



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

Magistrado Ponente

SC3273-2020

Radicación: 11001-31-03-013-2011-00079-01

(Aprobado en Sala virtual de once de junio de dos mil veinte)

Bogotá, D. C., siete (7) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Se decide el recurso de casación interpuesto por QBE del Istmo Compañía de Reaseguros -Inc., respecto de la sentencia de 6 de agosto de 2015, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, en el proceso ordinario promovido por la recurrente contra Seguros del Estado S.A.

1. ANTECEDENTES

1.1. **El petitum.** La actora solicitó declarar que la convocada incumplió un contrato de reaseguro; y como consecuencia, condenarla a pagar, indexada, la suma de \$3.108'000.000.00, más intereses moratorios.

1.2. **La causa petendi.** Las súplicas se fundamentaron en los hechos que se compendian:

1.2.1. QBE del Istmo Compañía de Reaseguros -Inc. y Seguros del Estado S.A. celebraron contrato de reaseguro proporcional, tipo *"cuota parte"*, con un límite resarcitorio de \$5.000'000.000. El valor del siniestro se dividió, para la primera en 75%, y respecto de la segunda, en 25%. La vigencia comprendió del 1 de octubre de 2008 hasta el 30 de septiembre de 2009, renovable por doce meses.

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

1.2.3. La asegurada, Inaves, desatendió los compromisos adquiridos. La beneficiaria, BNA S.A, elevó reclamación y se le remuneró la suma de \$4.144'000.000, cancelada, en alicuota parte, entre la aseguradora y reaseguradora en los porcentajes arriba discriminados.

1.2.4. Seguros del Estado S.A. se subrogó en los derechos de la beneficiaria. En esa condición intervino en el proceso de reorganización empresarial y finiquito de Inaves Fuenterrabia S.A. donde su crédito se admitió con el sello de privilegiado *"por tener origen en una operación bursátil"*.

1.2.5. La entidad demandada, sin haber recibido a satisfacción el pago, a espaldas de la reaseguradora,

mediante contrato de cesión, transfirió el crédito por \$1.000.000.000 a Avícola Miluc S.A.S.

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

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

1.3. **La contestación de la demanda.** La interpelada se opuso a las pretensiones, alegando que carecía de facultades o deberes jurídicos para agenciar los intereses de la reaseguradora. Por tanto, no tenía obligación de procurar satisfacerlos a costa de su propio beneficio. Así que, sostuvo, celebró la cesión con plena autonomía.

El valor limitado de la negociación lo justificó por ser remoto el recaudo del 100% del importe reconocido en el trámite liquidatorio. En efecto, (i) los demás acreedores de la intervenida se opusieron al pago privilegiado; (ii) los bienes de la masa concursal se depreciaron gradualmente; y (iii) su adjudicación se realizaría en común y proindiviso.

1.4. **El fallo de primer grado.** El 10 de abril de 2014, el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Descongestión de Bogotá accedió a las pretensiones.

Lo anterior, al encontrar que Seguros del Estado S.A. desconoció las obligaciones surgidas del reaseguro. En especial, la prevista en el artículo 1096 del Código de Comercio, dado que al ceder el crédito subrogado recibió como contraprestación una suma ínfima, respecto de su verdadero precio. De ese modo, privó a la actora de recuperar la alícuota parte que pagó por concepto del valor afianzado en la relación asegurativa primigenia

Así las cosas, condenó a la entidad demandada a sufragar a la precursora la suma solicitada, incluida la indexación, para un total de \$3.526.443.224.16, empero, sin intereses moratorios.

1.5. **La decisión de segundo grado.** El superior, al resolver la apelación de la convocada, revocó la determinación del *a quo*.

2. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

2.1. El colegiado, en punto a los elementos de la acción resarcitoria contractual, no halló probada la culpa de Seguros del Estado S.A.

2.1.1. Refirió que las particularidades propias del negocio jurídico celebrado por las partes les exigía "*lealtad*"

y *“rectitud”*. Si alguno prescindía de su cumplimiento, recaería en él la responsabilidad deprecada.

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

Lo anterior, siempre y cuando la aseguradora obrara de mala fe, conducta que debía probarse por quien la alegaba, incumbiéndole evidenciar *“(...) el pernicioso elemento subjetivo, es decir, [su] (...) tendencia a defraudar, causar daño o afectar patrimonialmente a la otra parte, o por el actuar descuidado, deshonesto (...)”*.

2.1.2. Es cierto, dijo, la demandada al suscribir la cesión con Avícola Miluc S.A.S., lo hizo de manera desequilibrada, porque la transferencia la realizó por un costo inferior de la mitad de su precio. Con todo, justificó su proceder por *“(...) razones económicas y de conveniencia (...)”*. Así concluyó que no actuó de mala fe.

Fundamentó lo espetado en las vicisitudes propias del trámite concursal. Ente otras, la pugna entre acreedores por hacer valer la superioridad de sus créditos, así como el

valor irrisorio de algunos de los activos de la compañía intervenida, con los cuales se saldarían los pasivos.

Con relación a los bienes, muebles e inmuebles, por cuanto se adjudicarían en común y proindiviso a los titulares de las acreencias. Esta situación motivaría mayores gastos para la convocada, pues a costa de traicionar su objeto social financiero, como recibir efectivo y circularlo, habría de promover extensos litigios divisorios a fin de diluir una posible comunidad futura.

La devaluación de los activos, al constatarla en el avalúo rendido en el presente proceso. Tasado inicialmente en \$19.085'131.558, se depreció después en \$7.115'525.935. Específicamente, en lo atinente a la "bodega" que enjugaría la deuda a Seguros del Estado S.A., estimada apenas en \$1.644'005.000.

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

2.2. Para el *ad-quem*, en suma, ante la ausencia de la mala fe de la convocada frente a la cesión del crédito, se

echaba de menos la prueba de que ese negocio, acusado de nocivo por la reaseguradora, se hizo para lesionar el derecho a recuperar lo sufragado por el resarcimiento del siniestro, en concurrencia de su importe.

3. LA DEMANDA DE CASACIÓN

La demandante recurrente formuló tres cargos. La Corte limitará el resumen y el estudio al primero, por cuanto, como en su momento se verá, está llamado a prosperar por su carácter totalizador.

3.1. CARGO PRIMERO

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

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

Prueba demostrativa, de una parte, del reconocimiento del crédito subrogado, inclusive, con la característica de preferente o privilegiado a los de "primera

clase", al emanar de una obligación bursátil proveniente de *commodities* agropecuarios, según lo dispuesto el Decreto 1511 de 2006. De ese modo, su pago sería ajeno a las reglas del concurso, sin oposición de los demás deudores, pues se haría por fuera de la masa.

Y de otro, porque la cesionaria, Avícola Miluc S.A., fue reconocida como tal, a quien se le adjudicó, por el 100% de la acreencia, un inmueble de la deudora, avaluado en ese trámite en \$3.761.742.458. Consiguientemente, la satisfacción de la obligación nunca estuvo en riesgo.

3.1.3. Así mismo, tergiversó el dictamen pericial rendido en el trámite de primera instancia. En efecto, la depreciación de los activos de Inaves Fuenterrabia S.A., no suponía, *per sé*, que serían exiguos para colmar el total de la deuda. Y el estimativo de \$7.115.525.935, era apenas suficiente para cubrir los \$4.144.000.000 adeudados.

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

3.1.4. Igualmente, desfiguró los contratos de reaseguro y de cesión de derechos. El primero, por ser evidente que a la demandada, una vez subrogada para recobrar lo indemnizado, le asistía el deber "*convencional*"

de obrar no sólo con buena fe, sino con diligencia y cuidado. Y en el segundo, al no advertir que Seguros del Estado S.A., como cedente, “conocía y aceptaba” expresamente el privilegio y la prelación de su crédito de tipo bursátil en el mencionado finiquito.

3.1.5. Concluye la recurrente que los errores de hecho probatorios denunciados llevaron al *ad-quem* a concluir de manera errada que la demandada no actuó con malicia, al ceder el crédito a un tercero, inclusive por menos de la mitad, ante la improbabilidad de cobrarlo eficientemente. En realidad, la acreencia, nunca estuvo en riesgo de impago, por cuanto al cesionario, posteriormente, fruto del juicio liquidatorio le fue satisfecha plenamente.

3.1.6. Solicita, por tanto, casar la sentencia recurrida y en sede de instancia confirmar la del juzgado.

4. CONSIDERACIONES

4.1. El recurso se resolverá siguiendo las directrices señaladas en el Código de Procedimiento Civil, por ser el plexo normativo aplicable, dado que la providencia impugnada, el recurso de casación y la demanda sustentándolo, se originaron antes del 1º de enero de 2016, cuando entró a regir el Código General del Proceso.

4.2. **El error de hecho**: Se asocia cuando se supone un elemento demostrativo que no existe o ignora su presencia física; o al contemplarlo lo deforma, ya sea

mediante adición, cercenamiento o alteración. También, en el evento de apreciar equivocadamente la demanda o su contestación.

Se estructura, en cualquier hipótesis, si resultan manifiestos, producto de la simple comparación entre lo visto o dejado de observar por el sentenciador y la materialidad u objetividad de los elementos demostrativos. Sin embargo, deben ser trascendentes, vale decir, que hayan sido determinantes de la decisión final, en una relación necesaria de causa a efecto.

4.3. **El contrato de seguro:** El artículo 1037 del Código de Comercio lo define como el acuerdo mediante el cual una persona, natural o jurídica, decide trasladar a otra, de naturaleza jurídica, autorizada para ello, los riesgos que pudieran afectar su patrimonio o su integridad física.

La Corte tiene definido que “(...) *el seguro es un contrato por virtud del cual una persona -el asegurador- se obliga a cambio de una prestación pecuniaria cierta que se denomina ‘prima’, dentro de los límites pactados y ante la ocurrencia de un acontecimiento incierto cuyo riesgo ha sido objeto de cobertura, a indemnizar al ‘asegurado’ los daños sufridos o, dado el caso, a satisfacer un capital o una renta (...), cuya función, como se sabe, es la previsión, la capitalización y el ahorro (...)*”¹.

¹ CSJ SC dic. 19 de 2008, rad. 2000-00075; citada en las sentencias 6709 de 28 de mayo de 2015, exp. 6709; junio 15 de 2016, rad. 2007-00072; y 248 de 14 de diciembre de 2001, exp. 6230.

El riesgo, en consecuencia, condiciona el surgimiento de la obligación sometida a una condición a cargo de la aseguradora. Se define en el artículo 1054 *ibídem*, como el *"suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador"*.

Pero la actividad de seguros no se limita a la asunción de los peligros que el tomador traslada al asegurador y al cumplimiento de la obligación de pagar la indemnización. Involucra otras instituciones derivadas del negocio mismo. Su efectividad no solo depende de la solvencia futura del asegurador, sino de la responsabilidad técnica, legal y financiera frente al ejercicio de su actividad profesional.

El reaseguro, ciertamente, facilita la concreción del comercio de seguros. En virtud de la transferencia o dispersión de riesgos, las aseguradoras pueden ampliar su capacidad de emitir pólizas frente a nuevas y costosas contingencias. Así protegen la solidez de su patrimonio y reducen los límites de sus posibilidades.

4.4. **El reaseguro**: El artículo 1134 del Código de Comercio², lo percibe como un contrato de índole indemnizatoria, celebrado entre dos aseguradores. Uno, denominado reasegurado, asegurador directo o primario o compañía cedente. El otro, reasegurador, quien ampara el

² Señala el precepto *ejúsdem*: "(...) En virtud del contrato de reaseguro el reasegurador contrae con el asegurador directo las mismas obligaciones que éste ha contraído con el tomador o asegurado y comparte análoga suerte en el desarrollo del contrato de seguro, salvo que se compruebe la mala fe del asegurador, en cuyo caso el contrato de reaseguro no surtirá efecto alguno (...)".

riesgo sobre su patrimonio frente a una posible deuda del asegurado originario, que técnicamente no puede soportar³.

En otras palabras, es una especie de segundo seguro, surgido autónomamente con ocasión de uno anterior⁴, pero sin sujeción estricta. El tomador del reaseguro (asegurador del riesgo en el primero) se resguarda a sí mismo en forma total o parcial sobre el evento que asumió en el otro⁵.

El reaseguro, entonces, se pacta para favorecer al reasegurado y no al afianzado inicial (artículo 1135 del Código de Comercio). Por esto, este último carece de acción contra aquél. Y su razón de ser estriba en que el tomador del reaseguro protege su patrimonio frente al nacimiento de la obligación a su cargo derivada del contrato de seguro que previamente había celebrado.

³ BROSETA PONT, M. "El contrato de reaseguro", Madrid, 1961; ROMERO, B. "El contrato de reaseguro: algunos aspectos de su régimen jurídico. [Primera parte]"; Revista Ibero-Latinoamericana de seguros N° 23 N° 13, págs. 97-137; (Segunda parte) N° 14, págs. 135-207. OSSA G., J. E. "Teoría General del Seguro. El contrato". Ed. Temis, Bogotá, 1984. Pág. 249-250; JARAMILLO, C. "La comunidad de suerte en el contrato de reaseguro". Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros N° 10, págs. 91-134; LARRAÍN, J. "Las cláusulas de cooperación y de control en los contratos de reaseguro". Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros N° 12, págs. 183-226.; BARROSO de MELLO, S. "El contrato de reaseguro y sus principios fundamentales". Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros N° 23 N° 36, págs. 37-58. CARTER R.L.

⁴ El artículo 1080, modificado por el canon 93 de la Ley 45 de 1990, dispone en el inciso 2°: "El contrato de reaseguro no varía el contrato de seguro celebrado entre tomador y asegurador, y la oportunidad en el pago de éste, en caso de siniestro, no podrá diferirse a pretexto del reaseguro". Dicha norma transcrita acoge el principio de autonomía entre ambas relaciones negociales, es decir, la imposibilidad de que el reaseguro varíe los acuerdos a los que han llegado el tomador y el asegurador directo.

⁵ Las órbitas del riesgo en uno y otro convenio son distintas, aunque con cierta conexidad desde el punto de vista funcional, técnico y económico; cada uno posee su propia entidad, pero su independencia no es absoluta; ello explica el carácter principal del contrato de reaseguro, y desvirtúa, de paso, la calificación de contrato de adhesión que también se le ha querido atribuir.

En el ámbito de la función económica, el reaseguro se justifica para respaldar los estados financieros de los aseguradores inmersos en riesgos que, pese a ser tomados, no pueden asumirlos o retenerlos en su totalidad. Sucede lo propio cuando el valor resarcitorio supera la capacidad patrimonial de las obligadas, viéndose en la necesidad de transferir a otro asegurador, total o parcialmente, los riesgos amparados a sus asegurados. La naturaleza del reaseguro, como lo ha afirmado la Corte, es servir de “(...) *seguro contra el nacimiento de una deuda* (...)”⁶, correspondiendo su clasificación a los seguros de daños.

La experiencia en la adaptación constante del mercado asegurador ante el surgimiento de nuevos riesgos, ha demostrado que la configuración del reaseguro, tratándose de coberturas y primas, puede resultar heterogéneo, siendo difícil limitarlo a un concepto uniforme que englobe todos los tipos de reaseguro existentes en el mercado. Por esto, el legislador extendió al reaseguro, en forma subsidiaria, las disposiciones del contrato de seguro, en particular, las relativas a su esencia, y lo tocante con el orden público⁷.

⁶ “El reasegurador que paga al asegurador, al producirse el siniestro asegurado, lo que está obligado a pagarle conforme al contrato de reaseguro, está pagando su propia deuda sin que nada tenga que ver, por su calidad de tercero, en el contrato celebrado entre el asegurador y el asegurado” (CSJ SC sentencia de 31 de marzo de 1981, G.J. CLXVI n.º 2407, pág. 391 a 402).

⁷ El artículo 1136 del C. de Co. ordena la aplicación al contrato de reaseguro, de forma preferente a cualquier estipulación convencional, aquellas disposiciones normativas pertinentes a la esencia del contrato de seguro (art. 1501 del C.C.), y las que se caracterizan por ser de orden público. Ahora bien, para efectos de identificar los elementos esenciales del acuerdo aseguratorio, debe traerse a colación el artículo 1045 del C. de Co.: “el interés asegurable, el riesgo asegurable, la prima o precio del seguro, y la obligación condicional del asegurador. En defecto de cualquiera de estos elementos, el contrato de seguro no producirá efecto alguno”.

La escasa regulación del reaseguro se justifica por el aparente plano de igualdad y equilibrio de las partes intervinientes en su celebración (evento no ocurrido en el seguro, que es asimétrico⁸). Se trata de dos personas jurídicas dedicadas profesionalmente a la gestión y operación de riesgos, con idoneidad, experiencia, capacidad económica y conocimientos especializados sobre la materia⁹. Resulta así superflua la intromisión legislativa para restablecer cualquier desequilibrio negocial.

En esa realidad, cobra importancia la autonomía de las partes para acordar las condiciones que regirán sus prestaciones reciprocas. Todo, claro está, sin perjuicio de las restricciones provenientes de las leyes imperativas, como la buena fe y el orden público. La costumbre mercantil y el diestro ejercicio del mercado asegurador, incide mucho en su definición, interpretación y límites¹⁰.

4.4.1. Principios del reaseguro: El artículo 1134 del Código de Comercio, fija en los postulados de comunidad de

* La adhesión, como característica notable del seguro, surge generalmente de reconocer a la contraparte del tomador y/o beneficiario, asegurado, como una persona jurídica con mayor poder económico (parte fuerte) frente a la otra (parte débil), que posee experiencia, conocimientos técnicos y jurídicos sobre la materia, los cuales le permiten preestablecer la redacción de las cláusulas de la póliza, determinando las condiciones de la relación negocial. En tal circunstancia, el sistema normativo se orienta a brindarle una especial protección al contratante débil, previendo instrumentos a su favor (vgr., interpretación de las cláusulas ambiguas, la acción directa de la víctima (o beneficiario del seguro) contra el asegurador, etc.).

⁹ El Estatuto Orgánico del Sistema Financiero contempla la cesión y aceptación de reaseguros entre las operaciones autorizadas a las compañías de seguros (numeral 3 del artículo 38; artículo 94; numeral 2 del artículo 183; artículo 325; artículo 4.1.1.1.12 del Decreto 2555 de 2010. La inspección, vigilancia y control de las empresas de seguros está a cargo de la Superintendencia Financiera.

¹⁰ CSJ SC, 29 de febrero de 1996, rad. 3626. Sentencia de Exequatur en proceso de incumplimiento de reaseguro proferida en Inglaterra.

suerte y buena fe, los criterios o estándares mínimos que rigen el reaseguro¹¹. Su valoración debe hacerse a partir del comportamiento de las partes en el *iter contractus*: durante la formación, celebración, perfección, ejecución y disolución. Inclusive, en la fase post-contractual.

4.4.1.1. **La comunidad o solidaridad de suerte**¹²: Se refiere a la participación coincidente y concomitante del reasegurador en los resultados (económicos, técnicos, jurídicos), tanto favorables como adversos, obtenidos por el asegurador-reasegurado en el desarrollo del seguro primigenio.

Significa que las consecuencias derivadas del contrato de seguro original que afecte, condicione, involucre o beneficie al asegurador directo, redunda igualmente en el reasegurado. La máxima se sustenta a través de dos claros fundamentos: el determinista y el pecuniario.

El determinista está dado por el vínculo causal entre los riesgos asegurables de ambos contratos. Las restricciones y limitaciones en el seguro impregnan también al reaseguro, al punto que la realización del hecho funesto

¹¹ Achurra Larraín, J., Contreras Strauch, O. "Las Cláusulas de Cooperación y de Control en los Contratos", Revista Ibero Latinoamericana de Seguros N° 12, Facultad de Ciencias Jurídicas Pontificia Universidad Javeriana, 1997, pp. 183-226. Narváez Bonnet, J. "Asegurador-Reasegurador: Una Relación De Confianza. ¿Hasta Dónde Debe Intervenir El Juez?", en Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros N° 23, 2005, pp. 139-172.

¹² Conocido también como "follow the fortune", "following the fortunes", "seguir la fortuna", etc.

en aquel, provoca la del otro, fijando la responsabilidad para asegurador y, sucesivamente, la del reasegurador¹³.

El pecuniario, con arreglo a los efectos del siniestro del seguro primigenio, subyace cuando nace la obligación de pago para el reasegurado. Ahí se originan dos deudas interdependientes. Una, la del asegurador inicial, traducida en sufragar el valor de la indemnización al asegurado directo. Y otra, la del reasegurador, quien debe solventar la prestación reasegurada al asegurador-reasegurado.

4.4.1.2. **La buena fe¹⁴:** Es principio, derecho y paradigma del sistema normativo. Irradia y rige de manera cardinal y transversal todas las relaciones entre los particulares, y de éstos con el Estado¹⁵. Permea incluso los acuerdos de comercio privado internacional¹⁶.

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

La institución es comprendida como el deber de las partes de obrar con lealtad en las relaciones jurídicas y

¹³ Situación denominada *“efecto dominó, reflejo o espejo”* (Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio, *“Distorsión funcional del contrato de reaseguro tradicional: su problemática actual”*, en Colección de Ensayos n° 7, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, 1999, pág. 83).

¹⁴ Denominado en el common law como *“Good Faith”*.

¹⁵ CSJ SC-19903-2017.

¹⁶ El artículo 1.7 de los principios Unidroit, señala: *“(1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional. (2) Las partes no pueden excluir ni limitar este deber”*.

respetar lo textualmente pactado en los negocios y actos jurídicos. También, la de propender, reciprocamente, la realización de las expectativas legítimas que tiene su contraparte frente al acuerdo, aun cuando para ello, deban desplegar conductas no señaladas literalmente en él, pero si afines a este. De tal forma, el principio reviste importancia analítica en los contratos en todas sus etapas¹⁷ y adquiere una actividad (i) integradora, (ii) interpretativa y (iii) equilibradora.

La función integradora (i)¹⁸ permite a la buena fe adherir todas aquellas obligaciones secundarias o adicionales no previstas por las partes al celebrar y ejecutar el contrato. Incorporadas, garantizan la consolidación de los intereses legítimos de la parte afectada por su silencio. El rol cobra vital importancia en los contratos comerciales, en tanto, sin interesar la remisión normativa que el Código de Comercio hace a la legislación civil (artículos 2 y 822¹⁹), también lo destaca en el precepto el artículo 871²⁰.

¹⁷ Para la Sala, la buena fe contractual *"es proceder con la rectitud debida, con el respeto esperado, es la actitud correcta y desprovista de elementos de engaño, de fraude o aprovechamiento de debilidades ajenas"*. (Cas. Sentencia 105 de 9 de agosto de 2007, exp. 2000-0025; Cas. 23 de agosto de 2011, exp. No. 2002-00297-01; Cas. 2 de agosto de 2001, exp. No. 6146, citada en Cas. 16/12/2010. Cfr. cas. junio 23 de 1958.

¹⁸ Sobre la función creadora del derecho, sentencia 114 de 16 de agosto de 2007, exp. 1994-00200.

¹⁹ C. de Co., Art. 2°. *"Aplicación de la legislación civil. En las cuestiones comerciales que no pudieren regularse conforme a la regla anterior, se aplicarán las disposiciones de la legislación civil. Art. 822.- "Aplicación del derecho civil. Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa. La prueba en derecho comercial se regirá por las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, salvo las reglas especiales establecidas en la ley"*.

²⁰ C. de Co., Art. 871°. *"Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo*

En el campo asegurador, el postulado entiende incorporadas al contrato de reaseguro todas las obligaciones propias de su naturaleza, "*según la ley, la costumbre o la equidad natural*". Así quedan satisfechas las expectativas de reaseguradora y reasegurado.

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

La aplicación de la función equilibradora (iii), se utiliza para preservar y restablecer la paridad contractual de los contratantes. En particular, cuando su desajuste es consecuencia del sistema masivo de contratación comercial. Su característica, entre otras, es la estandarización de las relaciones jurídicas²¹, la asimetría de las partes²², la posición dominante²³, y la regulación estatal²⁴.

lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural".

²¹ Para adoptar un modelo de negocio eficiente que respondiera al mercado masivo de bienes y servicios, los empresarios acogieron la elaboración de contratos con condiciones homogéneas, a través de los cuales se fijaron reglas uniformes o "*modelos contractuales fijos, estereotipados*" (Rezzónico, J., "*Contratos con cláusulas predispuestas, condiciones negociales generales*", Astrea, Buenos Aires, 1987, pp. 130 y 131).

²² Sobresale, por regla general, una desigualdad patrimonial, jurídica y técnica entre los contratantes, como ocurre, por ejemplo, en el contrato de seguro, y por quienes intervienen en las relaciones de derecho del consumidor.

²³ La posición dominante en la relación contractual, recae en la parte fuerte de ésta, quien tiene la prerrogativa, no solo de elaborar el contenido del contrato, creando un modelo tipo o estándar, sino además, cuenta con un mayor margen de autonomía, al decidir cómo y con quien contratará según su esquema o modelo de

En el reaseguro, la buena fe se erige como el cimiento más significativo y notable de la relación negocial, al punto que se le conoce como "*ubérrima buena fe (uberrimae fides)*" o "*máxima buena fe (utmost good faith)*"²⁵. Para alinear los intereses del reasegurado con los del reasegurador y evitar desequilibrios, supone que aquel, en el seguro directo, adquirió y ejecutó sus obligaciones basado en la experticia y conocimiento del estado del riesgo. El reasegurador, por tanto, confiará en que su gestión será óptima²⁶.

La situación compromete a la reasegurada a actuar con probidad y diligencia profesional, a comunicar con transparencia y oportunidad todos los hechos incidentes en la apreciación del riesgo, en el pago, en el recobro, entre otros relevantes para el objeto convenido²⁷. A su vez,

negocio, en tanto que sólo lo harán si su contraparte, acoge el contenido contractual predispuesto por ellos (Mosset Iturraspe, J. y Soto Coaguila, C. "*El contrato en una economía de mercado*", colección internacional, número 5, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, segunda edición, 2009, Bogotá D.C.

²⁴ Por el virtual desequilibrio de las partes que ocasiona este tipo de relación contractual, el Estado, a través de su función legislativa y judicial, fija normas imperativas, en perspectiva con las decisiones judiciales, atinentes a garantizar un mínimo de reciprocidad y justicia entre las partes, permitiendo a su vez la libre y honesta competencia en el mercado.

²⁵ El grado máximo atribuido al principio de la buena fe se originó en el contexto de la ley de seguros marítimos en los albores del siglo XX, cuando los aseguradores no tenían medios prácticos para inspeccionar buques reasegurados o carga en puertos distantes (Barry R. Ostrager & Mary Kay Vyskocil, "*Modern Reinsurance Law & Practice*" Oxford, 2da edición, 2000).

²⁶ "[...] Implica especialmente al reasegurado, en tanto que a él, a pesar de la existencia de un reaseguro, corresponde el poder de gestión de las pólizas reaseguradas, por lo que los efectos, tanto jurídicos como económicos, de su comportamiento tienen una repercusión directa sobre el reaseguro -piénsese, por ejemplo, en la liquidación de los siniestros que es realizada por los aseguradores, normalmente, sin intervención alguna por parte de los reaseguradores, cuya responsabilidad se ve, sin embargo, directamente afectada por el resultado de dicha liquidación [...] (Romero Matute, B. "*El Reaseguro*", Tomo I. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, pág. 224, 1ª edición 2001, Bogotá D.C.).

²⁷ En palabras de esta Corte: "[...] No puede perderse de vista que los contratos y en general toda relación surgida por ese intercambio de bienes y servicios, establece parámetros comportamentales diversos, tanto positivos como negativos, plegados a

legítima a la reaseguradora a reclamar a aquélla toda conducta dirigida a ocultar información vital sobre el siniestro o derivada de declaraciones erróneas o inexactas.

4.4.1.3. **Otros principios.** Además de los expuestos, se entretajan en éste texto, los de simetría y paridad contractual entre las partes del reaseguro, los de cumplimiento de los deberes primarios y secundarios ya expuestos junto a la buena fe y como parte de ella también, los principios generales de derecho con especial incidencia del de equidad, el principio de relación exclusiva entre asegurador-asegurado y reasegurador mediado por virtud de la conexidad jurídica, funcional, técnica y económica entre las partes; el principio de la existencia en el contrato de reaseguro de cláusulas expresas y tácitas de cooperación; y por supuesto, por hallarse el contrato en el ámbito del Estado constitucional y social de Derecho, los principios, valores y derechos constitucionales como base de la ética negocial en las circunstancias de carencias normativas para resolver los conflictos entre los contratantes. Todos estos principios aparecen expuestos y como base de la solución del caso, a lo largo de estas consideraciones en pos de hallar una solución justa.

un mínimo de requerimientos relativos a la lealtad y corrección en la celebración y ejecución del negocio; pilares estos que, especialmente, se exigen en los contratos de seguros (uberrima fides) (...)". (Cas. agosto 15 de 2008).

4.4.2. **Derecho de subrogación**²⁸: El tercero que sufraga una obligación ajena, se halla facultado para recuperar su importe y evitar el enriquecimiento sin justa causa por el deudor (Art. 1666, Código Civil)²⁹.

El artículo 1096 del Código de Comercio³⁰, permite al asegurador que cancela el valor resarcitorio, subrogarse en los derechos del asegurado para reclamar al responsable del hecho funesto lo efectivamente pagado.

La institución sitúa al asegurador en el lugar del beneficiario. Lo faculta para obtener del responsable del siniestro el abono o reembolso de lo que remuneró por concepto del seguro, bien a título singular, ya en conjunto con el reasegurador. Todo, hasta concurrencia del respectivo importe³¹.

El origen del derecho a la subrogación es derivado, ergo, ajeno de sustantividad y autonomía. La entidad aseguradora, en consecuencia, adquiere el mismo derecho

²⁸ En la subrogación, el tercero que satisface una deuda ajena reemplaza al acreedor frente al deudor, con idénticos derechos y por la misma fuente (Hinestrosa, Fernando, Tratado de las obligaciones Tomo I, Ed. Universidad Externado, Bogotá D.C., 2002, pág. 403).

²⁹ *"La acción personal subrogatoria consagrada en el artículo 1096 del estatuto comercial, no obstante sus particularidades, se encuentra íntima y funcionalmente enlazada con la institución de la subrogación disciplinada por el ordenamiento civil, corolario del acerado principio indemnizatorio que, con tanto ahínco, campea en los seguros de daños -a diferencia de los de personas" (Cas. 18 mayo / 2005, rad. 0832-01).*

³⁰ Art. 1096, C. de Co.: *"[...] El asegurador que pague una indemnización se subroga 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 [...]"*.

³¹ La subrogación legal como una institución propia del contrato de seguro, halla sus primeros indicios en el Código de Comercio Terrestre, art. 677, subsumida en una institución diferente, la "cesión de créditos". Posteriormente la Ley 225 de 1938, en su artículo 4º, la introduce expresamente.

que antes del pago residía en la órbita patrimonial del asegurado-damnificado. Así lo ha explicado esta Corte:

"(...) aunque la acción subrogatoria tiene su manantial en el pago que el asegurador le hace al asegurado-beneficiario en cumplimiento de la obligación que contrajo en virtud del contrato de seguro, el derecho que aquel ejerce al amparo de la referida acción frente a las (...) personas responsables del siniestro, no nace o deriva de la relación aseguraticia -a la que le es completamente ajena-, sino que procede de la conducta antijurídica desplegada por el victimario, autor del daño que afectó al damnificado asegurado, según el caso. Por tanto, el pago de éste tan sólo determina su legitimación en la causa para el ejercicio de la señalada acción, así como la medida del derecho que puede reclamar, pero no la naturaleza del derecho mismo, ni sus propiedades, pues éste no es otro distinto del que tenía la víctima antes de ser indemnizada por el asegurador (...)"³².

En coherencia, el artículo 1097 del Código de Comercio, prohíbe al beneficiario-asegurado renunciar a la acción de reparación contra los responsables del siniestro. Adicionalmente, le impone hacer todo cuanto esté a su alcance para permitirle al asegurador el ejercicio de la subrogación, ciertamente, de origen legal (artículo 1098).

Lo dicho implica que, frente a un contrato de seguro válido, el pago de la indemnización por el asegurador hace viable el ejercicio de la acción de subrogación³³. Engendra tanto la legitimación en la causa como el interés para obrar por parte de la aseguradora. La Sala ha señalado que también requiere, una vez ocurrido el siniestro, *"(...) que surja para el asegurado una acción contra el responsable*

³²CSJ. Civil. Sentencia de 14 de enero de 2015, exp. 003-2015.

³³ Stiglitz, Ruben S., *"Derecho de Seguros, Tomo III"*, pág. 235; Donati Antigono., *"Los Seguros Privados, Manual de Derecho"*, Barcelona, 1960, pág. 313; Sánchez Calero, F., *"Ley de Contrato de Seguro"*, Aranzadi, Pamplona, págs. 406 y 730; Gaviria Arana, William., *"Naturaleza Jurídica de la Subrogación legal en el contrato de seguro"*, Ed. Universidad Javeriana, Bogotá 1989, págs. 18, 19 y 20.

(...)³⁴, similar a la de responsabilidad civil³⁵ prevista en los artículos 2341 y siguientes del Código Civil.

Lo expuesto es inobjetable cuando el asegurador asume por su cuenta el riesgo afianzado. Pero también, con mayor razón, cuando se ha valido del reaseguro para salvaguardar su patrimonio, frente a una deuda futura, por causa del riesgo amparado. En tal evento, ocurrido el siniestro, el reasegurador, por el hecho de haber contribuido a financiar la indemnización tiene una expectativa legítima de recuperar su capital.

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

³⁴ CSJ. SC, 6 de agosto de 1985, GJ n° 2419/1985, págs. 233-234; Cas. 18 mayo/2005, rad. 0832-01; Cas. 16 diciembre de 2010.

³⁵ Esta Corte ha tenido oportunidad de manifestarse en torno a esta materia: i) Para separar la subrogación de la figura de la cesión voluntaria de créditos y fijar los fines cardinales. SC 003-2015 del 14/01/2015; Cfr. Cas. diciembre 16/2010; sent. Cas. 8 nov. 2005, rad. 7724; Sentencia CSJ SC, 6 ago./1985; ii) Al reconocer al asegurador el reembolso del valor nominal pagado al asegurado, con el incremento por corrección monetaria para compensar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda ocurrida entre el momento del pago al asegurado y el momento en que se produzca la sentencia contra el responsable (Cas. 18 de mayo 2005, rad. 0832-01, reiterada en Cas. junio 28/2005; Cas. 8 Sep. 2011, Rad.2000-04366, y Cas. 03/09/2015, rad. SC11822-2015); iii) Al consentir que la acción de subrogación se rige por la prescripción de la responsabilidad civil (Cas. 18 de mayo de 2005; Cas. 16 de dic. de 2005; Cas. 23 de mayo de 2006. Exp.1998-03792); iv) Al exigir el onus probandi de quien alega la existencia de una obligación, Cas. 22 nov 2005, Rad. 1998-0096, citada en Cas. 03/09/2015, rad. SC11822-2015; v) Al fijar los requisitos para su ejercicio (Cas. 6 agosto 1985, G.J. T. CLXXX, 229; Cas. 03/09/2015, rad. SC11822-2015.

La cuestión radica en que el artículo 1096 del Código de Comercio no asigna la titularidad de la acción subrogativa al reasegurador, así haya soportado, proporcional o íntegramente, las consecuencias económicas del siniestro acaecido bajo una póliza de seguro objeto de cobertura también en el reaseguro.

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

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

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

siniestro, incluyendo los sufragados por el reasegurador. El amplio poder de dirección y negociación en la complacencia de su derecho es evidente.

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

La falta de estipulación expresa de los contratantes, para corregir el desequilibrio dicho, sobrevenido en la fase post-contractual del reaseguro, impone al reasegurado ciertos deberes. Por un lado, hacer uso apropiado, diligente y razonable de la acción de subrogación, previendo que agencia tanto sus intereses como los de su reaseguradora. Por otro, sufragar a ésta los valores rescatados en cuantía a la participación de lo que pagó por concepto del siniestro.

El ejercicio de la acción subrogativa ubica la relación reasegurado-reasegurador en una obligación de medio. Con relación al primero, por ser el único titular de ese derecho, tiene que poner todo el empeño en recuperar su erogación y también la del segundo. La actividad, en todo caso, no se comprende satisfecha con el efectivo rescate de lo pagado, incluida la indexación, sino con las gestiones activas, eficientes y pertinentes para lograrlo.

El reasegurado cumplirá su deber de recobro desplegando las actividades idóneas e indispensables para obtenerlo, al margen del resultado. Ello, porque depende de factores externos a su comportamiento. Por ejemplo, elementos aleatorios o contingentes, como la insolvencia del tercero responsable, la prelación de créditos, la depreciación del patrimonio del deudor, en fin³⁶.

La conceptualización es de vital importancia con miras a establecer la responsabilidad contractual³⁷. Para su éxito, además de la convención, se debe probar la culpa del demandado, la prestación incumplida o deficientemente satisfecha, el menoscabo sufrido, y el nexo de causalidad necesario entre estos últimos³⁸.

4.4.4. Los deberes contractuales y el reaseguro: La concepción moderna del contrato ha conducido a identificar

³⁶ Esta Corte ha tenido oportunidad de manifestarse en torno a la definición y distinción de las obligaciones de medio y resultado, señalando que "(...) en algunas obligaciones, el deudor asume el compromiso de desarrollar una conducta determinada en favor del acreedor, con el propósito de satisfacer el resultado esperado por éste; no obstante, si tal resultado también depende de factores cuyo control es ajeno al comportamiento del deudor, v.gr. elementos aleatorios o contingentes, la obligación, en dichos eventos, es de medio o de medios, y el deudor cumple su compromiso si obra con la diligencia que corresponda, aunque no se produzca la satisfacción del interés primario del acreedor. Por su parte, en otras obligaciones, las de resultado, el interés primario del titular del derecho crediticio sí se puede obtener con el comportamiento o conducta debida, toda vez que en ellas la presencia del componente aleatorio o de azar es exigua, y por ende, el deudor sí puede garantizar que el acreedor obtenga el resultado o logro concreto que constituye dicho interés primario (...)" (CSJ. Civil. Sentencia de 5 de noviembre de 2013, exp. 00025).

³⁷ La responsabilidad civil contractual se origina en la inejecución o ejecución imperfecta o tardía de una obligación convenida en un contrato (CSJ SC 19 feb de 1999, exp., 5099).

³⁸ Aquí la responsabilidad contractual asume elementos de la extracontractual, como la culpa, la existencia del menoscabo y el nexo causal entre ambas, dadas las decisivas interacciones de ambas instituciones, a pesar del trato legislativo separado y del tratamiento doctrinal diferenciado, reflejado inclusive en muchas providencias (CSJ SC 25 octubre de 1999, exp., 5012).

algunos deberes de imperiosa observancia en el campo de la responsabilidad profesional y de las relaciones interempresariales. En el contexto de la economía de libre empresa, extensivo a la actividad aseguraticia, la relación es compleja y multiforme, y no simplemente lineal.

La nueva doctrina de las obligaciones contractuales se fundamenta en los artículos 1501 y 1603 del Código Civil, y 871 del Código de Comercio, pero también en la propia Constitución. Como se dijo, el principio general de la buena fe (*bona fides*), tanto en el sentido objetivo como en el subjetivo, destella en la ejecución de los actos o negocios jurídicos dispositivos, mediante los deberes primarios y secundarios de prestación³⁹.

Los primarios, corresponden a los compromisos medulares o esenciales que el deudor asume para con el acreedor. Atienden lo expresamente pactado o lo que el ordenamiento positivo consagre para el modelo contractual seleccionado, típico o atípico.

³⁹ En el Derecho alemán a partir del Código Civil de 1900, *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), al teorizar las obligaciones como las *Schuldverhältnisse* o relaciones obligatorias, el deber primario del deudor consiste en cumplir la prestación *in natura*, según lo previsto en la ley o lo acordado en el contrato, es decir, la pretensión de cumplimiento; mientras el deber secundario se encamina a la indemnización de los daños y perjuicios. Este criterio lo conservó la reforma aprobada en enero del 2002, conocida como Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones, acogiendo la teoría de los deberes de protección, cuya infracción es materia de resarcimiento. Por tal razón, el parágrafo primero del artículo 280 del BGB, dispone que "si el deudor viola un deber de la relación obligatoria, el acreedor puede exigir resarcimiento del daño que de ello resulta" (BGB, 2008, p. 84), tanto por los deberes principales de prestación y de cumplimiento (positivos), como de los complementarios de prestación y los autónomos de protección, incluyendo los precontractuales o por culpa *in contrahendo*.

Los secundarios, se denominan también como conexos o accesorios, colaterales, complementarios o contiguos a los primeros. Entre los más relevantes se encuentran los de protección o seguridad, información, control, consejo, fidelidad o secreto. Pactados o no, o ser de procedencia legal, se integran al contenido de la obligación⁴⁰.

Los deberes de protección o de seguridad, se activan cuando están en riesgo bienes personales o patrimoniales. Implican desplegar cuidado, cautela y atención para no causar daños y preservar los derechos y, además, para proteger las negociaciones.

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

⁴⁰ Hay quienes opinan que son propiamente reglas principales o primarias porque se derivan de las obligaciones y deberes que impone el ordenamiento jurídico, al punto, el Código Civil francés dispone: "Artículo 1134. Las convenciones legalmente formadas tienen fuerza de ley entre aquellos que las han hecho. No pueden ser revocadas sino por su mutuo consentimiento o por las causas que la ley autoriza. Deben ser cumplidas de buena fe" (Código Civil francés, 2005) y el "Artículo 1135: Las convenciones obligan no sólo a lo expresado en ellas, sino también a todas las consecuencias que la equidad, la costumbre o la ley atribuyan a la obligación según su naturaleza" (Código Civil francés, 2005). Por su parte, el Código Civil italiano impone en su artículo 1374: "el contrato obliga a las partes no sólo a cuanto en él se expresa, sino también a todas las consecuencias que de él se derivan según la ley o, en su defecto, según los usos y la equidad" (Código Civil italiano, 2017). A su vez, el Código Civil español en el artículo 1258 establece: "los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley" (Ley de enjuiciamiento civil, 2013, p. 291).

Más allá de la comunicación, surgen compromisos de consulta, consejo, asesoría y asistencia. Tienen por finalidad advertir las ventajas y desventajas de ciertas decisiones, incluyendo situaciones conflictivas que se puedan presentar en el mercado. También se pueden incluir, los actos de fidelidad que buscan privilegiar la confianza y el cumplimiento contractual para evitar incursionar en conflictos de intereses; y los de reserva o secreto, alusivos a la discreción de la información y datos recibidos durante las conversaciones, para no divulgarlos ni difundirlos en perjuicio de la otra parte⁴¹.

4.4.5. Como en el reaseguro⁴², el asegurador-cedente, traslada parte de los riesgos a su cargo, al reasegurador-cesionario para diluir una cuota de su riesgo, transfiriendo una fracción de la prima, en proporción al capital cedido, como efecto de división y reparto de riesgos, en todo el sistema aseguraticio; es patente, que se anuda una comunidad de suerte ante el siniestro; de consiguiente, la ubérrima *bonna fides*, la buena fe contractual, la equidad y los principios generales del derecho; los principios, los valores y los derechos constitucionales constituyen el

⁴¹ ROMERO MATUTE, B. "El Reaseguro", Tomo I. Pontificia Universidad Javeriana, pág. 224, 1ª edición 2001, Bogotá. Jaramillo, Carlos Ignacio, Distorsión funcional del contrato de reaseguro tradicional. Derecho de seguros. Tomo V. Editorial Temis. pág. 424. Bogotá, 2013. STIGLITZ R. (Dir.), "Contratos. Teoría general", t. I, Buenos Aires, 1990, pág. 459. ACHURRA LARRAIN, J. y CONTRERAS STRAUCH, O., "Las cláusulas de cooperación y de control en los contratos de reaseguro", publicado en Revista Ibero-latinoamericana de Seguros, Pontificia Universidad Javeriana, No. 12, 1998, Bogotá.

⁴² Es un contrato de cesión de un negocio de seguros por medio del cual, la aseguradora cede esa operación a otra compañía de seguros, denominada reaseguradora, subdividiendo el riesgo, de donde, el contrato de seguro es el presupuesto y condición del de reaseguro, motivo para entender que, el reaseguro es el seguro del asegurador. A su vez, la reaseguradora puede reasegurar una parte del reaseguro como medio para redistribuir, *ad infinitum*, el riesgo, a otra compañía de seguros, acto jurídico denominado, retrocesión.

antídoto ideal contra los desequilibrios económicos e iniquidades, y un medio para rehuir el enriquecimiento injusto, el abuso del derecho y todo aprovechamiento injusto que en esa relación jurídica puedan emerger.

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

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

4.4.5.1. Sería contrario a la equidad, a los deberes primarios y secundarios de conducta en el contrato de reaseguro que, el asegurador descargue parte o toda su responsabilidad contractual en el reasegurador y que éste

afronte todas las obligaciones y responsabilidades cedidas, inclusive, satisfaciendo sumas indemnizatorias mayores a las reaseguradas. Pero tampoco es justo que se le esquilme la posibilidad de participar bien en lo reembolsado por el responsable del siniestro, ya en suma o valor mayor o menor a la cuota del riesgo reasegurado.

Esto se halla acorde con la comunidad de intereses aseguraticios y con los principios de la buena fe (*uberrimae bona fides* extrema o *utsmost good faith*, como estándar ético). Con la debida y oportuna información (artículos 1058, 1060, 1075 del Código de Comercio). Con la gestión directa del riesgo por parte del asegurado. Y con la comunicabilidad de la suerte o del alea como principios esenciales que media la relación reasegurativa de vieja data.

La repercusión de la cadena en el ámbito del reaseguro no puede ser exclusivamente en lo relacionado con el riesgo, cuando se materializa el siniestro. El albur y la solidaridad de intereses, también debe surtir efectos en los recobros de conformidad con los principios de igualdad y equidad.

Pese a la patente autonomía de cada contrato de seguro y de reaseguro, la espiral aseguraticia conlleva efectos de interdependencia entre las dos convenciones, ante la participación en una y otra del reasegurado asegurador cedente. Esto, así no haya una relación directa entre el amparado en la póliza o el seguro inicial que cubre el siniestro realizado con el reasegurador cesionario.

La relación del reasegurador es exclusivamente con el asegurador-reasegurado, quien es el que le ha cedido el negocio, más no con el primer asegurado. Por esto, carece de acciones derivadas del contrato de reaseguro. En las relaciones recíprocas e interdependientes los dos contratos son autónomos, de ahí que no es procedente que el reasegurado eluda su responsabilidad frente al asegurado del contrato original de seguros, pretextando que el reasegurador no le ha pagado o transferido el valor o las sumas reaseguradas con destino al siniestro. La actuación sobrevendría como nula al franquear imperativos principialísticos y normativos del contrato de seguro⁴³. Pero, simultáneamente, no es equitativo, que cuando el reasegurador cubra cuanto le corresponde por el contrato de reaseguro, y careciendo de acción subrogatoria como derecho propio, no tenga derecho ni acción distinta contra el asegurador cedente, contumaz ahora con lo reembolsado por el autor del daño, para obtener su restitución en proporción a lo contribuido con la indemnización.

4.4.5.2. En el caso que juzga la Corte, la reaseguradora, tras haber efectuado el desembolso convenido para la indemnización, demanda a la aseguradora reasegurada por su actuación en la acción

⁴³ Por ello, resulta fácil inferir la ilicitud de las cláusulas "*simultaneous payment clause*", que facultarian a una aseguradora cedente para no proceder al pago de la indemnización al asegurado, argumentando que su reasegurador no le ha erogado el fondo correspondiente reasegurado para cubrir la indemnización al afectado, disposiciones relacionadas a veces con contratos de *fronting*.

subrogatoria de recobro que ésta formuló contra la responsable del siniestro.

En un contexto, un tanto diferente al aquí juzgado, pero que viene al caso, por alguno de sus perfiles útiles para esta decisión, una aseguradora (no la reaseguradora) al haber pagado el siniestro, demandó a la transportadora como responsable por la pérdida de las mercancías aseguradas. La demandada, con sagacidad, señaló que la legitimación en la causa y el interés para obrar en la acción subrogatoria se hallaba en cabeza de la reaseguradora, en virtud de un contrato de reaseguro. En su sentir, la aseguradora del caso, La Libertad, a la sazón demandante, no tenía el derecho a cobrar a la interpelada, la Flota Mercante Grancolombiana, el valor de las mercancías siniestradas. En el punto, la Sala adujo dos cuestiones relevantes para esta nueva controversia:

La primera, referente a la indudable ausencia de acción subrogatoria legal en cabeza de la reaseguradora por carencia de texto expreso. La segunda, tangencialmente, en lo tocante al justo derecho de “recupero o reembolso” de la reaseguradora frente a la aseguradora.

De la primera cuestión realzada, motivó: “(...) Cuando hay reaseguro, se presentan dos contratos diferentes aunque estrechamente vinculados entre sí- el uno es accesorio al otro, por que no se concibe un reaseguro sin un seguro previo o al menos concomitante. Es por ello, que no hay lugar a la subrogación legal que tiene la aseguradora que pague una indemnización. Es claro que el Tribunal no interpretó erróneamente el artículo 1096 C. de Co. al haberlo considerado inaplicable al caso que el

reasegurador cumpla con la obligación que le impone el contrato de reaseguro para con el asegurador. Si bien el reasegurador es un tercero en el contrato celebrado entre el asegurador y el asegurado, cuando se produce el siniestro y a consecuencia de ello paga al asegurador lo que según el contrato de reaseguro está obligado a pagarle, está pagando deuda propia, en este caso el reasegurador si está obligado a pagar la prestación a su cargo derivada del contrato de reaseguro y por consiguiente no está satisfaciendo una deuda ajena, aunque para el lo sea la del asegurador para con el asegurado. La consecuencia, el pago hecho por el reasegurador por razón del reaseguro en caso de siniestro, no priva al asegurador del derecho que le otorga el art. 1096 del C. Co. (...)"⁴⁴.

Continuando en sus consideraciones, para la segunda cuestión atrás puntualizada, en cuanto concierne para el asunto que ahora se juzga, dijo la Sala:

"(...) Es apenas natural y consecuencia propia de que a la ley repugne el enriquecimiento sin justa causa, que si el asegurador obtiene el reconocimiento total o parcial de la indemnización que ha tenido que pagar al asegurador por razón de la ocurrencia del siniestro, en una misma proporción, tendrá que hacer el correspondiente reembolso. No en otra forma puede entenderse la expresión del art. 1134 del C. Co. de que el reasegurador comporte la suerte del asegurador.

"(...).

"La obligación del asegurador para con el asegurado no es distinta a la del reasegurador para con aquél y que ambos tienen su fuente en contratos diferentes. Por consiguiente si el reasegurador paga, no está extinguiendo la obligación a cargo del asegurador, sino la que existe a su propio cargo. Ese pago no extingue, pues, la obligación derivada del contrato de seguro ni lo subroga, como atrás quedó dicho, en los derechos que éste enfrente el responsable del siniestro, como ocurre con la hipótesis prevista en el art. 1096 (...)"

4.4.5.3. En lo atinente con las relaciones jurídicas de reaseguro, el denominado principio de "solidaridad de

⁴⁴ CSJ. Civil. Sent. del 31 de marzo de 1981, proceso de La Libertad Compañía de Seguros Generales S.A. contra la Flota Mercante Grancolombiana, M. P. José María Esguerra Samper.

intereses", o de "*seguir la suerte*", conocido en la doctrina aseguraticia como "*follow the fortune*"⁴⁵, es una cláusula de la naturaleza del contrato de reaseguro. Se edifica en razones de equidad en el derecho contractual, a veces, normalmente prevista en ese tipo de contratos. Y está asentada en la obligación y en la necesidad del reasegurador de seguir la suerte del reasegurado en todo lo no previsto en el contrato de reaseguro o en las normas legales que lo regulen, frente a la eventualidad o "*el alea*", o la "*la fortuna*" o el "*destino*", en sus términos literales.

Ese es un elemento contractual de indiscutible valía para el equilibrio de las obligaciones, porque abre un espacio en las relaciones entre el asegurador y el reasegurador para permitir el reconocimiento de derechos o la adquisición de obligaciones, pudiendo el asegurador, en desarrollo de dicha cláusula, desplegar medidas dentro del marco del contrato de reaseguro que garanticen la ejecución de los dos contratos, incluyendo la del cobro de todos los valores reasegurados. De ese modo se contribuye a la ejecución del objeto contractual, pero también, derivado de la bonísima buena fe, a la participación de la reaseguradora en el recobro de lo indemnizado, no directamente, sino como resultado de la actividad de la aseguradora, por virtud tanto de la dependencia, como de los efectos y del arrastre que la comunidad de alea acompaña a uno y a otro

⁴⁵ Cláusula aseguraticia según la cual, un reasegurador sigue la suerte o fortuna del reasegurado, por tanto, está obligado, vinculado o atado a los riesgos o a las decisiones de las pretensiones o resistencias del reasegurado, siempre que no exista evidencia de fraude, colisión o de mala fe con el asegurado.

contrato, al punto que, inclusive la nulidad, inexistencia o ineficacia podrían ser recíprocas.

La división y reparto de responsabilidades y riesgos no solo se hace en forma proporcional, sino también en lo reembolsado a prorrata de lo recuperado, con las deducciones del caso, así el interés en el seguro sea el suceso incierto del interés asegurado, y en el reaseguro, sea el detrimento del patrimonio del asegurador. De otro modo, no habría razón válida para hablar de justicia y equidad, ni mucho menos de comunidad de suerte.

Como el reaseguro es un medio de seguridad para solidificar la cadena de garantía de los negocios aseguraticios, mediados por la buena fe y la equidad, no puede estar comprometido en sus estados financieros únicamente a la suerte de uno de los partícipes y obligados en el cubrimiento del seguro, considerando que las repercusiones del contrato de seguro deben reflejarse en el del reaseguro. El reasegurador, por lo tanto, debe seguir, participar y afrontar la suerte del asegurador directo, para que no se grave solo su patrimonio, sino que también se restablezca cuando le es reembolsada la indemnización, recuperando el importe proporcional al riesgo asegurado, al haber participado en una empresa o riesgo común, donde se interviene comunitariamente en forma compartida tanto en el activo como en el pasivo.

La comunidad de suerte implica ver el espectro en dos caras (anverso y reverso) o en dos extremos (activo y pasivo). En los estados financieros de las empresas aseguradoras participantes del negocio reaseguratorio: el flujo de caja, el balance general o las pérdidas y ganancias. El principio es predicable si el asegurador defiende sus derechos y los del reasegurador. Con mayor razón, cuando la reaseguradora es compelida a honrar lo que debía por la ocurrencia del siniestro.

En las relaciones en la cadena aseguraticia donde participan aseguradoras y reaseguradoras para el eficaz cumplimiento de los fines aseguraticios, se exige extrema buena fe con sumo rigor. La razón estriba en que se hallan mezclados dos o más profesionales especializados en un mercado de importancia crucial en el mundo contemporáneo, masivo y necesario para la búsqueda de reparación del daño, participativo de la distribución y redistribución del riesgo con el fin de dar solidez a la industria aseguraticia, pero también a las relaciones económicas de los diferentes intervinientes en la relación jurídico-económica. Así se garantiza, que el reaseguro siga siendo el seguro de los aseguradores; y el seguro, la reparación o indemnización de los tomadores que han confiado y confían en el contrato de seguros.

4.4.5.4. Las consideraciones expuestas señalan a las claras que dada la inexistencia de normas específicas en el orden jurídico interno, la aplicación de los principios

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

4.5. Aplicado lo discurrido al caso, en dirección de responder la acusación, debe entenderse que el Tribunal atinó probatoria y jurídicamente al concluir que Seguros del Estado S.A., como asegurador-reasegurado, por virtud de su derecho de subrogación, contrajo la obligación con su reasegurador, QBE del Istmo Compañía de Reaseguros – Inc., de recobrar su importe al causante del siniestro, y pagarlo, si lograba recaudarlo.

Igualmente, es correcto el raciocinio del juzgador sobre que el contrato de cesión celebrado por la convocada con Avícola Miluc S.A.S., fue lesivo para la pretensora. En concreto, por recibir la cedente de la cesionaria menos de la mitad del valor de la acreencia subrogada, menguando así su patrimonio al impedirle percibir el 75% de su monto.

Así mismo, el *ad-quem* no se equivocó al inferir que el incumplimiento por no ejercer el recobro en favor de la

demandante, generaba responsabilidad contractual para la interpelada, cuando sus gestiones desarrolladas frente al reembolso, resultaban descuidadas o de mala fe, al punto que impidieran a la actora recomponer su patrimonio.

El Tribunal, empero, negó las pretensiones, al no demostrarse que la lesividad de la cesión de los derechos derivados de la subrogación era injustificada. También, ante la falta de la prueba para calificar la conducta de la demandada como descuidada y de mala fe.

4.6. Como se plantea en el cargo, todo se reduce a establecer si esto último es no cierto. La polémica, entonces, se confina a determinar si se encontraban o no justificadas las razones de la demandada para celebrar la cesión, pues al hacerlo, renunció a ejercer la acción subrogatoria frente al causante del siniestro, quien se encontraba en trámite de insolvencia.

El problema en casación, entonces, tendrá como base la decisión del *ad-quem*, relacionada con establecer si la aseguradora reasegurada, subrogada en los derechos del asegurado directo, se obligaba con el reasegurador a gestionar la recuperación del importe por él pagado, esto es, la suma de \$3.108'000.000.00, correspondiente al 75% del riesgo asumido, según los términos del reaseguro.

4.6.1. En el cargo que se estudia, la recurrente acusa la comisión de errores de hecho probatorios. En esencia, al no dejar acreditada, estándolo, la culpa de Seguros del Estado S.A., indispensable para responsabilizarlo del incumplimiento del contrato de reaseguro.

Para la censura, la realidad probatoria revelaba que la interpelada, en ejercicio de la acción subrogatoria, actuó de mala fe y en perjuicio de los intereses económicos de su contraparte. Esto, porque pudiendo rescatar de la sociedad obligada el cien por ciento de su crédito, así estuviere en estado de liquidación, prefirió transferirlo en venta a Avícola Miluc S.A. por menos de la mitad de su verdadero precio.

Así se observaba, dijo, en el expediente del concurso y finiquito de Inaves Fuenterrabía S.A., todo lo cual, amén de ser preterido, resultaba incidente para derruir la razón esgrimida por la demandada para ceder la acreencia. La señalada acreencia, en efecto, se reconoció como privilegiada y sin oposición de los demás acreedores, puesto que abrevaba en una transacción de la bolsa de valores (hecho comprendido como riesgo asegurado del seguro y correlativamente del reaseguro), con preeminencia sobre las obligaciones "*de primera clase*", cuyo pago se efectuaría como gastos de administración por fuera de la masa.

Lo anterior, agrega, cobró certeza, cuando a Avícola Miluc S.A., cesionaria de Seguros del Estado S.A., le fue adjudicado, por el 100% del crédito, un inmueble de la

deudora, avaluado en ese trámite por \$3.761.742.458. Por esto, la satisfacción de la obligación nunca sufrió riesgo.

Esgrime también la tergiversación del avalúo rendido en el proceso. Aduce que la indicación sobre la depreciación de los activos de Inaves Fuenterrabia S.A., no suponía que serían exiguos para colmar el total de la deuda.

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

4.6.3. Frente a lo anterior, los errores de hecho probatorios se presentan. Conforme al expediente de reestructuración de la citada sociedad, a la sazón asegurada, según el auto 451-017364 de 7 noviembre de 2009 de la Superintendencia de Sociedades, el crédito de marras fue reconocido como una operación bursátil y su pago se ejecutará bajo la modalidad de "*gastos de administración*", esto es, fuera de las incidencias del concurso, y preferentemente del resto de acreencias.

El anotado proveído estableció que el origen de la obligación de Inaves Fuenterrabia S.A. con Seguros del Estado S.A., subrogada en los derechos de la Bolsa Nacional Agropecuaria S.A. (BNA S.A.), estimados por \$4.144.000.000, provenía de operaciones del mercado público de valores, relacionados, específicamente, con la negociación de *“bienes y productos agropecuarios”*.

Por ello, la Superintendencia de Sociedades, siguiendo lo previsto en los literales a) y b) del artículo 5° de la Ley 1116 de 2006, concordante con los preceptos 2°, 10° y 11° de la Ley 964 de 2005, concluyó que en tales condiciones el crédito no debía ingresar al proceso de insolvencia de la sociedad deudora.

Lo expuesto pone de presente que no se trataba de prescindir de la existencia y cumplimiento de la obligación. Por el contrario, significaba honrar el pago del crédito sin condicionarlo al principio de la *“par conditio omnium creditorum”*⁴⁶, como ocurre con cualquier pasivo, bien sometido al requisito de calificación y graduación, ya a la aprobación del acuerdo de reorganización, ora al resultado del proceso de liquidación judicial.

Por tratarse entonces de una acreencia de tipo bursátil, y por ende, especial, el señalado auto determinó

⁴⁶ *“Igual condición de crédito”*. Dicha máxima del derecho concursal, se refiere a la paridad de trato que rige para los acreedores, igualdad que no es plena, pues dependiendo de la aplicación de las reglas de la prelación, las cuales escalonan las obligaciones, la simetría torna a predicarse entre acreencias de una misma clase (vgr., laborales, fiscales, hipotecarios, etc.).

remunerar la acreencia a través del rubro "*gasto de administración*". Sólo a través de esa modalidad, y no otra, su desembolso se realizaría primero que otros créditos.

En ese contexto, la providencia cobró ejecutoria y finiquitada la oportunidad de los demás acreedores para formular objeciones. No obstante, el 13 de julio de 2010, la interpelada cedió el crédito a Avícola Miluc S.A. por \$1.000.000.000, aceptando ambas partes, según el parágrafo 6° de las consideraciones y en la cláusula sexta, conocer no sólo su carácter privilegiado otorgado en el trámite de insolvencia, sino el vencimiento del plazo para rebatir la fijación de su cualidad.

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

4.6.4. Lo mismo debe decirse del otro argumento esgrimido por el Tribunal, según el cual, el crédito cedido, aun peculiar y preferente, no se recuperaría en un cien por ciento debido al valor irrisorio de los activos de la sociedad

intervenida, y su probable e inevitable adjudicación en comunidad al conjunto de acreedores.

Lo anterior, por cuanto la Superintendencia de Sociedades, en el auto 430-012989 de 24 de agosto de 2011, relacionó y avaluó los activos en “\$10.861’054.980”, lo cual incluye, entre otros, una bodega en Bogotá, carrera 32 n° 18-09”, por \$3.761’742.458”; y una “Planta [Incubadora] Vereda Santa Ana” por “\$2.143’400.419”.

En el capítulo donde se detallan el tipo y cálculo de las deudas, la tabla n° 2, denominada “gastos de administración causados dentro del proceso de reorganización”, exhibió en la última casilla al crédito “Avícola Miluc S.A. (cesión) Seguros del Estado S.A.”, reconocido por “\$4.144’000.000”. Adicionalmente, muestra una relación completa de otras obligaciones, cuyo titular también es Avícola Miluc S.A., estimadas en \$134’000.000.

Sumados los dos grupos de deudas, para un total de “\$4.278’000.054”, a continuación dispuso cancelar esas acreencias con la transferencia de la “Bodega kr 32 n° 18-08 Bogotá (sic)”, estimada, se itera, en \$3.761’742.458”; y con el “24.08%” de la “Planta [Incubadora] Vereda Santa Ana”, porcentaje estimado en “\$516’257.596”, para así completar la cifra de “\$4.278’000.054”.

El *ad-quem*, sin embargo, pasó de largo sobre el contenido objetivo de la prueba. De haberlo hecho, habría

determinado que la correcta ponderación entre la masa activa y el concurso de acreedores benefició a Avícola Miluc S.A., cesionaria de Seguros del Estado S.A., en cuanto se le adjudicó un inmueble por \$3.761'742.458 (el 90,773% de \$4.144'000.000). Solo el 10% restante fue garantizado con la transferencia en comunidad de una planta incubadora.

El Tribunal, por tanto, no podía dejar sentado que el “recupero” de lo indemnizado no podía tener posibilidad de pago o beneficio en la insolvencia. Tampoco, que la cesión celebrada por la demandada con Avícola Miluc S.A. se encontraba plenamente justificada. Menos, como consecuencia, que no hubo incumplimiento culpable o de mala fe del reaseguro con ocasión de la acción subrogatoria.

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

Con todo, el juzgador acogió el dictamen rendido en instancia, estableciendo como valor comercial del bien, en 2012, la suma de “\$1.644'005.000 (sic)”⁴⁷. Adujo que su tasación en el concurso, en 2008, por \$3.761'742.458, “se mostraba (...) *exagerada*”. Por tal razón concluyó que la obligación en realidad no fue satisfecha plenamente.

⁴⁷ Al parecer, por *lapsus calami* el tribunal indicó esa cifra, cuando en realidad se refería a \$1.619'880.000.

Sin embargo, la experticia, elaborada cuatro años después del avalúo y realizado en la insolvencia, se fundamenta en ejes temáticos como el precio presente de la edificación, su estado, y si se encontraba o no depreciado en función de su justiprecio asignado en el concurso.

En cuanto al valor comercial estableció que “(...) *el metro cuadrado de área construida de bodega, asciende a la suma de \$476.423; luego los 1.023.00 mt² de área, alcanzarán (sic) un valor de \$487’500.000, [por tanto, el] valor comercial (...) es de “\$1.619’880.000”.*

Esa apreciación desdice el tópico de la devaluación, al afirmar que la “(...) *Bodega Carrera 32 n° 18-09 Bogotá (sic) (...)*”, tasada por la Superintendencia de Sociedades en “(...) *\$3.761’742458 (...)*”, se desvalorizó por “(...) *la inactividad y abandono (...) a la fecha -año 2012- [en] (...) 25% (...)*”, correspondiendo su valor a “(...) *\$2.821.306.844 (...)*”.

Contrastado lo precedente, se observa que el sentenciador, en cuanto hace al cálculo del avalúo y depreciación del predio, desfiguró la prueba pericial. Sin razón alguna acogió la cifra menor calculada, soslayando la inconsistencia frente a la depreciación, estimada en \$2.821.306.844; no siendo entonces claro, cuál era realmente su valor a 2012.

4.6.6. Lo errores manifiestos de hecho probatorios puestos de presente, igualmente se tornan trascendentes o

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

4.7. Frente a lo discurrido, la acusación en su contexto, prospera, como así habrá de declararse, por supuesto, sin lugar a condenar en costas a la recurrente, pues el recurso extraordinario no le resulta adverso.

5. SENTENCIA DE REEMPLAZO

5.1. Situada la Sala en sede de segunda instancia, al advertir la presencia de los presupuestos procesales y la ausencia de causal constitutiva de nulidad que amerite ser declarada de oficio, procede a decidir de fondo.

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

Lo anterior, porque al ceder el crédito subrogado, recibiendo como contraprestación la suma de \$1.000'000.000, cifra ínfima respecto de su verdadero precio, esto es, \$4.144'000.000, privó a la actora de recuperar la alicuota parte pagada por concepto del valor afianzado en la relación asegurativa primigenia.

Por tanto, previa corrección monetaria, condenó a Seguros del Estado S.A. a cancelar, para la fecha de la sentencia, la suma de \$3.526'443.224,16, negando a su vez el pago por réditos moratorios.

5.3. En la alzada, la convocada, en lo pertinente, disiente de lo anterior, en su sentir, al no tener deberes convencionales ni legales para agenciar los derechos pecuniarios de la reaseguradora. No era de su cargo, dice, procurar satisfacer esos intereses a costa de su propio beneficio. De tal modo, sostuvo, celebró la cesión cuestionada con plena autonomía.

En adición, justificó el limitado valor de la cesión por ser remoto el recaudo sobre el 100% del derecho de recobro reconocido en el trámite liquidatorio. En su entender, porque los demás acreedores de la sociedad intervenida se opusieron a su pago privilegiado, presentando proyectos alternos de reorganización; por cuanto los bienes de la masa concursal se desvalorizaron gradualmente; y porque su adjudicación, en todo caso, se realizaría en proindiviso.

5.4. Al estudiarse el cargo en casación, se concluyó que el Tribunal acertó al inferir probatoria y jurídicamente que Seguros del Estado S.A., como asegurador-reasegurado, por virtud de su derecho de subrogación, contrajo la obligación con su reasegurador, QBE del Istmo Compañía de Reaseguros -Inc., de recobrar su importe al causante del siniestro, y pagarle el mismo, si lograba recaudarlo.

Igualmente, se dijo que tampoco se equivocó al asentar que el incumplimiento de la prestación, generaba responsabilidad contractual para la interpelada, siempre y cuando se demostrara que sus gestiones desarrolladas frente al reembolso, fueron descuidadas o de mala fe, al punto de impedirle a la actora recomponer su patrimonio.

También, que era correcta la conclusión probatoria, según la cual la cesión celebrada por la convocada con Avícola Miluc S.A.S., fue lesiva para la demandante. Esto, por cuanto la cedente al recibir de la cesionaria menos de la mitad del valor de la acreencia, menguó el patrimonio de la actora, al impedirle percibir el 75% de su monto.

5.5. En ese contexto, el problema jurídico concierne en establecer si se presentó el incumplimiento del reaseguro por Seguros del Estado S.A., por no hallarse justificadas las razones para suscribir la cesión, renunciando a su vez a continuar la acción subrogatoria contra la causante del siniestro, quien se encontraba en trámite de insolvencia.

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

En relación con el pago, el mismo se cumplió con la adjudicación de la "*Bodega kr 32 n° 18-08 Bogotá (sic)*" estimada en "\$3.761'742.458"; y con el "24.08%" de la "*Planta [Incubadora] Vereda Santa Ana*", porcentaje estimado en "\$516'257.596".

En suma, producto de la actividad ponderada entre la masa activa y el concurso de acreedores, Avicola Miluc S.A., cesionaria de Seguros del Estado S.A., resultó beneficiada con la adjudicación de un inmueble estimado en \$3.761'742.458, esto es, el 90,773% de \$4.144'000.000; siendo su escaso 10% garantizado con la transferencia en común y proindiviso de una planta incubadora.

Además, según lo evidenciado en el juicio liquidatorio, se aprecia que los referidos activos nunca fueron inferiores al valor adeudado al asegurador-reasegurado.

5.6. Lo expuesto revela, con ocasión del reaseguro, la realización de maniobras desprovistas de diligencia y cuidado por Seguros del Estado S.A., dirigidas a desconocer las obligaciones contraídas con QBE del Istmo Compañía de Reaseguros -Inc.

La interpelada, aseguradora-reasegurada, pudiendo rescatar el importe en el juicio de insolvencia, prefirió ceder dicha prerrogativa a un tercero, perjudicando los intereses económicos de la reaseguradora, quien, pese a asumir en mayor medida el pago del siniestro y no contar a su favor con el derecho de subrogación (art. 1096, C. de Co.), no tenía legitimidad para accionar contra la deudora.

Si bien no puede desconocerse la contingencia propia de los procesos liquidatorios, donde la protección al crédito, a la empresa y al empleo se menoscaban en alguna medida, cierto es, frente al primero, como ocurrió en el caso, existen figuras como la prelación, calificación, graduación, entre otras; las cuales contribuyen a preservarlo de la incertidumbre generada por la situación de bancarrota del deudor, garantizando su importancia y ofreciendo seguridad al cumplimiento de las relaciones obligatorias.

La demandada, al celebrar la cesión y desistir del recobro, obró con impericia y descuido, faltando al deber de buena fe en la gestión implícita de un derecho ajeno, el del reasegurador. Lo prudente, como era lo más obvio, en razón a la cuantía de la obligación insatisfecha, era informarle a

este la situación de la acreencia, a efectos de que evaluara las ventajas de seguir exigiendo su pago en el trámite de insolvencia, en particular, porque su derecho de crédito se hallaba reconocido como especial frente al resto, el cual se pagaría preferentemente.

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

De otra parte, como no se trata de extender una condena en concreto, sino de actualizarla, ello debe hacerse al momento de su ejecución o pago (artículos 308, *in fine*, del Código de Procedimiento Civil, y 284, inciso final, del Código General del Proceso), siguiendo los derroteros señalados por el juzgado.

6. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **casa** la sentencia de 6 de agosto de 2015, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, en el proceso ordinario promovido por QBE del Istmo Compañía de Reaseguros –Inc. contra Seguros del Estado S.A.; y en sede de instancia, **confirma** el fallo de 10 de abril

de 2014, emitido por el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Descongestión de esta ciudad.

Se condena a la interpelada al pago de costas del recurso de apelación. En la liquidación, inclúyase la suma de quince millones de pesos (\$15'000.000.00) por concepto de agencias en derecho.

Sin costas en casación ante la prosperidad del recurso.

Cópiese, notifíquese y cumplido lo anterior, devuélvase el expediente a la oficina de origen.



LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA
Presidente de Sala



ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO



AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO



LUIS ALONSO RICO PUERTA



OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE



FRANCISCO TERNERA BARRIOS