



**LA PRUEBA DE LOS PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN DE SUBROGACIÓN  
EN EL CONTRATO DE SEGUROS**

**GUSTAVO ADOLFO GÓMEZ GIRALDO**

**Trabajo de grado para optar al título de Magister en Derecho Privado**

**Asesor  
NICOLÁS HENAO BERNAL  
Magister en Derecho**

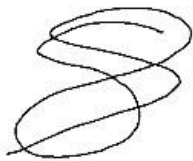
**MAESTRÍA EN DERECHO  
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS  
UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA  
MEDELLÍN  
2019**

**(Diciembre 9 de 2019)**

**Gustavo Adolfo Gómez Giraldo**

“Declaro que este trabajo de grado no ha sido presentado con anterioridad para optar a un título, ya sea en igual forma o con variaciones, en ésta o en cualquiera otra universidad”.  
Art. 92, parágrafo, Régimen Estudiantil de Formación Avanzada.

Firma

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized, cursive 'S' shape with several loops and a horizontal line at the bottom.

---

## TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN

INTRODUCCIÓN

### 1. SUBROGACIÓN

1.1 CONCEPCIÓN HISTÓRICA

1.2 SUBROGACIÓN MODERNA

1.3 LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA SUBROGACIÓN

1.3.1 Subrogación convencional

1.3.2 Subrogación personal

1.3.3 Subrogación real

1.3.4 Subrogación legal

1.3.4.1 Del principio indemnizatorio

1.4 PRESUPUESTOS PARA QUE OPERE LA SUBROGACIÓN

### 2. LA PRUEBA

2.1 DEFINICIÓN

2.2 PRINCIPIOS GENERALES DE LA PRUEBA

2.2.1 Principio de necesidad de la prueba

2.2.2 Principio de la formalidad y legitimidad de la prueba

2.2.3 Principio de la legitimación para la prueba

2.2.4 Principio de la originalidad de la prueba

2.2.5 Principio de libertad probatoria

2.3 RELACIÓN ENTRE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA PRUEBA  
CON LA ACCIÓN DE SUBROGACIÓN

### 3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

3.1 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL  
MAGISTRADO PONENTE EDGARDO VILLAMIL PORTILLA, BOGOTÁ,  
D.C., CATORCE (14) DE DICIEMBRE DE DOS MIL SEIS (2006).

3.2 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL,  
MAGISTRADA PONENTE RUTH MARINA DÍAZ RUEDA BOGOTÁ D. C.,  
VEINTE (20) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013).

3.3 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL Y  
AGRARIA, MAGISTRADO PONENTE: DR. JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ  
GÓMEZ SANTAFÉ DE BOGOTÁ, D.C., NUEVE (09) DE OCTUBRE DE  
MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y OCHO (1998)

3.4 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL,  
MAGISTRADO PONENTE, JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR,  
BOGOTÁ, D. C., NUEVE (09) DE DICIEMBRE DE DOS MIL OCHO  
(2008).

3.5CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL,  
MAGISTRADO PONENTE, WILLIAM NAMÉN VARGAS, BOGOTÁ, D.C.,  
OCHO (08) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL ONCE (2011).

3.6CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL,  
MAGISTRADO PONENTE: ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ,  
BOGOTÁ, D. C., DIECISÉIS (16) DE DICIEMBRE DE DOS MIL DIEZ  
(2010).

4. PRUEBA EFECTIVA DE LOS PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN DE  
SUBROGACIÓN

4.1CONTRATO

4.2PAGO

5. CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

## RESUMEN

El presente estudio busca examinar, en primer lugar, la figura de la acción de subrogación en el contrato de seguro, procurando abarcar algunos de sus aspectos centrales y de mayor importancia, a saber: la naturaleza de la acción, los requisitos que exige y su clasificación. Una vez acotado este punto, se procederá al estudio propiamente dicho del problema jurídico: la determinación de la prueba idónea de aquellos presupuestos que legitiman al sujeto de derecho cuya pretensión es subrogarse en la posición de la persona asegurada. Es menester, por tanto, realizar un estudio de los elementos probatorios que le permiten ejercer los derechos que la acción de subrogación le otorga. Con este fin, se partirá de un marco teórico en el que se establecen los conceptos previamente mencionados, además de un análisis de la prueba y un estudio jurisprudencial que busquen esclarecer cuál es la concepción contemporánea que se tiene de la materia y por ende, cómo se evidencia en ella un claro vacío legal. Finalmente, este trabajo tiene como propósito formular algunas consideraciones alrededor del problema tratado que le permitan a la comunidad académica y profesional avanzar en la solución de los diferentes conflictos identificados, procurando una mejor comprensión de las decisiones judiciales, de sus aciertos y sus fallos.

**PALABRAS CLAVE: CONTRATO DE SEGUROS; ACCIÓN DE SUBROGACIÓN; PRUEBA; PRESUPUESTOS; PAGO.**

## INTRODUCCIÓN

Un análisis de la doctrina vigente frente a la acción de subrogación, concretamente, frente a la prueba idónea de los presupuestos legalmente consagrados para que opere la acción de subrogación en contrato de seguro, exige de nuestra parte un estudio legal, doctrinal y jurisprudencial, no solamente de la acción de subrogación en sí misma, sino del elemento neurálgico que hace de este asunto un hecho problemático: la prueba y su naturaleza.

Para efectos del presente escrito, la subrogación será entendida desde su propia etimología. La palabra subrogación proviene de la expresión latina '*subrogatio*', que significa sustituir, reemplazar, cambiar una persona o una cosa por otra. Puede dividirse en legal o convencional y a su vez, en personal o real.

La subrogación constituye un tema de gran interés en materia de seguros, especialmente a partir de 1971, cuando el Código de Comercio la introduce en el ordenamiento jurídico colombiano. Esta figura prevé, con ciertas limitaciones, por ministerio de la ley, el cambio de titular de derechos en contra del responsable del siniestro. Ergo, en virtud del pago de la indemnización, el asegurador, hasta concurrencia del importe de lo pagado, puede subrogarse en los derechos del asegurado contra los responsables del siniestro, salvo las excepciones contempladas por la ley. Lo anterior obra por mandato legal, esto es, sin que sea necesaria alguna declaración por parte del asegurado o beneficiario, pues basta que se indemnice a la luz del respectivo contrato de seguro para que se produzca la subrogación.

Aunque la acción de subrogación parece estar plenamente abarcada por el Código de Comercio, el hecho de que este no trate debidamente el aspecto de la prueba ocasiona una grave disonancia con las decisiones tomadas por los despachos judiciales, cuyas exigencias no se encuentran contempladas por la ley. No existe una regulación normativa expresa que permita tener certeza en cada situación acerca de la manera como se debe proceder para acreditar la condición de acreedor subrogatario. El núcleo de la discusión se encuentra, entonces, en los requisitos necesarios para que se constituya la prueba, sus reglas técnicas y la carga probatoria de la misma, de forma que sea valorada positivamente por la autoridad judicial.

Esta situación ocasiona una grave inseguridad jurídica para las entidades aseguradoras al momento de ejecutar su objeto social – parte de ello es la subrogación misma – toda vez que no hay unanimidad en las decisiones emitidas por los administradores de justicia. Este hecho pone en juego no solo la seguridad

jurídica, sino el patrimonio y las relaciones económicas de las mismas aseguradoras.

## 1. SUBROGACIÓN

### 1.1 CONCEPCIÓN HISTÓRICA

Es bien sabido que el Derecho Civil sienta sus bases en los dictámenes del Derecho Romano. Este último, tal como lo menciona Gaviria (1989), aporta la idea primigenia de la acción de subrogación mediante las figuras del *beneficium cedendarum actionum* y *successio in locum creditoris*, las cuales, al ser fusionadas por el derecho intermedio francés, dieron lugar a la concepción actual del pago con subrogación, posteriormente recogida por el Código de Napoleón y el nuestro.

La primera de estas figuras, el *beneficium cedendarum actionum*, consagraba que “quien se encontraba obligado con otro o por otro al pago de determinada deuda, quedaba facultado para exigir del acreedor, antes de efectuar el pago, la cesión de acciones que le correspondían contra los demás obligados” (Gaviria, 1989, p. 141). La *successio in locum creditoris*, de acuerdo con Édouard Cuq (1928), se aplicaba a aquellos supuestos en los cuales un tercero pagaba a un acreedor hipotecario en ciertas condiciones, sucediéndolo en su grado de preferencia sobre el bien hipotecado.

Estas dos figuras fueron preservándose a lo largo de los años y fueron adoptadas, con ciertos ajustes, por la legislación española y el derecho intermedio francés. Este último, a raíz de ciertas circunstancias políticas y económicas acaecidas en Francia durante los siglos XVI y XVII, fue el primero en contemplar la figura de la subrogación como aquella que tiene lugar con ocasión de un pago; de allí que se haya convertido en la base para la fundamentación de toda la acción. (Gaviria 1989).

### 1.2 SUBROGACIÓN MODERNA

Habiendo analizado el desarrollo histórico que ha tenido la figura de la subrogación a nivel general, es necesario trasladar dicha noción al contexto actual, de tal forma que pueda ser estudiado al interior de los contratos de seguros.

Subrogar, tal como se concibe en la actualidad, significa habitar el lugar de otro. En palabras de Fernando Hinestrosa:

Subrogar significa ocupar el lugar de alguien (personal), operación de la que la subrogación del acreedor es prototipo, o de algo (real), de la que el equivalente pecuniario de la prestación es ejemplo paradigmático (art. 1731 c.c.), de modo que por mandato legal el sujeto o el objeto nuevos hacen las veces de los precedentes sustituidos.

En cuanto se refiere al derecho de crédito, el ordenamiento estatuye la subrogación o 'transmisión de los derechos del acreedor a un tercero que le paga (art. 1666 C.C.) Supuesto que ha de extenderse a las demás formas de satisfacción del acreedor, como un efecto independiente del designio de las partes y del tercero, con miras a proteger los derechos de éste, en determinados casos que dentro de las consideraciones políticas y sociales de la norma imponen o aconsejan esta medida singular, y siempre sobre la base de la satisfacción del acreedor por parte de dicho tercero y de las circunstancias que antecedieron y rodearon el pago (art. 1668 pr. C.c.). O sea que para que opere la subrogación es menester el presupuesto general de la satisfacción del acreedor por un tercero y que dicha satisfacción esté prevenida con tal efecto por una norma, pues hay taxatividad legal. (2015, pp. 411-412).

Siguiendo a Ospina (2001), la subrogación no es más que la sustitución jurídica de una cosa por otra o de una persona por otra; y haciendo énfasis en el contrato de seguros, es el cambio de titular de derechos y acciones en contra del responsable del daño erogado al asegurado, cambio de sujeto que tiene como causa inmediata el pago de la indemnización que hace la aseguradora al respectivo asegurado y como causa remota la protección del principio indemnizatorio en materia de seguros.

En Francia, el artículo 1251,3 del Código Civil admite la figura de la subrogación legal dentro de esta parcela del Derecho (la del Derecho Común) al establecer que "la subrogación tiene lugar, de pleno derecho, en favor de aquel que, estando obligado con otros o por otros al pago de la deuda, tenía interés en extinguirla" (citado en Jaramillo, 2013, p. 26). Esta fórmula y el análisis que de la misma hizo en 1943 la Corte de Casación francesa fueron lo que posibilitó a las aseguradoras francesas implantar la acción de subrogación sin necesidad de una normatividad especial, a diferencia de lo que sucede en Colombia (Jaramillo, 2013).

En Colombia la subrogación está definida por el artículo 1666 del Código Civil como "la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero que paga" y es desarrollada por los artículos 1667 y 1668 donde se consagran los tipos de subrogación, así como algunos casos de subrogación legal (Código Civil, 2019). Por otra parte, el Código de Comercio en el artículo 1096 introduce la institución de la subrogación como una figura intrínseca dentro del contrato de seguro que a la letra dice:



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 pudieran hacer valer contra el damnificado. (Código de Comercio, 2019).

Esta figura es, en principio, aplicable únicamente a los seguros de daños ya que el artículo 1139 del Código de Comercio proscribía esta acción del asegurador dentro de los seguros de personas al afirmar que dicha figura no será aplicable a este tipo de seguros. Esta norma jurídica (el artículo 1096) es el único sustento que habilita al asegurador para ejercer la acción de subrogación frente al tercero civilmente responsable, puesto que, a diferencia de lo ocurrido en el Derecho Francés, no es posible para el asegurador acudir a la subrogación civil para lograr el pago por parte del causante del siniestro.

Así pues, si hemos dicho que subrogar es sustituir, es posible afirmar que el efecto de dicha acción consiste en que:

Un sujeto sustituye a otro en la misma posición jurídica que este ocupa o, por lo menos que le estaba destinada sea en la titularidad del derecho o de la obligación, sea en el ejercicio del derecho o en el cumplimiento de la obligación sin que el título jurídico de sujeto que subentra sea necesariamente unido por un nexo derivativo al título del sujeto precedente. (Betti, 1962, p. 253).

### **1.3 NATURALEZA JURÍDICA DE LA SUBROGACIÓN**

La subrogación tiene su génesis en el pago que realiza un tercero al acreedor de la obligación que le es debida por otro. Según el artículo 1626 del Código Civil y por mandato del artículo 1630 el pago puede efectuarse por cualquier persona distinta del deudor a su nombre y aún sin su autorización, salvo las excepciones consagradas en la ley, verbigracia las obligaciones *intuitu personae*. Así lo dispone la norma en el artículo 1887:

Puede pagar por el deudor cualquiera persona a nombre de él, aun sin su conocimiento o contra su voluntad, y aun a pesar del acreedor. Pero si la obligación es de hacer, y si para la obra de que se trata se ha tomado en consideración la aptitud o talento del deudor, no podrá ejecutarse la obra por otra persona contra la voluntad del acreedor. (Código Civil, 2019).

Se sigue, como estipula el artículo 1887, que el pago es un modo de extinguir las obligaciones, cualquiera que sea la persona que lo realice, salvo excepciones (Código Civil, 2019); es decir, que a pesar de que el pago usualmente extingue la acreencia, estando presente la acción de subrogación ocurre un cambio del titular que tiene derecho a exigir tal redención.

Ahora bien, al cuestionarnos sobre la naturaleza jurídica del pago con subrogación, o de la acción subrogatoria como tal, nos encontramos con una larga discusión doctrinal al respecto puesto que, tal como referencia Guillermo Ospina Fernández (2001), esta figura no puede ser tomada como un pago propiamente dicho puesto que este es concebido como un modo de extinguir las obligaciones y todos sus elementos accesorios como son los privilegios, las garantías reales y personales, entre otros, mientras que en la figura del pago con subrogación se conserva integralmente el vínculo de la obligación con los elementos accesorios ya mencionados, cambiándose únicamente al acreedor satisfecho por la persona que ha realizado el pago de la obligación.

He ahí la razón por la que muchos estudiosos del Derecho han intentado asemejar esta figura, en su naturaleza, a otras como la novación, la cesión y el pago-cesión; no obstante, como bien señala el mismo Guillermo Ospina (2001), dichos intentos resultan inanes puesto que parecen suponer que el pago hace las veces de una ficción bajo la cual subyace un acto jurídico diferente, cuando lo cierto es que, tal como se explicó en acápites previos, esta figura es independiente de las otras y se ha forjado a través de los años, tomando como punto partida algunas figuras del Derecho Romano.

Es preciso remarcar, además, que la doctrina considera esta figura como una institución especial de orden público, hecho que puede afirmarse de acuerdo con los preceptos que jurisprudencial y doctrinalmente se han emitido acerca de tal figura. Según lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 04 de marzo de 1977, para que se ejerza la presente acción “no es menester la previa convención al efecto entre este y aquel, sino que la subrogación se produce por el solo ministerio de la ley: pagada la indemnización por el asegurador, la subrogación se realiza aun contra la voluntad del asegurado”, de lo cual se concluye que esta acción es una facultad que, con fines de política legislativa, se le ha conferido a las aseguradoras pues el legislador de manera imperativa ha establecido que el asegurador se subrogará por mandato de la ley.

Habiendo analizado la naturaleza general de la subrogación, es preciso referirse a las diferentes clasificaciones que de ella contempla la ley.

### **1.3.1 Subrogación convencional**

Hace referencia a aquella acción subrogatoria que nace a partir del acuerdo de voluntades entre el deudor y el tercero que paga, esto es, para el tema que nos colige, entre la entidad aseguradora y el asegurado. Esta subrogación es tratada por el legislador en el Código Civil, artículo 1669, en los siguientes términos:

Se efectúa la subrogación, en virtud de una convención del acreedor, cuando éste, recibiendo de un tercero el pago de la deuda, le subroga voluntariamente en todos los derechos y acciones que le corresponden como tal acreedor; la subrogación en este caso está sujeta a la regla de la cesión de derechos, y debe hacerse en la carta de pago. (Código Civil, 2019).

William Gaviria (1989) señala que, al tenor de dicho artículo, son requisitos para que opere la subrogación convencional, puesto que son requisitos para la cesión de derechos, los siguientes:

- a. El consentimiento del acreedor;
- b. Que el pago sea hecho por un tercero;
- c. Que la subrogación se haga al tiempo del pago obrando en la carta justificativa del mismo;
- d. Que se le notifique al deudor.

Este tipo de subrogación, empero, no se aplica para el caso de la acción de subrogación en el contrato de seguros, tal como es afirmado por diversos autores, entre ellos José Efrén Ossa. Según Ossa (1991), en el caso del artículo 1096 del Código de Comercio se está frente a la figura de la subrogación legal y no convencional; ello se explica por la acción del legislador cuando afirma que el asegurador que pague una indemnización se subrogará por ley, dejando en evidencia el hecho de que la subrogación aplicable es la legal y no la convencional. Unido a esto, en lo tocante al contrato de seguros, “la subrogación convencional no es admitida en derecho colombiano. El único mecanismo autorizado al asegurador es la subrogación legal” (Jaramillo, 2013, p. 43).

### **1.3.2. Subrogación personal**

Dice Arturo Valencia Zea que “hay lugar a ella en todos los casos en que una persona reemplaza a otra en uno o más derechos u obligaciones. Aquí la expresión subrogación, de uso más bien reciente, equivale a la de sucesión que fue la empleada por los romanos” (1974, p. 354). Se trata de una clasificación más general dado que no hace referencia al fundamento de la subrogación sino a la materia de esta, es decir, al objeto sobre el cual recae la subrogación o sustitución. Para los efectos del contrato de seguro, la subrogación personal hace alusión a la persona que es sustituida, esto es, a la subrogación del asegurador en los derechos del asegurado.

### **1.3.3. Subrogación real**

En el campo de las obligaciones tiene lugar cuando, sin mediar novación, el derecho crediticio correlativo a la deuda se satisface con una prestación distinta de la debida.

Así, es ejemplo típico de la subrogación real el de la indemnización compensatoria por el incumplimiento de una obligación. La prestación objeto de esta es reemplazada por la indemnización que satisface, por equivalencia, el derecho del acreedor. Otro tanto sucede en la obligación facultativa cuando se paga la prestación liberatoria autorizada para el efecto (*in facultate solutionis*), en vez de la prestación debida (*in obligatione*) (Valencia, 1974). Esta clasificación, al igual que la personal, concierne también al objeto de la subrogación y no al fundamento que posibilita la misma.

En materia de seguros, el artículo 1101 del Código de Comercio consagra una subrogación "real" en virtud de la cual la indemnización a cargo de los aseguradores se subrogará a la cosa hipotecada o dada en prenda en aras de radicar sobre ella los derechos reales del acreedor hipotecario o prendario. De allí que, en caso de pérdida o daño de la cosa afectada, el acreedor pueda hacer efectiva su acreencia sobre el importe de la obligación a cargo del asegurador. En este caso el acreedor hipotecario o prendario no es asegurado ni beneficiario del seguro sobre la cosa (Código de Comercio, 2019).

#### **1.3.4. Subrogación legal**

Este tipo de subrogación es el que opera de forma automática por mandato de la ley, sin necesidad de que se ponga de presente el consentimiento del acreedor (Gaviria, 1989). Esta clasificación de la acción subrogatoria o del pago con subrogación se encuentra consagrada en el artículo 1668 del Código Civil, el cual textualmente reza:

Se efectúa la subrogación por el ministerio de la ley, y aún contra la voluntad del acreedor, en todos los casos señalados por las leyes y especialmente a beneficio:

- 1º) Del acreedor que paga a otro acreedor de mejor derecho en razón de un privilegio o hipoteca.
- 2º) Del que habiendo comprado un inmueble, es obligado a pagar a los acreedores a quienes el inmueble está hipotecado.
- 3º) Del que paga una deuda a que se halla obligado solidaria o subsidiariamente.
- 4º) Del heredero beneficiario que paga con su propio dinero las deudas de la herencia.
- 5º) Del que paga una deuda ajena, consintiéndolo expresa o tácitamente el deudor.
- 6º) Del que ha prestado dinero al deudor para el pago, constando así en escritura pública del préstamo, y constando además en escritura pública del pago, haberse satisfecho la deuda con el mismo dinero. (Código Civil, 2019).

La subrogación legal, como se esbozó en acápites anteriores, es aquella que en materia de seguros se aplica para el caso colombiano. El artículo 1096 del Código de Comercio hace referencia a la misma en los siguientes términos:

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. Habrá también lugar a la subrogación en los derechos del asegurado cuando éste, a título de acreedor, ha contratado el seguro para proteger su derecho real sobre la cosa asegurada. (Código de Comercio, 2019).

La subrogación del contrato de seguros posee una característica especial ya que, si bien a primera vista puede parecer que se da en razón del pago que un tercero hace de una obligación ajena, lo cierto es que no es así puesto que el pago de la indemnización efectuado por el asegurador no es realmente el pago de la deuda de un tercero (el responsable del siniestro o daño), sino el pago de una obligación propia que se adquirió en virtud de la celebración del contrato de seguros.

Esta es la interpretación que ha acogido la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, en sentencia del magistrado ponente José Fernando Ramírez Gómez del día veintitrés (23) de septiembre de dos mil dos (2002), en la cual se dice:

(...) Por supuesto que el artículo 1096 del Código de Comercio, constituye un caso de subrogación legal, porque cuando la aseguradora paga el valor de la indemnización no está pagando deuda ajena, sino que está cumpliendo su propia prestación. Ciertamente, dijo la Corte en sentencia de 23 de septiembre de 1993, “la obligación de reparación a cargo del autor del daño tiene como causa su hecho ilícito generador de responsabilidad civil (contractual o extracontractual, según el caso), mientras que la obligación de indemnizar por parte del asegurador halla su causa en el contrato de seguro. Es decir, que el asegurador que paga indemniza al asegurado, cumple al hacerlo con una obligación propia, surgida de ese contrato sinalagmático celebrado con el asegurado, indemnización que es la prestación a que se encuentra obligado y para cubrir la cual el asegurado, a su turno, se obligó al pago de una prima cuya tarifa se determina en proporción de la suma asegurada. De ninguna manera puede entonces predicarse que el asegurador, al pagar al asegurado cumple una obligación que le es ajena, la del tercero que debe la reparación del daño causado por el hecho ilícito que se le imputa, ya a título de responsabilidad civil contractual, ora a título de responsabilidad civil extracontractual (...). (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 6581, 2002).

En palabras de Mateo Peláez (2019), la acción de subrogación ejercida por el asegurador frente al tercero responsable del siniestro o del daño tiene como fundamento únicamente el artículo 1096 del Código de Comercio, toda vez que la situación fáctica no encaja con ninguno de los seis numerales tratados por el artículo

1668 del Código Civil. Es posible, por tanto, inferir de esto último que la existencia del artículo 1096 y de la acción subrogatoria del asegurador es el mecanismo que efectivamente limita la posibilidad del asegurado de reclamar, a la vez, las indemnizaciones tanto del asegurador como del tercero responsable del daño o siniestro, ya que ambas son derivadas de hechos diferentes: la primera surge del contrato de seguros, mientras que la segunda se deriva de la responsabilidad civil del tercero.

Esta acción del asegurado de reclamar ambas indemnizaciones se encuentra limitada, al menos en los seguros de daños, en razón del principio indemnizatorio del contrato de seguros.

#### **1.3.4.1 Del principio indemnizatorio**

El contrato de seguros de daños tiene como único concepto “(...) la reparación del daño patrimonial sufrido por el titular del interés asegurable como consecuencia del siniestro, restablecer su equilibrio económico roto por la realización del riesgo asegurado e indemnizarlo (...)” (Ossa, 1991). Este es el principio indemnizatorio que rige el contrato de seguros y que es característica esencial del mismo, al menos, en lo referido a los seguros de daños, tanto patrimoniales como reales, tal como lo expresa Andrés Ordóñez (2002). Este principio está recogido por el ordenamiento jurídico en el artículo 1088 del Código de Comercio que frente a los seguros de daño estipula que “(...) serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento (...)” (Código de Comercio, 2019).

Al decir del profesor José Efrén Ossa (1991), la necesidad del principio indemnizatorio obedece al hecho de que su inexistencia representaría un estímulo para la provocación del siniestro, pues si los tomadores – asegurados pudiesen enriquecerse mediante la indemnización derivada de la suscripción de un contrato de seguros, muchos de ellos tenderían a la provocación de siniestros para lograr dicho enriquecimiento; si bien es cierto que el asegurador no está obligado al pago de la indemnización cuando el siniestro es causado por la intencionalidad del tomador – asegurado, esta intención debe ser probada y la realidad demuestra que dicha prueba es, cuando menos, problemática.

Adicionalmente, continúa exponiendo Ossa (1991), la existencia del principio indemnizatorio evita que se presente especulación con el contrato de seguros por parte de los asegurados. De esta forma se previene la tentación del tomador-asegurado de celebrar contratos de seguro sin interés asegurable o con un interés asegurable mayor al real con el fin de “apostar” con el asegurador sobre la ocurrencia del siniestro de forma tal que, de llegar a concretarse, este último tuviese que pagar una indemnización sobre un interés inexistente total o parcialmente.

Respecto a este principio, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 21 de agosto de 1978, con ponencia del magistrado Germán Giraldo Zuluaga, señaló que:

(...) El contrato de seguro de daños, según desde el ángulo que se le mire, es meramente indemnizatorio de todo o parte del perjuicio sufrido por el asegurado, o puede entrañar ganancia, pero sólo para el asegurador. Tal la razón para que el tomador, en caso de presentarse el riesgo, no pueda reclamar del asegurador suma mayor que la asegurada, así el daño haya sido superior, ni cifra que exceda del monto del daño, aunque el valor asegurado fuese mayor. El asegurado logra así, a través del contrato de seguro, la posibilidad de obtener la reparación del detrimento que sufra en su patrimonio a causa del acaecimiento del siniestro; su aspiración no puede ir más allá de alcanzar una compensación del empobrecimiento que le cause la ocurrencia del insuceso asegurado; el contrato le sirve para obtener una reparación, mas no para conseguir un lucro.

Por el mismo motivo expuesto, tampoco puede el asegurado, cuando contrató con varios aseguradores la protección del mismo interés asegurable respecto del mismo riesgo, exigir a cada uno el pago del mismo daño, pues siendo para él el seguro de daños contrato de mera indemnización, en el caso de pluralidad o de coexistencia de seguros, los aseguradores sólo estarán obligados a resarcirle el perjuicio sufrido "en proporción a la cuantía de sus respectivos contratos", como expresamente lo impera el artículo 1092 *ibídem*, y siempre que haya contratado de buena fe.

Repítase, entonces, que el asegurado tiene derecho al pago del siniestro, así: si la suma asegurada es superior al valor real del interés asegurado en el momento del siniestro, o al del monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido, sólo tendrá derecho a este último; pero si la suma asegurada resulta ser la inferior, entonces no podrá reclamar más, pues ella determina el límite cuantitativo de la responsabilidad del asegurador. La cuantía del perjuicio que sufra el asegurado, si no excede de la suma asegurada, determina el monto de la indemnización que debe pagar el asegurador (...). (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 1978).

Ahora bien, este principio indemnizatorio, como apunta el profesor Hernán Fabio López Blanco (2014), no es, en nuestro ordenamiento jurídico, aplicable a los seguros de personas, puesto que esta clase de seguros, por regla general, no posee un contenido económico, ya que no puede asignársele un valor objetivo a los daños cubiertos por este tipo de contratos. Existen, por supuesto, excepciones a esta regla, tal como la estipulada por el artículo 1140 del Código de Comercio; en él se consagra que "los amparos de gastos que tengan un carácter de daño patrimonial, como gastos médicos, clínicos, quirúrgicos o farmacéuticos tendrán carácter indemnizatorio y se regularán por las normas del Capítulo II cuando estas no contraríen su naturaleza" (Código de Comercio, 2019).

En el ámbito de la subrogación, esta figura opera como un mecanismo protector del principio indemnizatorio ya explicado, lo cual se comprueba al revisar lo preceptuado por el artículo 1139 del Código de Comercio, el cual proscribía la acción subrogatoria de los seguros de personas, afirmando tajantemente que “la subrogación a que se refiere el artículo 1096 no tendrá cabida en esta clase de seguros” (Código de Comercio, 2019).

Esta conclusión es plenamente congruente con la especialidad propia de la acción de subrogación del contrato de seguro, en tanto que allí se encuentra su verdadero sentido, alejándose de la subrogación civil y pasando, por ello, a desempeñar una triple función. En primer lugar, da cumplimiento cabal a lo preceptuado por el principio indemnizatorio descrito en este acápite. Seguidamente, procura que sea respetado el principio fundante de la responsabilidad civil, el cual dicta que todo aquel que por acción u omisión cause un daño a otro está obligado a resarcirlo (Tamayo, 2013); en este caso se paga al asegurador, sin embargo, este ya ha cubierto los perjuicios causados por el tercero responsable, aunque la fuente de su obligación sea diferente. Además, en virtud de la subrogación, el asegurador tendrá frente al responsable una acción en responsabilidad civil, contractual o extracontractual, subjetiva u objetiva; y en tercer lugar, como consecuencia de lo anterior, se previene un detrimento grave del patrimonio de la entidad aseguradora, el cual se protege en la medida de su pago efectuado.

Una vez estudiadas la naturaleza y la clasificación que dan vida a la subrogación del asegurador en materia de seguros, es menester analizar los presupuestos para que esta pueda, en efecto, ejercerse.

#### **1.4 PRESUPUESTOS PARA QUE OPERE LA SUBROGACIÓN**

El artículo 1096 del Código de Comercio establece tres requisitos para que opere esta figura del derecho, a saber: que exista un contrato de seguro válido, que el asegurador realice el pago válido de la indemnización y que no esté prohibida la subrogación.

Respecto al contrato de seguro, más que hablar de su vigencia o validez al momento del siniestro, debe hablarse de la efectiva cobertura del siniestro por dicho contrato de seguro, de suerte que si limitamos la discusión a la vigencia en sentido estricto, se dejarían por fuera los seguros que cuentan con sistemas de descubrimiento y reclamación traídos por la ley 1389 de 1997, limitando la subrogación, únicamente, a los seguros que operan bajo la modalidad de ocurrencia.



Si el siniestro, cualquiera sea su modalidad, no cuenta con una efectiva cobertura por parte de un contrato de seguro al momento de su ocurrencia, el tercero responsable podría proponer al asegurador la excepción de pago de lo no debido, en cuyo caso se negaría la acción del asegurador, pero reviviría la posibilidad del asegurado de ir en contra del tercero responsable del daño para obtener la indemnización de sus perjuicios, ya que el pago recibido por parte de la entidad aseguradora se habría excedido los parámetros necesarios para limitarla.

El pago, a su vez, supone dos asuntos de suma importancia: por un lado, que se constate efectivamente el pago de la aseguradora al asegurado y por el otro, que tal pago sea válido, es decir, que se haya realizado dentro de los límites contractuales que la póliza de seguros establece a la aseguradora para actuar. En ese sentido, se incurriría en un pago inválido cuando la aseguradora hace el pago al asegurado por un concepto que no se incluye en el contrato de seguro, o también cuando la aseguradora hace un pago que excede los límites a los cuales ella estaba obligada, entre otros.

Sobre el pago como presupuesto ha dicho la doctrina internacional que:

La exigencia según la cual el “*solvens*” debe estar obligado con otros o para otros, es imperativa (...) Si el asegurador ha pagado, a pesar de no estar obligado a ello, no se subroga legalmente, por ejemplo si la póliza había sido resiliada, o si ha pagado al tercero afectado, a pesar de que el asegurado no era responsable o si liberó al asegurado de su obligación por mera liberalidad o a título comercial. (Bigot et al, 2011, pp. 1147-1148).

Al hablar de ‘no prohibición de la subrogación’, se hace referencia al hecho de que los supuestos fácticos que dieron lugar al pago de la indemnización por parte de la aseguradora, no pueden encajar dentro de aquellos supuestos que el legislador había preceptuado como proscritos de la acción de subrogación, a saber, los seguros de personas (artículo 1039 del Código de Comercio), los supuestos contemplados en el artículo 1099 del Código de Comercio, y los demás contemplados por la legislación civil o mercantil.

La explicación que hemos hecho de lo que se entiende por subrogación nos permite dirigir ahora la atención hacia la noción de la prueba y sus diversas implicaciones. Es a través de la prueba y de su estudio que pretendemos dar solución a la problemática alrededor de la cual gira este escrito, puesto que partimos de la idea de que la prueba es el elemento neurálgico del ámbito procesal del derecho; es precisamente allí donde adquiere sentido el popular adagio: “*dame la prueba y te daré el derecho*”.

## 2. LA PRUEBA

### 2.1 DEFINICIÓN

La prueba, conforme a la definición que trae el diccionario de la Real Academia Española consiste en “justificar, manifestar y hacer patente la certeza de un hecho y la verdad de una cosa con razones, instrumentos o testigos” (RAE, 2018). A su vez Carnelutti, enfocándose en la prueba judicial, afirma que es el “conjunto de las normas jurídicas que regulan el proceso de fijación de los hechos controvertidos” (2000, p. 44).

El reconocido doctrinante Hernando Devis Echandía (2012), recalcando la vitalidad de la prueba, afirma que “la administración de justicia sería imposible sin la prueba, lo mismo que la prevención de los litigios y la seguridad en los propios derechos y en el comercio jurídico en general”. Consecuentemente, el legislador establece en el artículo 164 del Código General del Proceso (2015) que “toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. (...)”. La prueba se constituye, por tanto, en un elemento neurálgico dentro del proceso judicial; ello es así pues al ser conducente, pertinente y útil, lleva al juez a convicción para que este falle conforme a las pretensiones incoadas. No debe olvidarse, además, que comúnmente el juez no se encuentra frente a los hechos controvertidos por las partes, sino ante versiones que las mismas partes intentan dotar de validez a través del ejercicio probatorio; de allí que la parte que mejor articule el derecho sustancial, procesal y probatorio resulte triunfadora en el proceso.

Queda claro que el objeto de prueba es el hecho, aquello que se busca demostrar para resolver una determinada controversia jurídica sobre la existencia de derechos u obligaciones (Peña, 2007). En el caso que nos compete, se trata de la posibilidad de ejercer la acción de subrogación por parte de la entidad aseguradora. Así, de nada sirve que una norma sustantiva como el artículo 1096 del Código de Comercio valide la acción de subrogación del asegurador si no se tiene certeza acerca del trámite probatorio que debe surtir para probar que los presupuestos de la acción tuvieron lugar realmente y que, por ende, es posible aplicar lo dictaminado por la citada norma sustantiva.

El presente acápite procura, en primer lugar, ahondar en el estudio de los principios y las teorías de la prueba; en segundo lugar, pretende aplicarlos a los presupuestos de la acción subrogatoria en busca elementos de juicio suficientes que permitan realizar un análisis sobre el tratamiento que las altas Cortes de nuestro país le han dado al problema planteado.

## **2.2 PRINCIPIOS GENERALES DE LA PRUEBA**

La prueba, como el derecho en general, se rige por principios que reglan su fundación, interpretación y ejecución. Estos principios han de servir al juez para valorar las pruebas aportadas por las partes en el proceso de subrogación, desempeñándose como filtros de los hechos que allí se pretenden demostrar.

En palabras de Gregorio Peces-Barba, “los principios, los valores y los derechos (...) no se imponen a la colectividad desde su verdad, desde la racionalidad, sino que los imponen los operadores jurídicos desde su autoridad” (1997, pp. 11-16). Para que dicha autoridad pueda ser ejercida, es necesario que se ponga en marcha el aparato judicial, el cual únicamente puede operar de forma adecuada si se tienen los suficientes elementos probatorios que cumplan con el marco de principios establecidos para su actividad, es decir, para lograr que el proceso jurisdiccional llegue a un final efectivo: una sentencia que componga de fondo el litigio entre las partes.

Ahora bien, los principios deben entenderse también como garantes de derechos, toda vez que se encargan de velar por la efectiva, justa y debida aplicación de la intención fundante del legislador en cada norma, que tiene como beneficiario final a las personas jurídicas o naturales. Los principios probatorios cumplen con una función delimitadora respecto a la interpretación y valoración que los operadores jurídicos hacen de la actividad probatoria puesto que, al conformar el marco general que rige una parcela del derecho, sirven como delimitaciones al ejercicio de la interpretación judicial, asegurando así que los derechos que buscan fundamentarse con dicha actividad no puedan ser desconocidos por el incorrecto ejercicio interpretativo por parte de los agentes judiciales.

Los principios que se enunciarán a continuación son comunes a toda la interpretación de la teoría general de la prueba y sirven como fundantes de la misma, actuando, además, como punto de referencia para aplicar los supuestos necesarios para el ejercicio de la acción de subrogación por parte de las entidades aseguradoras.

### **2.2.1 Principio de necesidad de la prueba**

Este principio ha sido incorporado a nuestro ordenamiento por el artículo 164 del Código General del Proceso, el cual consagra que “toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho” (Código

General del Proceso, 2015). Así, este principio especifica que toda sentencia (forma en que se expresan las decisiones judiciales) debe tomar como sustento inmediato los medios de prueba que son allegados al proceso por las partes, impidiéndole al juez tomar como base de su motivación cualquier otro elemento ajeno a estos.

Este principio supone la necesidad de rodear la prueba de formalidades que permitan una decisión judicial apartada de cualquier subjetivismo o conocimiento privado del juez, logrando así que haya un equilibrio justo entre una formalidad que dé seguridad y una discrecionalidad que permita, según el caso, concretar el derecho a los supuestos y requerimientos dados hacia la consecución de una óptima decisión judicial.

Lo anterior significa que sin importar qué tan clara sea la ley o la normatividad vigente, el operador judicial no está facultado para dictaminar el fallo sin contar con el suficiente material probatorio, debidamente aportado y allegado al proceso, que justifique tal decisión. En el caso particular de la subrogación, más allá de que la acción del asegurador dada por el artículo 1096 del Código de Comercio sea legal y automática, esta no puede operar sin que antes sean probados, a través de los medios idóneos y bajo los tiempos y formas procesales adecuados, los presupuestos necesarios para tal operación; es decir, que sin que sea probada la cobertura del contrato y el pago del asegurador no puede operar la acción, al margen de si estos en realidad existieron o no.

### **2.2.2 Principio de formalidad y legitimidad de la prueba**

Según lo declara Devis Echandía, este principio postula dos aspectos necesarios para que la prueba tenga validez, es decir, que la prueba que se pretende allegar al proceso debe cumplir con dos tipos de requisitos para ser efectivamente valorada por el operador judicial, a saber: requisitos intrínsecos y requisitos extrínsecos. De acuerdo con Midón (2007), los primeros hacen referencia a la necesidad de que dichos medios de prueba estén libres de vicios y de inmoralidad, y los segundos atienden a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que son recogidos y aportados los medios de prueba.

Respecto a este principio, Jaime Soto Gómez se expresa en los siguientes términos:

La legitimidad mira un aspecto subjetivo de la prueba y la formalidad uno objetivo, y corresponden a un capítulo de requisitos intrínsecos y extrínsecos de los actos de prueba, requisitos de los cuales el de la legitimidad es intrascendente si el juez puede decretar pruebas de oficio, pues decretar una a petición de parte no legitimada equivale a decretarla de oficio. (Soto, 1985, p. 55).

Este principio del derecho probatorio existe como respuesta a la necesidad de crear ciertos formalismos para la actividad probatoria que busquen garantizar la imparcialidad del juez y el cumplimiento de otros principios como el principio de necesidad. Esto explica que sea incorporado a nuestro ordenamiento en el mismo artículo correspondiente al principio de necesidad de la prueba. Este artículo, el 164 del Código General del Proceso, además de consagrar que toda decisión judicial debe basarse en elementos probatorios, establece que tales elementos probatorios han de ser “regular y oportunamente allegados al proceso” (Código General del Proceso, 2015).

### **2.2.3 Principio de legitimación de la prueba**

Este principio se deriva del principio anterior y, en consonancia con él, dictamina que la prueba allegada a un proceso debe ejecutarse por el sujeto que esté legitimado para ello. Para el caso de la acción de subrogación dicho sujeto es la entidad aseguradora que cumpla con los siguientes requisitos: que sea parte de un contrato de seguro válido, que haya realizado un pago válido de la indemnización y que la subrogación para ese caso no le sea prohibida.

### **2.2.4 Principio de la originalidad de la prueba**

Este principio apunta a la selección de los medios idóneos para el trámite de cada hecho, indicando a las partes su deber de aportar al proceso las pruebas concretas, los medios probatorios y las fuentes originales e inmediatas que posibiliten al juez la apreciación más directa posible de los acontecimientos que se narran en el proceso (Ramírez, 2005).

Este principio no debe confundirse con el sistema probatorio de tarifa legal; el principio de originalidad, aunque busca que se realice una selección de los medios de la prueba y así aportar al proceso aquellos que sean más idóneos y próximos a los hechos, no singulariza tales medios, de modo que uno de ellos sea tenido como único medio de prueba aceptable para la demostración del hecho, situación que es propia del sistema de tarifa legal. Dicho de otra manera, el principio de originalidad de la prueba es completamente compatible con el principio de libertad probatoria, mientras que el sistema de tarifa de legal es su antítesis.

En el contexto de la acción de subrogación, este principio adquiere relevancia toda vez que el artículo 1096 del Código de Comercio no especifica la forma en la cual deban probarse los presupuestos necesarios para que dicha figura opere, por lo cual es deber del asegurador aportar los medios de prueba más idóneos para su acreditación. Este hecho genera cierta inseguridad jurídica a la hora de ejecutarse

la subrogación. Sobre este punto volveremos en el apartado dedicado al análisis jurisprudencial del problema.

### **2.2.5 Principio de libertad probatoria**

Devis Echandía afirma que “es indispensable otorgar libertad para que las partes y el juez puedan obtener todas las (pruebas) que sean pertinentes” (2012). El principio de libertad probatoria encuentra su razón fundante en el objetivo de que la decisión judicial tomada por el juez tenga lugar con base en hechos debatidos durante el proceso.

Este principio, empero, no es absoluto. Sus limitaciones se expresan en tres supuestos: en primer lugar, cuando por motivos morales la ley no permite que ciertos hechos se investiguen, tal prueba no puede ser obtenida; en segundo lugar, cuando resulta inútil el ejercicio probatorio dado que ya existe una presunción legal frente al hecho; y finalmente, cuando la prueba resulta ilegal, debido a un mandato legal que establece una prohibición frente a la misma.

La doble connotación del principio de libertad probatoria hace referencia, por un lado, a la libertad de los medios de prueba, que implica una no limitación de los medios admisibles para probar los hechos, siendo el juez el encargado de determinar si el medio probatorio empleado es conducente, pertinente y útil para el proceso y la veracidad del hecho que se alega; Por otro lado, la segunda connotación del principio gira en torno a la libertad del objeto de la prueba, de suerte que puede probarse todo hecho que de una u otra manera influya en la potencial decisión del juez.

En palabras de Eugenio Florian, la gran relevancia de este principio radica en que:

La averiguación de la verdad debe desarrollarse sin obstáculos preestablecidos y artificiales (...) La averiguación de la verdad material exige que se pueda conseguir la utilización de los órganos y medios de prueba, y que se obtenga de ellos el rendimiento más efectivo, sin que intereses de las partes opongan obstáculos o limitaciones o intervengan para disminuir ese rendimiento. (Florian, 2002, p. 224).

El fin perseguido es el de no vulnerar los derechos de las partes, dotándolas de las facultades y medidas necesarias para ejercer su derecho a probar y contradecir en medio del proceso judicial; este derecho fundamental debe ser otorgado para que, más allá de la verdad, las pretensiones probatorias de las partes sean satisfechas, toda vez que la verdad procesal está sujeta de todo tipo de discusiones

teñidas por el subjetivismo de las partes, con lo que aprehender de manera totalmente objetiva la esencia de los hechos se convierte en una difícil labor.

Aunque los mencionados principios no son los únicos que existen entorno al derecho probatorio, sí son los que de forma más clara y directa influyen en el problema aquí planteado. Cada uno actúa como norma programática o directriz, en cuanto orienta la labor del juez a la consecución de los fines que el propio principio postula. De allí que, si bien el artículo 1096 del Código de Comercio establece una subrogación legal y automática, dicha acción en la práctica no opere de hecho, es decir, que primero debe ser decretada por un operador judicial (juez) al término del proceso jurisdiccional de cobro; ergo, los presupuestos para que opere han de ser probados dentro del mismo evento, haciendo posible la obtención de una sentencia favorable que permita la acción y, por lo mismo, que todos los elementos probatorios que se alleguen al proceso cumplan cabalmente con estos y los demás principios que rigen esta parcela del derecho, bajo la estricta lupa del juez.

Finalmente, si bien el ejercicio probatorio del asegurador al procurar la subrogación contra el tercero responsable del siniestro debe cumplir con los principios ya esbozados, ha de hacerse de forma tal que los derechos consagrados por la ley sustancial sean respetados y protegidos en su intención original. Allí los jueces y la ley parecen reñir al perderse claridad sobre la forma en qué deben probarse los presupuestos contenidos en el artículo 1096 y, por ende, se ingresa a un terreno de inseguridad jurídica donde el asegurador resulta perjudicado, como se explica a continuación.

### **2.3 RELACIÓN ENTRE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA PRUEBA CON LA ACCIÓN DE SUBROGACIÓN**

Los principios, como fue mencionado anteriormente, son iluminadores del sistema jurídico en general y su utilidad estriba en que son la base para el correcto funcionamiento de tal estructura, de ahí que sean indispensables al momento de evaluar las situaciones jurídicas que se presentan en la práctica. Se entiende, entonces, por qué la labor del abogado no debe verse limitada por la estructura normativa de un aspecto en concreto; todo lo contrario, la esencia social del derecho le impone la obligación de renovarse y adecuarse – o lo que sería mejor, adelantarse – a la evolución social, propósito para el que los principios generales y específicos de cada área del conocimiento son indispensables. En suma, invocamos esta serie de principios como herramientas optimizadoras que facilitan y orientan la función ejercida por el juez en su calidad de administrador de justicia.

En un primer lugar, el **principio de necesidad** desempeña un papel fundamental en el proceso de acreditación del pago, tanto en lo que concierne a su

existencia, como en lo que atañe a su validez. La entidad aseguradora debe certificar, por un lado, que efectivamente pagó una suma determinada de dinero al asegurado en calidad de indemnización, hecho que en la práctica no cuenta con directrices claras por parte de la ley o la jurisprudencia acerca de los medios por los cuales debe probarse, con lo cual se genera para las aseguradoras cierta inseguridad y falta de certeza jurídica al realizar el pago, viéndose obligadas a crear una serie de documentos diferentes para evitar que dicho pago sea desestimado por un operador judicial en un proceso posterior.

Por otro lado, la entidad aseguradora debe probar que dicho pago es válido, esto es, que se realizó de acuerdo con los parámetros preestablecidos por el contrato de seguro que lo cobija. Aunque en este asunto se tiene un poco más de claridad que en el anterior, dado que se parte de las condiciones estipuladas por la póliza de seguro, lo cierto es que no se tiene seguridad absoluta si tenemos en cuenta que dicha póliza sirve únicamente como referencia, subsistiendo la necesidad de acreditar la validez del pago en alguna de las circunstancias, condiciones o prerrogativas que se encuentren por fuera de la misma.

En segundo lugar, el **principio de formalidad y legitimidad de la prueba**, según el cual la prueba debe ser allegada al proceso acatando los mandatos legales – por ejemplo, aportarse en las oportunidades que según el Código General del Proceso se han dispuesto para ello –, permite estipular que los momentos procesales con que cuenta la entidad aseguradora son la demanda y la contestación a las excepciones de mérito cuando contengan hechos nuevos; se omiten otros momentos procesales dado que se parte del entendido de que la prueba que se allegará al proceso será documental, comprendiendo de antemano su sentido amplio.

En tercer lugar, se encuentra el **principio de originalidad de la prueba**, bajo el cual pareciera establecerse la línea de la prueba del presupuesto contractual de la acción de subrogación. Como quedará demostrado más adelante, la Corte Suprema de Justicia recurre a la póliza de seguro para dar solución a este aspecto tomándola, bajo el principio de la prueba originaria, como el medio idóneo para probar la existencia y cobertura del contrato de seguro.

Por último, nos preguntamos acerca de la relación entre el **principio de libertad probatoria** y la acción de subrogación. Si bien la ley señala que el contrato de seguros debe probarse por escrito o por confesión y para esto concibe la figura de la póliza como prueba idónea del mismo, la existencia del pago y su validez están determinadas por la libertad probatoria y, por ende, la entidad aseguradora puede echar mano de cualquier medio probatorio lícito y debidamente allegado al proceso para acreditar dicho presupuesto; no obstante, los lineamientos jurisprudenciales



parecieran encaminar los medios solo a unos cuantos, sin llegar a especificarlos, creando de ese modo un alto grado de inseguridad jurídica que desprotege a la entidad aseguradora en algunos puntos del ejercicio de la acción de subrogación.

A continuación se presenta un barrido jurisprudencial que recorre diferentes decisiones proferidas por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia acerca de la prueba de los presupuestos de la acción de subrogación en el contrato de seguros, en las cuales se evidencia la acogida de los principios previamente mencionados. Adicionalmente, brindaremos algunas consideraciones sobre tales decisiones judiciales, con el propósito de dilucidar más claramente el panorama actual del problema planteado.

### **3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL**

#### **3.1 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, MAGISTRADO PONENTE EDGARDO VILLAMIL PORTILLA, BOGOTÁ D.C., CATORCE (14) DE DICIEMBRE DE DOS MIL SEIS (2006)**

La Corte Suprema de Justicia, por medio del magistrado ponente Edgardo Villamil Portilla, dando solución al recurso de casación promovido por la Previsora S. A. Compañía de Seguros contra Colseguros S. A., reconoce a la primera como ente subrogado, declarando civilmente responsable a la sociedad demandada, que ocasionó una grave afectación puesto que estaba obligada a transportar un transformador eléctrico de 57 toneladas.

Para que opere la subrogación es necesario no solo el pago de la indemnización por parte del ente asegurador, sino también un contrato de seguros, de cuya prueba emana una facultad bifurcada, dado que probarlo habilita al demandante para poder subrogarse – como en el presente caso mediante la póliza de responsabilidad civil número 77563 – y por otro lado, el daño expresamente plasmado en el contrato será el que lo revista de validez, pues es preciso, además de haberse pagado, que este sea válido.

Como tercer elemento, la Corte reclama el resarcimiento del daño por parte de la aseguradora; y por último, que en virtud de un hecho o suceso pueda incoarse, por parte del asegurado, una acción de responsabilidad en contra del tercero responsable, puesto que es precisamente esta acción la que entrará a suplir la entidad aseguradora.

Ciertamente, el pago indebido comporta un impedimento a la subrogación, ya que recae sobre el ente asegurador comprobar quién es el llamado a recibirlo, pues aunque se cumpla con los requisitos antes expresados, efectuar el pago a quien no le es legítimo recibirlo contagia la facultad subrogativa de improcedencia. Luego, el pago y su prueba no son dinámicos, toda vez que corresponde al polo activo hacerlo si pretende acreditar su validez y dotarlo de legitimidad sustancial para demandar el derecho relativo a la subrogación; de lo contrario, bajo la lógica de la institución misma, no estaría liberándose *stricto sensu* de la obligación amparada en el contrato de seguro.

Aquí la Corte toca con detenimiento el tema de los presupuestos de la acción, agregando algunos elementos – por ejemplo, que del perjuicio se deba generar una acción para el asegurado – que no son precisamente nuevos, sino que se entendían cobijados dentro de los tres presupuestos explicados en acápites previos.

Otro punto de gran importancia tratado por la Corte en la presente sentencia es el de la carga probatoria que tiene el asegurador, dado que, en lo relativo a dichos presupuestos, debe probar tanto la existencia como la validez de los mismos, es decir, que además de demostrar que existió una cobertura de un contrato de seguros y un pago, debe también demostrar las circunstancias específicas de dicho contrato para determinar que el pago efectivamente se realizó bajo dicho marco.

La importancia de esta sentencia está dada por su demostración de que el pago de la indemnización no debe ser probado únicamente de forma objetiva, es decir, que no basta con que se pruebe un giro de dinero de una entidad aseguradora a un beneficiario, sino que tiene demostrarse por parte de la misma entidad aseguradora que dicho pago fue realizado dentro de los parámetros descritos por el contrato de seguros (materializado en la póliza que lo contiene). Sin embargo, el alto tribunal se queda corto al esbozar los medios probatorios que deben emplearse para lograr establecer dicha validez, pues si bien la parte actora intentó acreditar este elemento por medio de documentos que refieren una presunta cesión de derechos de la entidad beneficiaria original, la Corte estimó que estos no demuestran la legitimidad de la entidad que recibió el pago, sin hacer referencia a los elementos o medios de prueba que sí habrían resultado fructíferos para tal fin.

### **3.2 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, MAGISTRADA PONENTE RUTH MARINA DÍAZ RUEDA, BOGOTÁ D. C., VEINTE (20) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013)**

El 01 de abril de 2005, Lácteos Colanta sufrió una considerable pérdida cuando su mercancía fue robada durante el trayecto por bandas delincuenciales. La sentencia en cuestión, cuya ponente fue la magistrada Ruth Marina Díaz Rueda, contribuye a

desmentir la creencia aparente de que el pago es el único requisito para la subrogación y, adicionalmente, estipula que dicho pago debe realizarse a la luz de determinados criterios, derivados de lo expresamente pactado.

Dado que el contrato de seguro no se encontraba acreditado, surgió el problema de la imposibilidad de probarlo mediante otro medio diferente al documental, pese a la libertad probatoria; se intentó presentar sin éxito la confesión como medio probatorio efectivo, ya que asuntos como el riesgo asegurable, la determinación del riesgo amparado o la obligación condicionada de la aseguradora carecían de sustento y de asidero legal. El litigio, entonces, ya no radica en el contenido de la decisión sino en la falta de alcance de ella. En el caso contrario, cuando el medio de prueba obra en el expediente, el juez puede medir la influencia que tiene en la solución del caso.

De acuerdo con lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia, es la póliza de seguro la que permite acreditar eficazmente el requisito de contrato válido para que pueda otorgarse la facultad de subrogarse a la entidad aseguradora. Aparece, además, un tema que se convertirá en recurrente de ahora en adelante, a saber: la validez del pago en el contrato de seguro; a propósito la Corte expresa claramente cómo los presupuestos del contrato de seguros (o su cobertura, más exactamente) y el pago tienen una correlación vertical, es decir, que para analizar el pago, primero debe llevarse a cabo el examen del contrato con el objetivo de determinar las condiciones en que el primero debió realizarse. Precisamente, allí radican los motivos por los cuales la Corte no acepta la confesión o el testimonio como prueba respecto al contrato, teniendo en cuenta que resulta insuficiente para conocer los elementos específicos de cobertura que permiten conocer las circunstancias en que el pago debió efectuarse para ser considerado válido.

Ahora bien, a pesar de que el alto tribunal acierta en lo descrito inmediatamente antes, falla en la rigurosidad de la demostración del pago objetivo o transacción de dinero como tal, considerando que pareciera exigir que el pago deba ser acreditado y aceptado por el asegurado, hecho que a todas luces contraría el espíritu de la subrogación propio del artículo 1096 del Código de Comercio, en tanto que esta busca operar de forma automática, incluso sin el consentimiento del asegurado.

### **3.3 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, MAGISTRADO PONENTE JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ, BOGOTÁ D.C., NUEVE (09) DE OCTUBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y OCHO (1998)**

El 09 de octubre de 1998 se interpuso un recurso de casación en el que se declaró responsable a la empresa de transportes Luis Emilio Lara y a este solidariamente responsable como persona natural por el incumplimiento cometido; en el proceso,

fue Suramericana de Seguros S. A. quien asumió el riesgo indemnizando a Procesadores de Leche S. A.

En la práctica, los medios presentados sirven como ejemplo sólido para subrogarse y fueron esenciales para recobrar en beneficio de ellos lo pagado; se presentaron, entonces, los siguientes elementos: i) la póliza flotante No. 15596 expedida por Suramericana de Seguros, allegada en copia auténtica; ii) el certificado de seguro de transporte específico y recibo de prima expedido el 10 de noviembre de 1989, luego de acaecido el siniestro; iii) el anexo de la póliza que consagra la distribución del seguro contratado entre Compañía Suramericana de Seguros en un 70 % y la Compañía de Seguros Andina en un 30 %. Además de colegir una representación de las exigencias legales, evitaron que bajo ningún concepto fueran excepcionados por falta de legitimación en la causa, y aunque de hecho fueron excepcionados, se desestimaron de plano puesto que dichas excepciones apuntaban a decir que, si bien se había probado el contrato de seguros con la Compañía Suramericana de Seguros, no se tenía certeza sobre la celebración del mismo con la Compañía de Seguros Andina.

La citada decisión posee una gran injerencia en el tema analizado, puesto que en ella la Corte determina que no puede prosperar la excepción del demandado en la medida en que, si bien no se aportó la acreditación mediante póliza individual por parte de Compañía de Seguros Andina, sí se aportó el anexo de póliza que consagra la distribución del seguro contratado entre Compañía Suramericana de Seguros, en un 70 %, y la Compañía de Seguros Andina, en un 30 %, en las mismas condiciones que la suscrita por Suramericana, lo que resulta suficiente para comprobar la existencia del contrato de seguro con esta entidad.

Es, pues, una muestra clara de la exigencia que la jurisprudencia hace de la existencia de un documento que contenga todas las especificidades del contrato de seguros, documento que pareciera ser en todos los casos una póliza, ya sea individual o adherida por otra entidad, siempre que conserve las mismas condiciones y elementos esenciales del contrato.

Con relación al pago, la citada sentencia no analiza las circunstancias en que este se consumó, es decir, que no se cuestionan en sede de casación los medios que sirvieron para su acreditación y por tanto, la Corte no se pronuncia frente a ellos más que para enunciar que se allegó al proceso un comprobante de pago firmado por la parte asegurada, circunstancia que confirma a este último como el medio idóneo para acreditar tal presupuesto de forma objetiva.

### **3.4 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, MAGISTRADO PONENTE JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR, BOGOTÁ D. C., NUEVE (09) DE DICIEMBRE DE DOS MIL OCHO (2008)**

En esta ocasión, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, representada por el magistrado Jaime Arrubla Paucar, se refirió a un escenario en el que un grupo de aseguradoras demandaron, en su condición de subrogadas de la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá, a Concreto S. A por los daños ocasionados durante la construcción de la primera etapa de la canalización del Río Medellín. El juzgado acreditó la póliza haciendo uso de los recibos de cobro de la prima, los anexos y demás prórrogas referenciadas en su contenido a la póliza misma.

Con miras a la solidaridad pasiva, el sustanciador se refiere con claridad a los presupuestos para que exista la responsabilidad solidaria; son, a su entender, los poderes de dirección y control que se ejercen dentro del negocio. De este modo, determina que la responsabilidad de responder por los daños está en cabeza de quien posee los poderes para la dirección y el control del negocio, los cuales, para este caso en concreto, estaban radicados en una pluralidad de sujetos llamados a responder solidariamente.

Resalta el hecho de que la Corte otorgue validez a elementos probatorios tales como los recibos de cobro aportados al expediente judicial. Con ello queda delimitado el elemento al que el juez debe conceder validez para que la entidad aseguradora acredite el pago y, en consecuencia, pueda subrogarse. Nuevamente, se observa que la forma idónea para certificar la existencia real del contrato de seguros fue la póliza, acompañada de otra serie de documentos que tuvieron como fin probar la prórroga de dicha póliza y constatar que su cobertura continuaba vigente; no obstante, sin la póliza como fundamento de tales prórrogas habría sido imposible estimar probado el presupuesto del contrato de seguros.

Por último, en alusión al pago, no hay claridad sobre la forma en la cual este fue acreditado, teniendo en cuenta que la discusión giró en torno a si este era válido o no en función de la existencia de las prórrogas a la póliza del contrato de seguro suscrito entre las partes.

### **3.5 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, MAGISTRADO PONENTE WILLIAM NAMÉN VARGAS, BOGOTÁ D.C., OCHO (08) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL ONCE (2011)**

En un contrato de seguros de transporte, fruto de un viaje desde Houston hasta Cartagena, Suramericana de Seguros S. A. se subrogó en sus derechos ante los responsables del siniestro por la pérdida patrimonial sufrida. De allí nace una

situación que permite evidenciar los límites del pago, toda vez que no le es posible ir más allá del importe de la indemnización, dado que puede suceder por circunstancias diversas que no represente un resarcimiento del daño en su plenitud, generando así un enriquecimiento sin causa. En el caso concreto tratado por la Sala de Casación Civil de la Corte, empero, la estimación de la suma cancelada correspondió con la suma surtida por el conocimiento de embarque; su monto, por tanto, no se limita a ello, pues curiosamente se otorga una interpretación extensiva del artículo 1096.

De especial importancia es la mención que la Corte hace del pago por el cual se lleva a cabo la acción de subrogación, estableciendo que esta última no solo se limita al monto pagado por la aseguradora al beneficiario del contrato de seguro, sino que dicho monto no debió sobrepasar los límites del valor real del siniestro, es decir, que el límite de la subrogación no es únicamente el valor indemnizado, sino también el valor real del siniestro en los casos en que este sea menor al primero.

Si ello es así, entonces la carga probatoria respecto al pago recae sobre el asegurador o entidad que se subroga, quien debe probar que el pago realizado se hizo dentro de los límites de la póliza de seguro y, además, que no se hizo por un valor superior al que realmente tuvo la materialización del riesgo asegurable. Con todo, es evidente que no queda clara la forma en que dichos elementos han de ser probados.

### **3.6 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, MAGISTRADO PONENTE ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ, BOGOTÁ D. C., DIECISÉIS (16) DE DICIEMBRE DE DOS MIL DIEZ (2010)**

Respecto a la subrogación, la Corte Suprema de Justicia se expresa en la citada sentencia en los siguientes términos:

La subrogación que ella contempla depende de dos específicas circunstancias, a saber: la existencia de un contrato de seguro y que, por haber tenido ocurrencia el siniestro, el asegurador pague al asegurado la correspondiente indemnización. Con otras palabras, como ya había tenido oportunidad de especificarlo la Sala, este precepto reclama la existencia de un soporte básico, cual es el pago de una indemnización por parte del asegurador, a raíz de una póliza de seguro previamente expedida. (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 00012, 2010).

La presente sentencia da lugar al debate en torno a la subrogación como consecuencia del pago de la indemnización y de la subrogación como medio de pago. Ambas instituciones son propuestas en nuestra legislación como la transferencia de un derecho derivado, más no originario. Así las cosas, se infiere que la adquisición es siempre en razón de la ley y su resultado es la mutabilidad en

cuanto al sujeto en que recae; en suma, el derecho, aun siendo transferido, perdura objetivamente intacto, ya sea reposando en su título original o en el derivado.

En este sentido, el pago realizado por la entidad aseguradora es, en primer lugar, el acto derivado en razón de un contrato de seguro y, en segundo lugar, del daño erogado al asegurado, de suerte que ambos actos originarios originan y limitan el pago válido por parte de la aseguradora.

Finalmente, al afirmar la Corte que se requiere un “soporte básico para el pago de una indemnización por parte del asegurador, a raíz de una póliza de seguro previamente expedida”, sintetiza todo lo expuesto en este acápite, en tanto que deja ver que, por un lado, el alto tribunal identifica la póliza como prueba idónea del contrato de seguros pero que, por otro lado, debe acreditarse un pago en razón de dicha póliza. Sin embargo, no establece una prueba idónea para la efectiva acreditación de aquel presupuesto, a pesar de que en sus reiteradas decisiones pareciera dictar que debe hacerse mediante un documento que dé cuenta de un pago aceptado por la parte asegurada y que cumpla con los requisitos de validez presupuestos por el contrato de seguros.

#### **4. PRUEBA EFECTIVA DE LOS PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN DE SUBROGACIÓN**

Habiendo analizado ya la institución de la subrogación tanto en su forma como en materia de seguros, y tras haber recorrido algunos de los principios generales que se encargan de regir el derecho probatorio, es posible identificar ciertas líneas de respuesta a la pregunta inicialmente planteada. La norma se encarga de incorporar las figuras del contrato y el pago, pero la exposición que hace de ellas es insuficiente para establecer un parámetro riguroso de aplicación. Es allí cuando algunas fuentes del derecho como la jurisprudencia o la doctrina están llamadas a zanjar tales discusiones.

A la luz de lo dicho por la Corte, se reconocen varios presupuestos necesarios para que la acción de subrogación opere efectivamente, dos de ellos esenciales al momento de emprender el respectivo proceso de cobro, a saber: la existencia de un contrato seguros con cobertura vigente y la realización del pago de la indemnización válidamente efectuado.

En definitiva, frente a la acción de subrogación, la prueba gira entorno a dos aspectos: un contrato existente, válido y suficiente para cubrir los hechos y un pago que cumpla con estos mismos requisitos.

## 4.1 CONTRATO

Siguiendo a Hernán Fabio López Blanco (2014), podemos afirmar que “se probará la existencia del contrato de seguro allegando un ejemplar de la póliza respectiva, bien en copia o el original cuando está en poder del asegurador”. De lo anterior se desprende un primer parámetro: el contrato de seguro se prueba mediante la póliza, la cual debe allegarse al despacho judicial en original si lo tiene el asegurador o, en caso contrario, podrá aportarse la copia respectiva. Consecuentemente, el legislador establece en el primer inciso de artículo 246 del Código General del Proceso que “las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia” (2015).

Ahora bien, es preciso prevenir el error, bastante común, de confundir el contrato de seguros con la póliza, puesto que, tal como lo define nuestro Código de Comercio, el contrato de seguros es consensual y es suficiente para su existencia el acuerdo de voluntades acerca de los elementos esenciales de dicha convención.

A pesar de ser un contrato consensual, la ley consagra una limitación a la forma en que debe probarse su existencia, punto en el que adquiere importancia la póliza. Al respecto, el artículo 1046 del Código de Comercio establece que:

El contrato de seguro se probará por escrito o por confesión.

Con fines exclusivamente probatorios, el asegurador está obligado a entregar en su original, al tomador, dentro de los quince días siguientes a la fecha de su celebración el documento contentivo del contrato de seguro, el cual se denomina póliza, el que deberá redactarse en castellano y firmarse por el asegurador. (2019).

Ergo, la función de la póliza es la de servir como medio de prueba idónea para el contrato de seguro. Empero, no debe confundirse en este punto la idoneidad con la exclusividad, puesto que, si bien la póliza es la prueba originaria para el contrato de seguros, nada obsta para que, en determinada situación, este sea probado mediante un escrito donde se haga referencia clara a sus elementos y condiciones esenciales, tales como: el interés asegurable, el riesgo asegurable, la prima o precio del seguro y la obligación condicional del asegurador. En caso de que estos elementos no logren acreditarse, el contrato se entenderá por inexistente y, por ende, la acción de subrogación no tendrá asidero legal.



Como es menester, la póliza debe estar firmada por ambas partes y tales firmas de la póliza y los demás documentos relacionados con ella se presumen válidas; de lo anterior se sigue un hecho de gran relevancia, a saber, que quien tiene en este caso la carga probatoria para desvirtuar lo dicho es la parte accionada. Lo mencionado por el artículo 1052 del Código de Comercio actúa como confirmación: “presunción de autenticidad: las firmas de las pólizas de seguro y de los demás documentos que las modifiquen o adicionen se presumen auténticas” (2019).

En la práctica, como lo evidenció el barrido jurisprudencial, basta con que la entidad aseguradora pruebe la existencia del contrato de seguros para que este se presuma válido y suficiente para cubrir el hecho indemnizado, correspondiendo al tercero responsable procurar atacar dicho contrato. Es necesario enfatizar en el hecho de que dicha presunción jurisprudencial se da únicamente cuando se ha probado la existencia de un contrato cuyo objeto es la relación que dio lugar a la subrogación, toda vez que, como lo demuestra la sentencia sobre Lácteos Colanta S. A., la carga sigue correspondiendo a la entidad aseguradora y no puede ser suplida, ni siquiera, por la aceptación expresa o tácita de la parte accionada. Lo que se presume no es la existencia del contrato, sino la validez y la suficiencia del mismo para cubrir el evento discutido.

En definitiva, es esta póliza la que los jueces, a la hora de tramitar un proceso de subrogación en materia de seguros, exigen que sea aportada por la entidad aseguradora que la entabla, considerando que si bien el artículo 1096 atribuye a la libertad probatoria los presupuestos de esta acción, los demás apartados citados con anterioridad consagran a este documento – la póliza – como la prueba originaria del contrato por contener claramente los elementos esenciales del mismo, así como las circunstancias y condiciones accidentales que son agregados por las partes al momento de su celebración.

Una vez comprobada la existencia de un contrato de seguros válido y suficiente en su cobertura, es conveniente examinar la naturaleza del pago de la indemnización como segundo presupuesto esencial de la acción de subrogación.

## **4.2 PAGO**

Requisito *sine qua non* para examinar el pago de la indemnización es haber agotado previamente el examen referente al contrato, puesto que el pago que hace la entidad aseguradora debe contar con dos elementos esenciales, cuya relación es consecucional: el primero es que dicha entidad ha de aportar una prueba documental con la cual demuestre que ha pagado efectivamente al asegurado el monto indemnizatorio, y el segundo es que dicho pago debe, igualmente, verse

revestido de validez, lo cual solamente puede predicarse con relación a las condiciones y elementos del contrato; de ahí que sea inviable referirse al pago si no se ha probado previamente el respectivo presupuesto contractual. Y, por otro lado, la entidad aseguradora, además de probar el pago objetivo (la simple transacción económica), está encargada de justificar probatoriamente “el hecho dañoso y el monto del perjuicio, debido a que por haber indemnizado (...) no es legal asumir que, por la sola circunstancia de la subrogación, el juez tiene que dar como establecidos esos aspectos” (López, 2014, p. 138).

Con esto se busca evitar una posible colusión entre el asegurado y el asegurador, haciendo que resulte perjudicado el tercero responsable, en la medida en que la aseguradora realice o acredite la realización de un pago por cierto valor, en principio, válido por el monto de cobertura del contrato de seguros, pero que finalmente resulte superior al daño que buscaba indemnizarse.

Un claro ejemplo es el de la sentencia de Arrubla Paucar, analizada en el acápite anterior, en la que se manifiesta la necesidad de que la subrogación de la entidad aseguradora se limite no solo al monto realmente pagado por concepto de indemnización, sino al monto real del daño causado cuando esta suma fuere inferior a la primera.

Retomando la discusión acerca del requisito de la acreditación efectiva del pago, encontramos que es en este punto donde mayor es nuestro desacuerdo con los lineamientos planteados por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, toda vez que dicha corporación y, por ende, los jueces de inferior jerarquía, parecieran entender que tal acreditación únicamente puede ser probada mediante un documento en el que se enuncie el monto de la indemnización pagada, la cual, además, ha de aparecer debidamente aceptada o avalada por el asegurado.

El proceder por parte del alto tribunal con relación a esta materia es, a nuestro criterio, erróneo, teniendo en cuenta que va en contra de la esencia de la subrogación legal que consagra el artículo 1096 del Código de Comercio, en el que se busca que pueda operar, incluso, sin el consentimiento del asegurado, situación que resulta imposible si los operadores judiciales exigen que este último reconozca o avale el pago que se le ha realizado.

El segundo requisito persigue, por tanto, la tarea de constatar que el pago efectuado es válido o, lo que es igual, que dicha erogación debió haberse hecho con sujeción al marco legal que el contrato establece a la entidad aseguradora, so *pena* de degenerar en una invalidez del pago en caso de: i) haberse hecho sin mediar relación contractual entre el asegurador y el asegurado; ii) haberse hecho sin estar comprendido dentro de lo pactado contractualmente; o, iii) ser superior al

monto establecido en el contrato de seguro. He ahí el motivo por el que la entidad aseguradora deberá probar, empleando las condiciones y elementos de la póliza de seguro, que el pago que efectuó cumplió con tales requisitos de validez y así poder subrogarse en los derechos y acciones del asegurado en contra el responsable del daño.

A diferencia de lo que ocurre con el presupuesto contractual, en este punto no se presume la validez del pago una vez que se acredite la existencia del mismo, es decir, que a la entidad aseguradora no solo le corresponde demostrar el pago objetivo, sino que, además, le compete demostrar que dicho pago se hizo sin incurrir en los vicios enunciados en el párrafo anterior.

Esta carga probatoria de la entidad aseguradora nos resulta acertada, en tanto que el tercero responsable del daño o siniestro se ve protegido ante posibles abusos del derecho por parte de la entidad aseguradora, además de que incita a esta última a revisar con detenimiento los pagos que realiza en razón de sus contratos y a cerciorarse de que dichas erogaciones se hacen de forma ajustada a las condiciones y elementos de los contratos mismos, evitando que el mecanismo de la subrogación avale pagos indebidos basados en la idea de que dicho dinero puede ser recuperado posteriormente en una acción contra el tercero responsable.

## **5. CONCLUSIONES**

El presente trabajo investigativo permitió resaltar la relevancia que la subrogación posee como figura jurídica debido a su papel determinante en la realidad económica del sector asegurador. Con todo, a pesar de ser desarrollada no solo legal, sino doctrinaria y jurisprudencialmente, aún cuenta con vacíos que generan dudas al momento de ejercitarla causadas por la inexactitud probatoria de cómo el subrogatorio puede adquirir los derechos que la figura de la subrogación pretende otorgarle. Para dar solución a esta problemática, la figura de la subrogación no puede ser analizada en singular sino, todo lo contrario, en conjunto con las demás normas que rigen el contrato de seguros, así como los principios generales del derecho probatorio y la aplicación práctica de los mismos.

Es por eso que, como expresa Ospina (2001), posterior a entender que la subrogación es el cambio de titular de derechos y acciones en contra del responsable del daño erogado al asegurado – cambio de sujeto que se origina en el pago de la indemnización que hace la aseguradora al respectivo asegurado –, es precisa una debida aplicación de los principios generales de la prueba, teniendo en cuenta que la subrogación contiene presupuestos que deben probarse adecuadamente ante el operador judicial para poder ser ejercida. Para esto, es

necesario comprender cómo se enmarca este ejercicio probatorio dentro de los principios que rigen esta parcela del derecho.

Unido a ello, se realizó un barrido jurisprudencial que dio cuenta de la forma en que la Corte Suprema de Justicia ha entendido el deber ser de esta acción en materia probatoria, expresándose con gran claridad en lo referido a la prueba del presupuesto contractual, pero ocasionando incertidumbre en lo tocante al presupuesto del pago, en especial a la acreditación objetiva del mismo, esto es, a la simple transacción del dinero. Lo anterior porque, en el pensar de dicha corporación, no basta con un documento que deje ver la realización de tal actuación, sino que la misma pareciera tener que estar avalada o reconocida por el asegurado que recibe el pago, contrariándose así el espíritu del artículo 1096 del Código de Comercio.

Así, en conjunto con los principios de la prueba y el análisis jurisprudencial, logro demostrarse que el aspecto probatorio frente a la acción de subrogación gira en torno a dos elementos, a saber: el contrato y el pago. Respecto al contrato, la Corte ha manifestado que su prueba idónea es la póliza de seguro, puesto que con ella se conocen detalladamente los elementos y condiciones que rodean dicha convención; se trata, además, de la prueba originaria traída por el legislador en el Código de Comercio para acreditar la existencia de un contrato de seguros.

Este lineamiento de la Corte no debe entenderse como una violación al principio de libertad probatoria, porque la misma corporación deja abierta la puerta a que dicho contrato sea probado por otros medios en que se puedan conocer con certeza los elementos y condiciones esenciales que lo rodean. Este pensar es, más precisamente, un desarrollo efectivo del principio de originalidad de la prueba que no busca oponerse a la libertad probatoria, sino delimitar el ejercicio práctico a los medios idóneos preestablecidos, sin descartar la posibilidad de que, en determinado momento, un hecho pueda ser probado por un medio diferente.

En cuanto al pago, se entiende que el mismo contiene dos elementos que deben ser probados, a saber: su existencia y validez. Alrededor del primero de ellos la Corte deja un manto de duda respecto a la forma en que debe acreditarse, ya que sus pronunciamientos frente a los medios que se le allegaron con ese fin fueron, en su mayoría, valorados en función de la validez, y en aquellos casos donde se analizó el pago objetivo pareciera concluir que debe estar avalado o acreditado por el asegurado, hecho que, como ya enunciamos, no compartimos.

Finalmente, en alusión a la validez, si bien no se tiene un medio de prueba determinado para acreditarla, la Corte es clara al señalar que su evaluación debe hacerse con respecto al contrato de seguro – en la mayoría de los casos contenido

en la póliza de seguro – puesto que es en dicho contrato donde constan los elementos esenciales y las condiciones dentro de las cuales dicho pago tiene que efectuarse para considerarse válido, es decir, que contiene el objeto del seguro, las partes del mismo, el interés asegurable, el riesgo asegurable, la prima o precio del seguro, la obligación condicional del asegurador, las obligaciones y cargas de las partes y todos aquellos elementos esenciales, naturales o accidentales que sirven como pauta para determinar si una indemnización fue o no pagada de forma válida.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Betti, E. (1962). Teoría General de las Obligaciones. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

Bigot, J., et al. (2011). Traité de Droit d'Assurances (Vol. 3). 3ª ed. Paris: L.G.D.J.

Carnelutti, F. (2000). La prueba civil. 2ª ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma.

Código General de Proceso [Código]. (2015) 3ª ed. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.

Código Civil [Código]. (2019) 11ª ed. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.

Código de Comercio [Código]. (2019) 37ª ed. Editorial Leyer.

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. (04 de marzo de 1977) Sentencia 344528. [MP Humberto Murcia Ballén].

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. (21 de agosto de 1978) Sentencia 344573 [MP Germán Giraldo Zuluaga].

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. (09 de octubre de 1998) Sentencia 04895. [MP José Fernando Ramírez Gómez].

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. (23 de septiembre de 2002) Sentencia 6581. [MP José Fernando Ramírez Gómez].

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. (14 de diciembre de 2006) Sentencia 00194. [MP Edgardo Villamil Portilla].

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. (09 de diciembre de 2008) Sentencia 00206. [MP Jaime Alberto Arrubla Paucar].

- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. (16 de diciembre de 2010) Sentencia 00012.  
[MP Arturo Solarte Rodríguez].
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. (08 de septiembre de 2011) Sentencia 04366.  
[MP William Namén Vargas].
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. (20 de septiembre de 2013) Sentencia 00493.  
[MP Ruth Marina Díaz Rueda].
- Cuq, E. (1928). Manuel des institutions Juridiques des Romains. 2ª ed. Paris:  
Librairie Plon.
- Devis-Echandía, H. (2012). Compendio de derecho procesal civil (Vol. II). 11ª ed.  
Bogotá D.C.: Editorial Temis.
- Florian, E. (2002). De las pruebas penales (Vol. I). 3ª ed. Bogotá D.C.: Editorial  
Temis.
- Gaviria, W. (1989). Naturaleza Jurídica de la Subrogación Legal en el Contrato de  
Seguro. (Trabajo de grado). Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá D.C.,  
Colombia.
- Hinestrosa, F. (2015). Tratado de las obligaciones. Bogotá D.C.: Universidad  
Externado de Colombia.
- Jaramillo, P. (2013). La subrogación en seguros. Bogotá D.C.: Grupo Editorial  
Ibañez.
- López, H. (2014). Comentarios al Contrato de Seguro. 6ª ed. Bogotá D.C.: Editores  
DUPRE.
- Midón, M. (2007). Derecho probatorio. Parte general. Barcelona: Ediciones  
Jurídicas Cuyo.
- Ospina, G. (2001). Régimen General de las Obligaciones. Bogotá D.C.: Editorial  
Temis.
- Ordóñez, A. (2002). Lecciones de derechos de seguro. No. 2. Elementos esenciales,  
partes y carácter indemnizatorio del contrato. Bogotá D.C.: Universidad  
Externado de Colombia.
- Ossa, J.E. (1991). Teoría general del seguro. Bogotá D.C.: Editorial Temis

- Peces-Barba, G. (1997). Prólogo. En J. Santamaría. *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (pp. 11-16). Madrid: Universidad de Burgos.
- Peláez, M. (2019). "Derecho de Seguros" [notas de clase]. Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, Colombia.
- Peña, J. (2007). Prueba judicial. Análisis y valoración. Bogotá D.C.: Consejo Superior de la Judicatura.
- Ramírez, L. (2005). Principios generales que rigen la actividad probatoria. *La Ley*, 1028-1039.
- Real Academia Española. (2018). Probar. En *Diccionario de la lengua española*. 23<sup>a</sup> ed. Recuperado de: <https://dle.rae.es/?id=UEEVr9n>
- Soto, J. (1985). En torno a los principios de derecho probatorio. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, (69), 50-60.
- Tamayo, J. (2013). Tratado de Responsabilidad Civil (Vol. I). Bogotá D.C.: Legis.
- Valencia-Zea, A. (1974). Derecho Civil. Bogotá D.C.: Ed. Temis.