causados contra el responsable extracontractualmente..., comprendiendo dentro de aquel derecho al quantum equivalente a la corrección monetaria. Factor éste que ha sido incluido en este derecho, más como exigencia de la actualización de la reparación del daño al momento en que efectivamente se verifica el pago, que como daño emergente propiamente dicho".

¹¹ En este mismo sentido, el Dr. Javier Tamayo Jaramillo, en Salvamento de Voto a la Sentencia del 13 de octubre de 1.995 -referente a este mismo punto-, bien puso de manifiesto que, "Con el otorgamiento de la corrección monetaria al asegurador solo se le está manteniendo el valor intrínseco a la indemnización que recibió del 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 pagó 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, 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".

manera concreta ha inferido la necesidad de reconocerla, ha acudido explícita o implícitamente, como fundamento de tal reconocimiento, a la equidad.....”.

No hay, pues, a la vista de las consideraciones que anteceden, porque acudir al equívoco argumento del enriquecimiento, no sólo por cuanto está cimentado en una premisa errónea, como se acotó, sino porque lo que se verificaría en caso de no accederse a la prenotada corrección, si de justicia se trata, será paradójica y diametralmente el fenómeno contrario, esto es el empobrecimiento de la entidad aseguradora, 'lato sensu', -con todo lo que ello puede suponer de cara a la comunidad asegurada-, la que ulteriormente recibiría valores envilecidos, concretamente en economías de estirpe inflacionario, como la colombiana, sobre todo en tratándose de las décadas precedentes (ochenta y noventa). Empobrecimiento éste, hay que registrarlo, que no tendría una explicación o una causa jurídica que lo soporte, en clara contravía de granados postulados que informan la ciencia jurídica contemporánea: uno de ellos, de acentuada valía, que el derecho -en línea de principio- es bipolar y, por contera, llamado a propiciar un equilibrio en las relaciones inter-personales, el cual no debe resquebrajarse a pretexto de que el asegurador, una sociedad comercial económicamente solvente, no se afecta si lo obtenido por la vía de la subrogación es menor, en términos reales, a lo que en su oportunidad desembolsó, a título de indemnización ⁽¹²⁾.

Si el asegurador, merced a la sustitución que, 'ministerio legis' se produce con ocasión del cumplimiento de la prestación asegurada, pasa a ocupar el lugar del asegurado- damnificado, es consecuente entender que este reemplazo 'iuris' no altera, en manera alguna, el derecho de crédito radicado primitivamente en cabeza de la víctima, el que en tal virtud permanece incólume. Tanto es así que el artículo 1.669 del C. C, como diáfano reflejo de la aludida transferencia -'transmisión' o 'traspaso' en la terminología empleada por don Andrés Bello-, estatuye que, 'La subrogación, tanto legal como convencional, traspasa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones y privilegios, prendas e hipotecas del antiguo'-. ⁽¹³⁾.

3. Así las cosas, no sirve de rodela para negar el derecho a la corrección monetaria argumentar que este mecanismo actualizador conspira, de alguna forma, contra el principio indemnizatorio latente en los seguros de daños, pues lo que en realidad quiere significar tan neurálgico postulado, en su real y cristalina esencia, es otra cosa enteramente diferente: evitar que el asegurado se enriquezca a costa del asegurador y, por reflejo, de la comunidad -o masa- asegurada, bien entendida, habida cuenta que el seguro, en desarrollo de potísimas y centenarias reglas, no puede constituirse en fuente de enriquecimiento. Por ello es por lo que

¹² - No se equivocan los doctrinantes Nicolás H. Barbato y Gustavo R. Meilij, al apuntar -“in extenso”- que: “También se ha dicho que el reajuste por desvalorización podría llegar a configurar un enriquecimiento indebido para la aseguradora”. Este argumento --empero- no resiste el análisis. No creemos que pueda discutirse que la aseguradora tiene un derecho conferido por el art. 80 a reclamar de terceros responsables lo que haya debido pagar en virtud de siniestros provocados por éstos; en consecuencia, **si tal suma es reajustada, nunca puede existir un enriquecimiento de dicho asegurador, pues el reajuste no constituye un aumento de riqueza**, sino, precisamente, un procedimiento por el que se evita que en razón de la pérdida de valor adquisitivo de la moneda, el acreedor reciba menos que lo que en realidad le corresponde. **Hay un aumento nominal de importes, pero no un enriquecimiento**, palabra que, por definición, se refiere al aumento de la riqueza. Tratado de Derecho de Seguros, Zeus, Rosario, 1.975, p. p.310 y 311.

¹³ - Elocuente sobre el particular, es la autorizada opinión del Prof. J. Efrén Ossa G, co-redactor del Código de Comercio del año 1.971, según la cual “La subrogación legal no se halla establecida para enriquecer al asegurador y, por reflejo, a sus reaseguradores, ni para lastimar los derechos patrimoniales del asegurado, ni para aliviar o perjudicar la posición jurídico-económica del responsable del daño asegurado. Así se explica que solo puede operar -hasta concurrencia- de la indemnización pagada por el asegurador que la ley presupone”.. De ahí que -como lo hemos visto, el asegurador adquiere, con la subrogación, exactamente el mismo derecho que el damnificado,- luego - hay que concluir que la pérdida de poder adquisitivo de la suma indemnizada proveniente de la desvalorización monetaria gravita sobre el responsable del siniestro-. Teoría General del Seguro, Vol II, Temis, 1.991, p.p.193 y 194.

aquel no está legitimado para recibir suma superior al monto de los perjuicios sufridos o experimentados, tanto más cuanto que la prima del seguro se calcula, como se sabe, en función del riesgo asumido (ecuación prima-riesgo). A este último respecto, categórico es el artículo 1.088 del C. de Co, a cuyo tenor: “Respecto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento”.

En esta misma línea argumentativa, corresponde entender que el asegurador no pueda perseguir una suma superior a la previamente indemnizada al beneficiario-damnificado (circunscrita a su valor o expresión real), ya que ello sería tanto como tolerar su indebido enriquecimiento y correlativamente el empobrecimiento del agente del daño, a sabiendas de que la entidad aseguradora, merced al pago realizado, sustituye jurídicamente al asegurado, quien por mandato legal, no podía, ni puede enriquecerse -en perjuicio ajeno-, a la par que por elementales reglas propias del Derecho común. Es en este sentido en que debe asimilarse el contenido del artículo 1.096 del C. de Co., en concreto las locuciones “...hasta concurrencia de su importe”, referentes a la fijación de un límite objetivo de su pretensión, en la inteligencia, claro está, de que la actualización o ajuste monetario, como se analizó, forma parte rigurosamente del concepto ‘importe’ y, por ende, no puede ser escindido y menos catalogado como un ‘plus’ inconexo o huérfano de ligamen, puesto que la corrección monetaria no tiene el carácter de ganancia o de riqueza para el que la reclama, sea el asegurador, sea otro sujeto diferente. La suma -ya- corregida, en términos reales, es igual a la que nominalmente se ajustó.

No se olvide que el pago de la indemnización asegurativa, si bien extingue la obligación propia y autónoma del asegurador frente al beneficiario del seguro -quien paga una deuda de naturaleza personal-, puede ser inferior al monto del daño irrogado por el victimario (art 1.079 C. de Co.), motivo por el cual sólo hasta el límite indemnizado, junto con su correspondiente actualización, puede la entidad aseguradora intentar la acción subrogatoria (art 1.670 C.C.). He ahí descrita, ‘ex novo’, la genuina ‘ratio’ del precitado aparte del art. 1.096, muy diferente a la esbozada por la H. Corte en las diferentes sentencias que han prolijado la tesis de la que respetuosamente discrepamos, en las que ha creído hallar en la referida norma, al amparo del artículo 27 del Código Civil, la explicación de su tesitura.

Tal es la orientación de la sentencia del 13 de octubre de 1.995, ratificatoria del contenido de las providencias del 22 de enero de 1.981 y 23 de septiembre de 1.993 -acogidas ‘in extenso’ por el fallo materia de este Salvamento-, con sujeción a la cual “Como ha sido rector en materia de seguros que este contrato no pueda ser fuente de ganancias y menos de riqueza, sino que se caracteriza por ser indemnizatorio (artículo 1.088 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”.

Huelga decir, a riesgo de ser repetitivos, que la indexación o corrección monetaria no se traduce en ganancia o riqueza para el que la percibe; simplemente es una justa, a la vez que legítima adecuación de la suma nominalmente reclamada. No en balde, a conciencia, se alude a una mera actualización o ajuste, otorgado con arreglo a la equidad, aquilatado y, a su turno, equilibrado criterio empleado por la propia Corte, con carácter general, según se anotó en otro aparte de este escrito, sin que hasta ahora se halla dicho que en aquellos casos en que se ha concedido, se ha hecho con el confesado propósito de enriquecer al acreedor y, por tanto, de empobrecer al deudor.

Por consiguiente, a manera de síntesis de lo expuesto en este literal –en similares términos a los consignados en el proyecto original de la sentencia en comentario: Exp 5445-, debe anotarse que el límite que restringe el derecho de la entidad aseguradora que ha reconocido previamente una indemnización, expresado en la fórmula legal: “hasta concurrencia del valor del importe pagado”, no se halla fijado para indicar que su derecho sólo se extiende a la suma nominal que fue materia de reconocimiento ‘ex contractu’, sino para evitar que por esa específica vía la compañía pueda ejercer -para sí- la acción indemnizatoria plena, procurándose un beneficio patrimonial que no le pertenece y que, además, está reservado ‘privativamente a la víctima cuando el pago de la suma asegurada no repara íntegramente el daño; tampoco el tenor literal del precepto: “importe pagado”, que fija la cuantía de un crédito, excluye que éste corresponda a una deuda de valor y no meramente nominal, máxime que, como es sabido, en otros casos en los que el legislador ha empleado términos que atañen con el nominalismo monetario o con una época determinada, la jurisprudencia ha reconocido el ajuste, el cual se involucra como concepto de actualización, en orden a determinar el monto adeudado por su valor intrínseco y, de suyo, real; además, la interpretación de ese límite legal en los términos en que fue concebido, acompasa, o por lo menos no se excluye, con la afirmación de que la recuperación de lo pagado por parte de la compañía debe darse de manera efectiva y no en forma disminuida por efectos de la devaluación monetaria; y, en fin, no queda

duda que el pago realizado por el asegurador se halla indisolublemente ligado, por lo menos en cuanto atañe a su destinación, con el tema de la indemnización de perjuicios –los del asegurado–, para cuya reparación plena se ha considerado y aceptado la aplicación de la corrección monetaria.

4. De otro lado, cumple reseñar que el empleo ‘ex lege’ de las expresiones “hasta concurrencia de su importe”, no puede ser utilizado como argumento suficiente –o definitorio– para cercenar la posibilidad en cabeza de la entidad aseguradora de obtener el prenotado reajuste monetario, no sólo por cuanto su inteligencia es muy otra, como ya se delineó, sino también porque no está en consonancia con el alcance otorgado por la doctrina y por la jurisprudencia de las naciones europeas y del cinturón latinoamericano que, en su oportunidad, inspiraron la ‘mens legislatoris’ patria y, por tanto, la redacción individual del texto del artículo 1.096 del estatuto mercantil, inalterado desde la promulgación del Código de Comercio vernáculo.

En efecto, desde una perspectiva estrictamente jurídica, el vocablo ‘importe’ no puede ser visualizado como inequívoca, amén que confesa expresión del principio nominalista, por cierto inaplicable tratándose de obligaciones de valor, según lo corrobora un amplio sector de la doctrina ⁽¹⁴⁾, en atención a que en el ámbito jurídico denota, precisamente, lo mismo que revela su significado en el lenguaje corriente : “Cuantía de un precio, crédito, deuda o saldo.” (Diccionario de la Lengua Española).

El término “importe”, por lo tanto, debe ser entendido no como el corolario de una fría e inconexa cifra, objeto de desembolso precedente por parte de la entidad aseguradora, sino como el resultado de su actualización monetaria, ya que se repite que la corrección, ‘stricto sensu’, no adiciona o agrega valor real, simplemente propende por conservar la capacidad liberatoria del dinero (valor intrínseco), es decir del ‘importe’ otrora cancelado. Nada más ⁽¹⁵⁾.

Atribuirle propiedades limitativas a la dicción en comento, es conferirle carta de ciudadanía a interpretaciones aisladas, amén que ceñidas, virtualmente, a la escueta gramática, en todo caso dueña de una connotación divergente en el mencionado contexto, como se enunció. Bien decía San Pablo, que la letra mata, y el espíritu vivifica, sentencia milenaria que, en la esfera de la dogmática jurídica, está en total armonía con la proscripción de interpretaciones cegadoras que, hundiendo sus raíces en los axiomas de la decimonónica Escuela de la Exégesis, hoy por completo superados, se aferran al dictado lexicográfico, dándole la espalda al sentido teleológico de la norma jurídica, ‘in concreto’, al tiempo que articulada, como debe ser, con la preceptiva restante, no en vano integrante de un sistema, rectamente entendido.

Y decimos igualmente que la señalada interpretación no está en consonancia con los antecedentes legislativos tomados en cuenta para la factura del precepto contenido en el artículo 1.096 del C. de Co, habida cuenta de que todas las legislaciones que inspiraron –en forma prevalente– la redacción del Título V del Libro Cuarto del Código de Comercio, emplean, en lo fundamental, la misma terminología ⁽¹⁶⁾, sin que por ello en tales naciones se afirme que la ‘voluntas legislatoris’ haya sido la de impedir que el

¹⁴ - Cfme: Jorge Bustamante Alsina, Teoría General de la Responsabilidad Civil, Abeledo Perrot, 1.983, p. p. 192 y 193; Enrique C. Banchio, Obligaciones de Valor, Lerner, Buenos Aires, 1.965, p.91; Jaime Santos Briz, La Responsabilidad Civil, Montecorvo, Madrid, 1.981, p.p. 331 y s.s. y Antonio Hernández Gil, Derecho de Obligaciones, Ceura, Madrid, 1.983, p.p. 201 y s.s.

¹⁵ - Corrobora este aserto la doctrina nacional. Así, por vía de ejemplo, el Dr Andrés Ordoñez Ordoñez, en forma precisa, advierte que las expresiones -hasta la concurrencia de su importe-, hacen claramente relación a un importe en términos reales y no nominales. Tan sencillo es esto que basta remplazar la expresión ‘importe’ por su equivalente ‘valor’. Si el asegurador se subroga hasta la misma concurrencia del valor pagado a su asegurado, es claro que ese valor deber ser valor real y no nominal, sobretodo si nos encontramos en un medio económico inflacionario. Comentario Jurisprudencial a la Sentencia del 23 de Septiembre de 1.993, CSJ, en Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros, No VI, Temis, Bogotá, 1.995, p. 256.

¹⁶ En orden cronológico : Francia, art 121 : “...hasta concurrencia de la indemnización pagada” ; México, art 111 : “...hasta la cantidad pagada...” ; Italia, at. 1.916 “...hasta la concurrencia del importe de la misma -la indemnización”, y Argentina, art 80 “...hasta el monto de la indemnización abonada”.

asegurador, por la vía de la subrogación, obtenga la actualización monetaria, esto es que, de plano, no cuente con las herramientas jurídicas enderezadas a paliar los letales efectos de la inflación.

Así, por vía de dicente ejemplo, la doctrina italiana, tejida alrededor del artículo 1.916 del Código Civil del año 1.942, contentivo de una redacción prácticamente idéntica a la de nuestro artículo 1.096 del cuerpo mercantil, es terminante al avalar que la acción subrogatoria y la corrección monetaria, no son en modo alguno incompatibles, al punto que el asegurador, por esta específica senda, bien puede perseguir, en caso de materializarse un proceso inflacionario, la actualización de la suma –o importe- que previamente pagó. En este sentido, el catedrático de la Universidad de Roma, Prof. Antigono Donati, identificado con el parecer del doctrinante Sergio Ferrarini, observa que, “si en el lapso de tiempo comprendido entre el pago de la indemnización y su reconocimiento por parte del tercero se presenta una devaluación -de la moneda-....la subrogación tiene lugar por el importe superior al pagado por el asegurador . Y no puede ser de otra manera, porque preservándose el mismo débito, el que originariamente era de valor, no puede mudar su naturaleza para transformarse en una deuda de dinero” (17).

De igual manera, la doctrina argentina, sólo para auscultar dos de las cuatro legislaciones en comento, es fulminante al momento de rechazar una interpretación restringida del artículo 80 de su Ley del contrato de seguro de 1.967, como también lo es, se registra, la jurisprudencia de esa nación.

Así, en el plano doctrinal, los Profesores Issac Halperin y Juan Carlos F. Morandi, ponen de relieve que en virtud de la subrogación “La transferencia se produce con todas las garantías y derechos, tanto de fondo como procesales; si se considera un supuesto de subrogación la solución es idéntica conforme al principio del art. 771, C. Civil. **Debe juzgarse que incluye el derecho al incremento por desvalorización** (18).

Y en el plano jurisprudencial, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en fallo del año 1.976, en el que en forma encomiable corrigió su cuestionado criterio -restrictivo- vertido en providencia anterior, precisó que “...**resulta ajustado** a toda lógica y al correcto juego de la **equidad y al principio de la igualdad, considerar que el pago efectivo de los daños resultantes de un siniestro en favor de la víctima, no puede servir par mejorar la suerte del culpable**, liberándolo del incremento indemnizatorio por depreciación monetaria. De lo contrario, cuanto más grave fuese el daño e indispensable su reparación urgente (lesiones corporales, arreglos de vehículos para permitir su rápida utilización y el cese del lucro cesante), más aliviado de sus obligaciones se vería el deudor con el consiguiente empeoramiento de las condiciones del acreedor....”. Y más adelante concluyó que, “...**como la aseguradora se subroga en los derechos y acciones del asegurado pasando a ocupar su lugar, es obvio que pueda reclamar todo aquello que hubiese pretender el subrogado**. No altera lo expuesto, la limitación resultante del mencionado art. 80 en cuanto concede al asegurador derecho a actuar como subrogante hasta el monto de la indemnización que abonara, ya que **el plus por depreciación monetaria no significa sino una adecuación de la misma suma pagada a los fines de mantener su valor originario**” (El destacado es ajeno al texto original).

5. Tampoco resultan definitorios, debemos resaltarlos con el fin de obviar equívocos, los argumentos de estirpe meramente asegurativa que se emplean para denegar el ‘exequatur’ referente a la corrección monetaria o indexación.

Se afirma, por vía de ilustración, que “el funcionamiento de tal subrogación no es por 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 lo principios del ‘cálculo de probabilidades’ y la ‘previsión de los imprevisible’, no se resquebraja ni sufre mella alguna cuando el asegurador paga

¹⁷ Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private, Vol II, op.cit, p. 479.

¹⁸ Cfme : Rubén Stiglitz, Derecho de Seguros, T. II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, p.p. 486 y s.s, Ignacio Escuti, Efraín H. Richard, Horacio Roitman y José I. Romero, Indexación en el Derecho Argentino y Comparado, DePalma, Buenos Aires, 1.979, p. 478 y Eduardo Zannoni, Revaluación de Obligaciones Dinerarias. Indexación, Astrea, Buenos Aires, 1.977.

la indemnización, es decir cuanto cumple lo pactado, motivo por el cual, continúa el pronunciamiento, -'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, nos e sabría, entonces, qué papel jugaría la prima dentro del contrato de seguro- (Sentencias de 1995 y 2000, en lo fundamental ligadas con el planteamiento realizado en el fallo del 6 de agosto de 1985).

Tal afirmación, empero, no tiene virtualidad de impedir que el asegurador pueda obtener que la suma pagada en su oportunidad sea corregida, en la medida que el recobro –o recupero como se apellida en algunas naciones americanas- que emerge de la subrogación, en sí mismo considerado, no persigue afianzar el equilibrio de la relación asegurativa, dado que éste, en línea de principio, debe obtenerse a través de la prima, por ello concebida, 'expressis verbis', como 'precio del seguro' (art. 1045, numeral tercero), en asocio de un adecuado programa de reaseguros y, claro está, de su apropiada gestión empresarial, entre otros factores más, sin que se torne, en todo caso, en despreciable, en atención a que como acertadamente lo confirma la doctrina especializada, -el asegurador, mediante la subrogación, puede obtener unos recursos suplementarios que le permitan una mejor explotación del negocio del seguro (19), igualmente en beneficio inequívoco de la masa asegurada.

Es cierto, que la estabilidad financiera de la entidad aseguradora no puede fincarse en la prosperidad de las acciones de subrogación, sin perjuicio de que -en determinados casos- pueda contribuir al señalado propósito, pero siempre con un carácter más indirecto y residual. Pero derivar de este inconcuso hecho, la existencia de un sólido razonamiento que justifique la impertinencia de tales acciones, es algo que desborda la 'intenció' del legislador nacional y comparado, convencidos de su acentuada relevancia genética y funcional. De allí que un amplio sector de la doctrina foránea no dude en reconocer que la subrogación del asegurador, ontológicamente analizada, hunda sus raíces en consideraciones -más- de política legislativa general, en guarda de preservar caros principios que, por su significación, trascienden de la mera relación asegurativa, al punto que interesan al orden público y a la colectividad toda.

Por consiguiente, desde una perspectiva dialéctica, el argumento en cita -a la postre-, se torna neutro, habida cuenta de que ni quita ni pone rey, por lo menos de cara a la problemática objeto de examen. Parafraseando al maestro R. Von Ihering, hay que preconizar que es como 'la espada de Bernardo: ni pincha, ni corta', a más que no guarda relación con la etiología, ni mucho menos con su funcionamiento, aspectos que no difieren del desarrollo conferido en los ordenamientos civil y comercial.

Que "el fundamento de tal subrogación no es proteger pecuniariamente al asegurador" (Sentencia del 13 de octubre/95, refrendada en el mes de agosto de 2.000), según lo afirma la tesis mayoritaria, no quiere significar, 'per se', que deba prohijarse una postura nominalista, llamada a desconocer sus intereses o los de su reasegurador, ya que si "no se empobrece por pagar lo que debe en razón de un contrato" (Ibidem), ello no autoriza a que se le niegue algo a que tiene derecho, menos cuando no existe un precepto que, con claridad, esto es que no arroje duda de ninguna especie, disponga en ese sentido, como no lo hace, ciertamente, el artículo 1.096 del C. de Co, o cualquier otra norma jurídica inmersa en el estatuto comercial.

Entonces, que el cumplimiento de la prestación asegurada por el asegurador no pueda ser considerado como detonante de un daño o de un perjuicio, propiamente dicho -dado el previo cobro de la prima, a su vez que el carácter aleatorio connatural al seguro, entre varios argumentos- (20), no quiere significar que no pueda demandar al responsable del mismo, luego de haber indemnizado al asegurado-damnificado, en consideración a que no está sustentando la acción subrogatoria pertinente en un

¹⁹ Fernando Sánchez Calero, Ley de Contrato de Seguro, Aranzadi, Pamplona, 1999, p.652. Acorde con la idea inmediatamente expuesta, el Dr. Walter Villa Zapata, expresa que -El asegurador que logra recobrar -vía la subrogación- las cantidades que pagó a su asegurado, generalmente le confiere a éste un mejor y preferente trato, tanto respecto de la prima que puede verse reducida, o en general, dispensarle un trato más permeable en la futura relación contractual-. La subrogación en el Derecho de Seguros Peruano, en Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros, No. X, Bogotá, 1997, p.151.

²⁰ - Cfme : Ivone Lambert Faivre, Droit des Assurances, Dalloz, París, 1.990, p. 336.

derecho autónomo -o propio-, sino, como se ha señalado, en uno típicamente derivado, del cual era primitivamente titular el precitado asegurado. He aquí el 'quid' del tópico en examen, muy otro que el de inhibir la procedencia de la acción en referencia, en la inteligencia de que el asegurador, por el camino de la subrogación, no puede enriquecerse, máxime cuando ha percibido 'ex ante' la prima de seguro, aspectos ajenos a la médula de la figura subrogatoria, como ya se acotó, muy especialmente a sus fundamentos cardinales, objeto de insoslayable fractura cuando se limita o restringe su procedencia hasta el monto de lo originariamente pagado por el asegurador, únicamente, haciendo -para ello- tabla rasa de los efectos implacables, a más de variables que, en materia monetaria, el transcurso del tiempo genera, muy al contrario de lo que acaece, 'mutatis mutandis', con el aluvión, según las voces del precepto consignado en el artículo 719 del Código Civil, concebido magistralmente por don Andrés Bello, como "...el aumento que recibe la ribera de un río o lago por el **lento e imperceptible** retiro de las aguas", calidades éstas que, de ordinario, no pueden predicarse de la inflación : presurosa y protagónica, conforme lo enseñan, en la órbita probatoria, las máximas de la experiencia.

Por último, esclarecido lo anterior, importa aludir a un aspecto que, de ordinario, es -y ha sido- objeto de sistemáticos equívocos. Nos referimos, al aparente enriquecimiento que la subrogación le genera al asegurador directo, quien en adición de la prima pagada por el tomador del seguro, se dice, recibe unos fondos de manos de su reasegurador que, según la tipología y estructura del contrato, pueden ser suficientes para cubrir la prestación asegurada, esto es su débito respecto del beneficiario del seguro. Y decimos aparente, pues en caso de que medie un contrato de reaseguro, con cargo al cual el asegurador-reasegurado obtenga una indemnización con motivo del surgimiento del siniestro respecto a la relación asegurativa primigenia -mecanismo contractual no sólo legítimo, sino imprescindible para la buena marcha de la entidad aseguradora-, el importe que se obtenga en virtud de la subrogación, le corresponderá, proporcionalmente, a la sociedad reaseguradora, por manera que si el reasegurado (compañía de seguros), por cuenta propia, no retiene ninguna proporción en el -riesgo cedido-, no tendrá ningún derecho frente a la cantidad recuperada que, '-in toto-', pertenecerá al reasegurador. En caso contrario, en la hipótesis ya descrita, obviamente se patrocinaría un claro enriquecimiento patrimonial, en desmedro de la comunidad reaseguradora, con paladino resquebrajamiento del principio indemnizatorio, igualmente predicable del vínculo reasegurativo ⁽²¹⁾.

6. Y ya prácticamente para terminar, cumple subrayar que por la vía del razonamiento vertido en el fallo que obtuvo la mayoría-, complementariamente a la gestación de las vicisitudes ya evidenciadas, se conculcan sendos fundamentos de la subrogación -antes pincelados-, en especial los que atañen al insoslayable prurito de evitar que, en el campo civil, la conducta del agente del daño quede impune y, por tanto, carente de condena pecuniaria, y al vívido deseo de impedir que el victimario, por el camino del no reconocimiento de su responsabilidad, resulte lucrado.

Efectivamente : un distorsionado mensaje se fragua, lo puntualizamos con el mayor respeto, cuando al agente del daño, '-in radice-', se le exonera de la corrección monetaria -bien sea indirectamente-, pretextando que su obligación -de valor a juicio de un reconocido sector doctrinal, como se anunció-, sólo llega hasta el monto pagado por el asegurador, así sea una suma que, por el efecto severo y socavante de la erosión monetaria, resulte ser ínfima o si se prefiere irrisoria, en franca oposición de los mecanismos correctivos prohijados por el legislador y aplicados por la propia jurisprudencia naciente de esta Corte, en muestra de su plausible y confesado propósito de combatir la iniquidad, ⁽²²⁾, esa que entre otras múltiples causas, se genera cuando -sin argumentos inobjetable- no se ajusta el monto de una indemnización debida, lo que conduce a minar su valor intrínseco y, en veces, hasta pulverizarlo.

²¹- A este respecto, el Prof. J. Efrén Ossa, certeramente anota en su obra que "el temor de que el asegurador pueda enriquecerse por la vía de la subrogación -carece de todo fundamento porque, merced al principio de la -comunidad de suerte- entre asegurador y reasegurador, el carácter indemnizatorio del reaseguro, el derecho a la subrogación que corresponde -in integrum- al asegurador ha de ser compartido por el reasegurador en proporción a la cuota en la indemnización del daño asegurado.". Teoría General del Seguro, T. II, Op.Cit, p. 185.

²²- Cfme : Hernán Fabio López B., Comentarios al Contrato de Seguro, Dupré, Bogotá, 1.993, p. 208.

El único beneficiado con dicha interpretación, como ya se anunció, resulta ser en últimas el responsable del daño, ese sujeto al que, con arreglo a caros axiomas que de antiguo disciplinan tanto el Derecho natural, como el positivo, debe responder en su justa y exacta proporción (ni un peso más, **pero tampoco uno menos**), sin tolerar que, por la vía de la descrita exoneración, termine mofándose del ordenamiento, de la administración de justicia y, en general, de la colectividad toda. Y ello es así, ciertamente, por cuanto dada la inocultable tardanza del sistema judicial -en buena parte explicable por la irracional y sostenida congestión imperante en el medio-, a la que se suma el fustigante y sistemático proceso inflacionario experimentado a lo largo de los lustros que anteceden, el deudor termina reconociendo años después, en valores reales, una exigua suma que, a la postre, se convierte en irritante acicate para que los irresponsables atenten, de una manera u otra, contra la prístina teleología en que se cimienta el ordenamiento jurídico, el que no puede ahijar o, incluso, estimular, posturas ambivalentes de cara a una situación unívoca que, por antonomasia, amerita reparación integral -bien conceptualizada-: el daño irrogado, así sea en el patrimonio de un profesional llamado a asumir riesgos, dado que, por ficción legal, mejor aún por la mecánica inherente a la subrogación, él entra a ocupar el mismo lugar del asegurado, de suerte que quedará cobijado, irremediablemente, por lo negativo que fluya de esta sustitución jurídica, pero también por lo positivo, específicamente por la potestad de reclamar, 'in integrum', lo adeudado, en estrictez.

En suma, flaco favor se le hace a la responsabilidad civil, con todo lo que ella entraña en la órbita jurídica, cuando se liberta al victimario de responder por un 'plus' que, objetivamente considerado, no es nada distinto de un agregado o extensión meramente nominal, impotente para adicionarle valor real a su débito, liberación que, en la 'praxis', desventuradamente, genera un ostensible menoscabo de los pilares de la acción subrogatoria, preferiblemente de su 'ratio legis'. Nuevamente nos referimos, de una parte, al que propende por evitar que la conducta lesiva -en sentido lato- imputable al agente del daño se torne impune -así sea en forma relativa- y, por la otra, al que persigue que éste obtenga un provecho o una ventaja ilícita, emergente de la liberación parcial en cuestión. Ambos fundamentos basilares de la subrogación, pues, se desdibujan cuando se acepta que el victimario responde, sí, pero por el veinte o por el diez por ciento, 'ad exemplum', respecto del valor por el que debió responder, en puridad.

7. Para concluir, a manera de panorámica recapitulación, es menester expresar, con inquebrantable apego al principio de la equidad y al de la integridad del pago, que el desembolso efectuado por parte del infractor a la aseguradora como consecuencia de la subrogación de ésta en los derechos del asegurado, en los mismos términos en que éste los detentaba, debe inspirarse en una idea justa de realismo y equilibrio monetarios y, por tanto, obtener simétrico tratamiento al otorgado a las obligaciones pecuniarias que deben valorarse en su equivalente al momento de ser satisfechas, con el fin de que el asegurador reciba el mismo valor intrínseco que reconoció al asegurado en razón del siniestro, con lo cual, además, se evita que la depreciación del dinero lo afecte únicamente en beneficio del causante del daño.

De consiguiente, teniendo en cuenta que la esencia de la acción materia de la subrogación, es la misma que, originariamente, hubiera podido ejercer el asegurado-damnificado contra el responsable del daño, el tratamiento que debe otorgársele a la entidad aseguradora debería ser idéntico al que la ley y la jurisprudencia le hubieran dado a aquel, en caso de que, con prescindencia del seguro, hubiera reclamado directamente de éste la correspondiente indemnización de perjuicios. De no ser así, los derechos originados del pago con subrogación previstos en favor del asegurador se convertirían, sin razón atendible, en una mera acción de reembolso de cara a la suma desembolsada, en vez de la que en realidad, a manera de 'posterius', puede ejercer -ya- como suya, en desarrollo de la inobjetable sustitución del asegurado-damnificado, situación que, además, no armoniza, en modo alguno, con el régimen legal colombiano asignado al pago con subrogación, tanto en la legislación civil, como en la comercial, sin duda articulados, en lo capital (art. 1.096) ⁽²³⁾. Una exégesis divergente, por respetable que resulte, conduciría a fomentar una injustificada discriminación jurídica, puesto que si la actora es la entidad aseguradora, a ella se le cercenaría el derecho al reajuste o actualización monetaria, no así en tratándose del 'petitum' formulado por el asegurado-damnificado.

²³ - En este sentido, bien expresaron los Drs. Aurelio Calderón, José Fernando Escobar, Humberto de la Calle L., y Hector Marín N., "Que sería absurdo que el asegurado pudiera perseguir la corrección monetaria y el asegurado no". La Subrogación del Asegurador, ponencia presentada por el Capítulo de Manizales, dentro del marco del VIII Encuentro Nacional de la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros, ACOLDESE, Bogotá, 1.982, Memorias, p. 131.

Es natural que a la pregonada conclusión arriban los Magistrados que salvan su voto, según se plasmó en el proyecto de sentencia original, por cuanto es evidente que han transcurrido más de trece años desde la fecha en que la aseguradora le pagó al asegurado : 24 de febrero de 1987, y que en cambio aquella no ha recuperado aún dicho pago del responsable del siniestro, sin que se pueda suprimir o diluir el efecto de la devaluación de la moneda con apoyo en los cálculos de probabilidades que, para otros efectos, atañen con la actividad económica aseguradora ; o en la celebración de los respectivos contratos de reaseguro ; o en la masificación de los negocios jurídicos asegurativos (cartera negocial) ; o en la socorrida posición dominante de las entidades aseguradoras, lo cual resulta extraño al derecho que le asiste a toda persona -natural o jurídica- que paga de recuperar, de manos del victimario, exacta e íntegramente lo que pagó, o sea por su valor actual, sin el que a su turno, el responsable del siniestro, como reiteradamente se ha afirmado, recibiría un premio o merced en lugar de la sanción civil que merece por sus actos u omisiones generadores del daño ocasionado.

Cuán injusto resulta en un entorno como el colombiano, signado por la presencia del corrosivo y sostenido fenómeno inflacionario - muy especialmente en los lustros precedentes, como se anticipó-, aferrarse a la tesis nominalista, ora expresa, ora implícitamente, a esa postura que, al margen de la realidad, preconiza que “una unidad monetaria es siempre igual a sí misma ; una libra es igual a una libra; un dólar es siempre igual a un dólar ; etc, y no se tiene en cuenta ningún cambio externo en el valor de la moneda, principalmente su cotización en relación a otras monedas, ni las modificaciones que su valor sufra en el ámbito interno. Así, se adopta una ficción legal....relativa a la identidad de valor de las unidades monetarias en épocas diferentes” (24).

¿ Como aceptar, efectivamente, que un peso de 1.987 es igual o, si se prefiere, idéntico, a un peso del año 2.000, sólo porque una tesitura prohijada para economías estables lo indica, o por aquello de la convergencia del manido argumento de la inexistencia de perjuicio en cabeza del asegurador ?. Por nuestra parte, al igual que para la ‘communis opinio’ patria, sumada a la jurisprudencia del H. Consejo de Estado -la que ha autorizado corregir monetariamente la indemnización desembolsada por el asegurador, en virtud de la acción subrogatoria- (25), no es posible desconocer que los efectos que emergen de la inflación en un período superior a los diez años son altamente nocivos y perturbadores, a la vez que de una evidencia sin par. De ahí que, con estribo en la equidad, entendida como “...un criterio flexible” (26), en la hora de ahora con grandilocuente arraigo constitucional (art 230 C.P) y legal (art 16, Ley 446/98), abogemos por admitir la procedencia de la corrección monetaria en el supuesto ‘sub examine’, como igualmente lo haríamos si el actor no fuera una entidad aseguradora, sino el propio asegurado-damnificado que, prescindiendo de su acción contra el asegurador, hipotéticamente, se dirigiera -‘recta vía’- al causante del daño por él experimentado. Donde hay identidad de razón, lo enseña la célebre máxima latina, debe existir identidad de derecho (‘Ubi eadem ratio, ibi idem jus debet

24 - Eliyahu Hirschberg, El Principio Nominalista, Depalma, Buenos Aires, 1.976, p. 35.

25 - Vid : Sentencias del 19 de diciembre de 1.988 y 11 de agosto de 1.989, entre otras.

26 - Francesco Messineo, Doctrina General del Contrato, T.II, E.J.E.A. Buenos Aires, 1.952, p. 298.

Esta concepción, ciertamente es capital, como quiera que, por definición, el instituto de la equidad no puede ser rígido, amén que aplicado en forma invariable, esto es desatendiendo las particularidades de cada caso, en concreto, las que deben ser objeto de examen oportunamente, en guarda de evitar generalizaciones, a todas luces inconvenientes. Es por ello por lo que, al amparo del criterio de la equidad, es posible que en un momento dado se juzgue que no es aconsejable acceder a la petición de actualización monetaria, siempre y cuando, claro está, las circunstancias especiales del asunto, así lo indiquen, v.gr : cuando la tasa de inflación sea tan moderada, que el principio en comento recomiende no ajustar la indemnización, hipótesis ésta, útil es registrarla, completamente ajena al presente análisis. No sucedería lo mismo, huelga advertirlo, cuando en un lapso determinado ocurriere justamente el fenómeno contrario, es decir una repentina y acelerada erosión monetaria, que disminuiría sustancialmente el derecho en cuestión, en atención a la desvalorización de su patrón de medida. En esta última hipótesis, la supraindicada equidad, con sobrada razón, impondría una decisión totalmente contraria, esto es, el tantas veces aludido restablecimiento monetario.

esse'), por manera que, a nuestro juicio, no resulta de recibo ninguna escisión, tanto más cuanto que el causante del daño, debe responder con total prescindencia del contrato de seguro -como si éste no existiera-, tal y como lo predica un sector de la doctrina.⁽²⁷⁾

Lo determinante, en apretada síntesis, es conferirle al desembolso realizado por la entidad aseguradora el carácter de 'tertium permutacionis', con la confesada finalidad de que la suma debida por el agente del daño, de ordinario reconocida luego de un apreciable número de años, conserve su valor intrínseco y, por ende, su valor real, o sea sin atadura a su expresión nominal, precisamente por no revelar -en su justa medida y extensión- el monto efectivo del débito a su cargo, el que no puede estar sujeto, desde una perspectiva cuantitativa, al carusel del tiempo o a los sobresaltos de una ondulante economía, como tal ayuna de estabilidad, 'a fortiori' cuando el factor temporal en cuestión sólo y sólo a él lo beneficia.

Lo consecuente, con asiento preponderante en la justicia distributiva, es pues exigirle al responsable que responda con arreglo a patrones financieros que, permeados por la ley de la equivalencia, permitan que el daño, otrora causado, sea reparado con apego a signos monetarios equivalentes a aquellos de la época en que la entidad aseguradora resarció los perjuicios que de él dimanaron para el asegurado-damnificado. "Si el dinero -como lo recuerda un autor- con relación a los valores es algo así como un metro con relación a las longitudes ; así como no sería justo entregar una cantidad de metros de una tela medida con un metro que se hubiese acortado, tampoco lo será que se pretenda el pago de valores o cantidades con una moneda cuya unidad de medida aparece disminuida. Por ello es que, de no tenerse en cuenta el verdadero poder adquisitivo de la moneda al hacerse el pago de una deuda, sucedería que : sólo se entregaría una mercancía distinta de la que se pretende pagar, que valdría menos que en los días anteriores..."⁽²⁸⁾.

De conformidad con lo plasmado a lo largo del presente escrito, debe estimarse que el Tribunal incurrió en el yerro enrostrado en la demanda de casación, por no haber concedido la corrección monetaria que, en las descritas circunstancias, tenía derecho a reclamar la entidad aseguradora, por manera que el cargo, en nuestro entender, debió abrirse paso.

CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACION CIVIL

Expediente No. 5445
Salvamento parcial de voto:

Con el mayor respeto discrepo de la decisión mayoritaria concretada en la sentencia de 25 de agosto de 2000 dictada en el proceso de la referencia, únicamente en cuanto al despacho negativo del cargo con el cual la parte impugnante propugnó por la aplicación de la corrección monetaria sobre la suma que la aseguradora demandante pagó, a título de indemnización, ante el incumplimiento contractual de la parte demandada; ajuste monetario que, en mi opinión, debió reconocerse por las razones que a continuación expongo, las cuales, valga decirlo, implican que en muchos de sus términos, comparta el salvamento de voto prolijamente sustentado por el Magistrado Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, sobre todo en cuanto la jurisprudencia de esta Corporación, refrendada nuevamente, en torno al alcance del artículo 1096 del Código de Comercio, el cual, en mi sentir, no debe fijarse a partir de un supuesto equilibrio contractual entre el asegurado y asegurador, ni por ningún factor extraño distinto de la equidad que reclama la reparación cabal e íntegra de quien, por su incumplimiento, verdaderamente causó los perjuicios.

²⁷ Emilio Pasanisi, *Ancora Sulla Natura e Sul Fondamento Della Surroga Assicurativa*, en *Studi Per Antigono Donati*, Tipo-Litografía BI. MO. SPA, Roma, 1970, p. 537.

²⁸ - Félix A. Trigo Represas, *Problemática Jurídica En Torno a la Depreciación Monetaria*, en *Ajuste de Obligaciones por Depreciación Monetaria*, Acali, Montevideo, 1.977, p. 197.

Tales razones son concretamente las siguientes:

1. En el campo general de las obligaciones civiles y comerciales, en las últimas por remisión del artículo 822 del Código de Comercio, se halla regulado el pago con subrogación que se da cuando quien lo realiza es un tercero; concretamente dice el artículo 1666 del Código Civil: “La subrogación es la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero, que le paga”; desde esa perspectiva, entonces, dicho fenómeno consiste en la sustitución de una persona, el acreedor, por otra, el tercero que paga, quien llega a ocupar idéntica situación jurídica que aquélla; en ese sentido, pues, el pago realizado surte efecto extintivo frente al acreedor inicial pero no en relación con el deudor sobre quien sigue pesando la misma obligación pero con un nuevo acreedor, a quien, en los casos taxativamente considerados y por ministerio de la ley, se traspasan “todos los derechos, acciones y privilegios, prendas e hipotecas del antiguo”.

2. En armonía con lo anterior, el artículo 1096 del Código de Comercio, en el régimen del seguro de daños, contempla esa misma figura cuando dispone, en lo pertinente, que “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”.

Involucra ese precepto, en principio, la subrogación legal a favor del asegurador, a quien, *ipso jure*, se traspasan los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro, es decir con el mismo contenido que su ejercicio le hubiera permitido actuar a la víctima misma; en esas circunstancias, el asegurado – quien padece el siniestro - viene a ser el acreedor de la indemnización por el daño irrogado; el responsable del siniestro, el deudor de la reparación de perjuicios; y la compañía de seguros, el tercero pagador y, por tanto, el subrogatario y nuevo acreedor de la misma.

3. Empero, también en armonía con el régimen general del pago con subrogación legal, según el cual “si el acreedor ha sido solamente pagado en parte, podrá ejercer sus derechos relativamente a lo que se le reste debiendo” (artículo 1670 del Código Civil), lo que supone la subrogación parcial en la que, cuando sucede, el crédito pasa a ser en parte del antiguo acreedor y en parte del nuevo subrogado, el artículo 1096 del Código de Comercio limitó los efectos del pago con subrogación reconocido en provecho del asegurador sólo “hasta concurrencia de su importe”; ésta restricción, vista de ese modo, no puede significar, como desde antiguo viene sosteniendo la jurisprudencia y nuevamente se prohija en el fallo del cual respetuosamente me separo, que la calidad y contenido de los derechos en que se subroga el asegurador, como tercero que paga los perjuicios en lugar del autor del daño, son diferentes de los que podría ejercer la víctima de no haber mediado el contrato de seguro o de haber recibido de la compañía apenas una reparación parcial; semejante disparidad de tratamiento, se ve perspicuo, favorece únicamente al responsable del siniestro y, desde esa sola perspectiva, resulta inicua.

4. En verdad, el confín, aparentemente restrictivo, de los derechos del asegurador que paga la indemnización, expresado en la norma bajo la idea de que la subrogación se produce “hasta concurrencia del valor del importe pagado”, no se halla establecido para identificar éste con la suma nominal del pago efectuado, sino para evitar que la compañía pueda, por esa vía y en tanto no sufrió el daño derivado del siniestro, ejercer para sí la acción indemnizatoria plena procurándose un beneficio patrimonial ajeno y reservado a la víctima cuando el pago del seguro no repara íntegramente el daño; tampoco el tenor literal del precepto, “importe pagado”, en cuanto significa fijar la cuantía de un crédito, excluye que éste corresponda a una deuda de valor, mucho más si, como es sabido, en otros casos en los que el legislador ha empleado términos indicadores del nominalismo monetario o referidos a una época determinada, la jurisprudencia ha reconocido el ajuste monetario, el cual se involucra como concepto de actualización y para determinar el dinero adeudado por su valor real; además, la interpretación de ese límite legal, exactamente como fue concebido, acompasa, o por lo menos no se opone, con la afirmación de que la recuperación de lo pagado por parte de la compañía debe darse de manera íntegra y no disminuida por efectos de la devaluación monetaria. En fin, no admite duda que el pago realizado por el asegurador se halla indisolublemente ligado, por lo menos en cuanto a su destinación, con el tema de la indemnización de perjuicios, derivado en este caso de una culpa contractual, para cuya reparación total se ha aceptado la aplicación de la corrección monetaria.

5. En ese orden de ideas, fluye que la demanda de responsabilidad civil que en lugar del perjudicado inicia la aseguradora contra el responsable del siniestro deriva de la ley por razón del pago que aquélla hace al asegurado, y que el límite de la subrogación “hasta el importe de lo pagado” sólo establece un tope cuantitativo, de referencia, y no cualitativo en cuanto al

ejercicio de las acciones pertinentes que aquél instaure en su condición de subrogataria; y si ello es así, como en efecto estimo que lo es, debe también admitirse en estos casos el principio reconocido por esta Corporación según el cual “en ausencia general de norma expresa que lo consagre (.....), mediante interpretación legal de las normas vigentes, el derecho al pago íntegro de los perjuicios causados contra el responsable extracontractualmente (.....), comprendiendo dentro de aquel derecho al quantum equivalente al de la corrección monetaria. Factor éste que ha sido incluido en este derecho, más como exigencia de la actualización de la reparación del daño al momento en que efectivamente se verifica el pago, que como daño emergente propiamente dicho...” (Entre otras, sentencias de 30 de marzo de 1984, G. J. CLXXVI, p. 128 y 9 de septiembre de 1999, no publicada).

6. En síntesis: la acción en que se subroga el asegurador es de la misma calidad que la de responsabilidad civil contractual o extracontractual, según sea el caso, que hubiera podido ejercer el asegurado, y para efectos de fijar el verdadero alcance del susodicho límite debe operar igual que sucedería si la víctima hubiera sufragado con dinero propio los daños causados, evento en el cual sería admisible, sin reparos, el reconocimiento de la corrección monetaria; de no ser así, los derechos originados del pago con subrogación previstos en favor del asegurador se convertirían, sin razón, en una mera acción de reembolso del pago realizado, en vez de la que en verdad puede ejercer como suya en sustitución del asegurado, lo que, ni por asomo, armoniza con el régimen legal colombiano del pago con subrogación.

7. De otro lado, el punto crítico que se cierne sobre la tesis de la prevalencia del nominalismo monetario, en cuanto limita la subrogación al importe de lo pagado por la aseguradora, toda vez que el asegurador a consecuencia del siniestro indemnizable no ha padecido el perjuicio en la acepción jurídica que se le otorga a éste término, fácilmente se supera si se tiene en cuenta que el verdadero fundamento de la corrección monetaria no obedece a la idea de que con su incorporación se integra un elemento adicional constitutivo del daño, sino que parte de la premisa de la equidad como principio rector que permite deducir de la ley en abstracto una interpretación de ésta en pro de una justa composición del litigio, en este caso correlativamente con el entendimiento de los derechos que se traspasan por efecto del pago con subrogación y la integridad del pago, todo lo cual confluye a que en la especie de este proceso resultaba dable reconocer el ajuste de la obligación dineraria en disputa.

Obvio que tal conclusión aflora, con inusitada fuerza, ante la irrefutable evidencia de que en la especie de este proceso ya han transcurrido más de trece años desde la fecha en que la aseguradora le pagó al asegurado, 24 de febrero de 1987, y que en cambio aquélla no ha recuperado aún dicho pago del responsable del siniestro, sin que sea dable suprimir o diluir el efecto de la devaluación de la moneda con apoyo en los cálculos de probabilidades que, para otros efectos, atañen con la actividad económica aseguradora, en la masificación de los negocios de seguros, o en una supuesta posición dominante de las compañías autorizadas para celebrar éstos, todo lo cual resulta extraño al derecho que le asiste a toda persona natural o jurídica que paga por otro de recuperar exacta e íntegramente la suma pagada por su valor actual, sin el cual, a su turno, el responsable del siniestro recibiría premio en lugar de la condigna sanción civil que le corresponde asumir por sus actos, generadores de daño.

8. En esa línea de argumentación y puesto que en el cargo respectivo se censuró, por vía directa, el alcance que debe darse al artículo 1096 del Código de Comercio, en cuanto al límite del valor que una compañía de seguros puede reclamar frente al tercero causante del perjuicio, cabe perfectamente aplicar la equidad como principio de la interpretación de la ley, y sobre la cual ésta Corporación dijo precisamente, en sentencia del 9 de septiembre de 1999: “si, como hoy universalmente se acepta, la labor de interpretación y aplicación de la ley a cargo del juzgador solamente rinde verdaderos frutos, cumpliendo a cabalidad su cometido, cuando lo conducen a decisiones razonables y justas, es decir, cuando hace de la ley un instrumento de justicia y equidad, tórnase forzoso sentar que, justamente, ante la ausencia de norma expresa que prohíje la corrección monetaria en nuestra legislación y dado que la inestabilidad económica del país y el creciente deterioro del poder adquisitivo del dinero son circunstancias reales y tangibles que no pueden pasar desapercibidas al juez a la hora de aplicar los preceptos legales que adoptan como regla general en la materia, el principio nominalista, el cual, de ser aplicado ciegamente conduciría a graves e irreparables iniquidades, ha concluido la Corte, que ineludibles criterios de justicia y equidad imponen condenar al deudor a pagar en ciertos casos, la deuda con corrección monetaria”.

9. En consecuencia, en aplicación de los principios de la equidad y de la integridad del pago, en este evento de la reparación de perjuicios derivados de un incumplimiento contractual, debe señalarse que el pago que reclama la

aseguradora contra el infractor como consecuencia de la subrogación de aquélla en los derechos del asegurado, en los mismos términos en que éste los detentaba, debe inspirarse en una idea justa de realismo monetario, y, por tanto, debe recibir el mismo tratamiento de las obligaciones pecuniarias que admiten su valoración por equivalente al momento de ser satisfechas con el fin de que el asegurador reciba lo mismo que pagó al asegurado por razón del siniestro, con lo cual, además, se evita que la depreciación del dinero lo afecte en beneficio del causante del daño.

10. De acuerdo con lo anterior, estimo, contrario a la sentencia proferida aquí, que el Tribunal incurrió en los desaciertos hermenéuticos derivados de haber desconocido el derecho de la compañía aseguradora a obtener corrección monetaria sobre la suma a cuyo pago se condenó a la compañía de vigilancia demandada, y, por tanto, la sentencia del Tribunal debió casarse en ese aspecto, desde luego en relación con la suma límite asegurada.

SILVIO FERNANDO TREJOS BUENO