

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL
“La Intermediación y el Contrato de Seguros”

POR:
JONH FREDDY MORAN CUBIDES

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
ESPECIALIZACIÓN DERECHO EN SEGUROS
BOGOTÁ
2014

INTRODUCCIÓN

El presente análisis jurisprudencial, tiene como fin desarrollar conceptualmente la figura jurídica de la intermediación en relación con el contrato de Seguros, regulada en el Decreto 2555 de 2010, artículos. 2,30,1,1,2 y la Ley 510 de 1999, Art. 101, delimitando los tipos de intermediario de Seguros, formas de remuneración, características, requisitos, relación de los intermediarios con los consumidores de seguros y con las entidades Aseguradoras.

Por lo anterior, se analizará inicialmente, el desarrollo jurisprudencial que ha experimentado la figura de la intermediación de Seguros en Colombia, apoyándonos en las sentencias emitidas por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, sobre intermediarios y su relación con las Entidades Aseguradoras y Consumidores de seguros, la importancia de la autonomía de la voluntad de las partes, las obligaciones de las aseguradoras frente a los intermediarios de seguros y problemáticas que surgen en las relaciones contractuales, teniendo en cuenta que existe una estrecha relación jurídico comercial entre el contrato de seguros y el contrato de intermediación de seguros y por último la relación con los terceros ajenos a la relación contractual "consumidores de seguros" que se vean involucrados en la relación comercial de la actividad aseguradora; todo lo anterior con el objeto de determinar la evolución jurídica que dicha figura jurídico - comercial ha presentado, entre otros aspectos sobre la intermediación de seguros y el rol de las partes, las responsabilidades, derechos y obligaciones tanto de los intermediarios de seguros como de las entidades aseguradoras temas que como se observará en el desarrollo del presente escrito, han sido objeto de análisis y desarrollo conceptual por las diferentes instancias judiciales.

Finalmente, se hará una breve referencia de la posición doctrinal frente a la finalidad de la intermediación de seguros, la cual nos dará una percepción sobre la necesidad de esta figura y la importancia del desarrollo jurisprudencial tanto en el derecho colombiano, como en el mercado de seguros en Colombia.

TABLA DE CONTENIDO

1. Análisis Conceptual

- 1.1. La Intermediación de Seguros - Definición
- 1.2. Clasificación de los Intermediarios de Seguros
- 1.3. Características de los Intermediarios de Seguros

2. Análisis Jurisprudencial.

- 1.1. Sentencia N° 1: Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil;
Rad- Expediente: 11001-3103-043-2003-00620-01, M.P: Dr. William Namén
Vargas; fecha: 24 de Julio de 2009.
- 1.2. Sentencia N° 2: Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil;
Rad- Expediente: 11001-3103-013-2001-00900-01, M.P: Dr. Edgardo Villamil
Portilla; fecha: 9 de Febrero de 2011.
- 1.3. Sentencia N° 3: Consejo de Estado - Sección Tercera. Subsección B;
Rad- Expediente: 39557, M.P: Dra. Stella Conto Díaz del Castillo; fecha: 12
de Abril de 2012.

3. Comentarios frente a la finalidad de intermediación de Seguros.

4. Bibliografía.

OBJETIVOS

- ◆ Definir el concepto de Intermediación de seguros, y quienes ejercen la labor de intermediación, junto con sus características y requisitos legales en Colombia.
- ◆ Comprender a partir del análisis de jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia las problemáticas actuales del ejercicio de la Intermediación de Seguros y su relación con el Contrato de Seguros y las partes que lo conforman.
- ◆ Exponer a través del análisis jurídico - comercial, la finalidad de la intermediación de seguros y analizar la necesidad de esta figura y la importancia de un mayor desarrollo normativo y jurisprudencial.

1. ANALISIS CONCEPTUAL

1.1. La Intermediación de Seguros - Definición

En Europa se ha definido la Intermediación de seguros a través de la Directiva número 92 de 9 de diciembre de 2002 del Parlamento Europeo y el Consejo, como la Mediación en Seguros que corresponde a *“toda actividad de prestación, propuesta realización de trabajo previo a la celebración de un contrato de seguro o de celebración de estos contratos, o bien la asistencia en la gestión y ejecución de dichos contratos en particular en caso de siniestro”*.

En Colombia no existe una definición legal de la Intermediación de Seguros, sin embargo la jurisprudencia del consejo de estado, (*sentencia Consejo de Estado, 28 de agosto de 1995, Rad, 3110, CP Libardo Rodríguez y Sentencia C-479 DE 1999 De La Corte Constitucional*) de manera reiterada la ha definido como aquella actividad comercial que habitualmente realizan ciertas personas con el objeto de poner en contacto a dos o más personas interesadas en cubrir unas expectativas precisas, lo cual incluye el asesoramiento y acercamiento entre las partes interesadas y la promoción y ofrecimiento de seguros , y cuyo fin último es la colocación de un contrato de seguro, entendiéndose a este como el acto de perfeccionamiento del contrato.

1.2. Clasificación de los Intermediarios de Seguros

Conforme lo establece el Decreto 2555 de 2010, en sus artículos. 2, 30, 1, 1,2 y la Ley 510 de 1999, Art. 101, están autorizados para actuar como intermediarios de seguros:

- Los corredores, quienes deben constituirse como sociedades anónimas
- Las agencias, constituidas como sociedades colectivas, en comandita simple o de responsabilidad limitada
- Los agentes, como personas naturales, quienes deberán ser, además, residentes en Colombia por más de un año y mayores de edad.

1.3. Características de los intermediarios de Seguros:

1.3.1 Requisitos financieros de constitución

Si bien es cierto que para los agentes de seguros no es necesario acreditar ningún tipo de requisito financiero de constitución, no ocurre lo mismo para los corredores y las agencias de seguros, conforme lo indica la Circular básica jurídica número 007 de 1996, numeral 1,2 del Capítulo Tercero, título VI. Y el estatuto orgánico del Sistema financiero en su artículo 80, así:

- Para los corredores de seguros empezó en el año 2002 con un requisito de capital mínimo de \$200, 000,000, que debe ser reajustado anualmente con el IPC, y un capital mínimo por crecimiento igual al 10% de los ingresos causados.
- Para las agencias colocadoras de seguros se estableció que deberán acreditar para su inscripción ante la Superintendencia Bancaria un capital social no inferior a dieciséis (16) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

1.3.2 Control y Vigilancia

Inicialmente el control y vigilancia de los intermediarios de seguros, ya fueran Corredores, Agentes o Agencias, lo ejercía la Superintendencia Bancaria, sin embargo a partir del año 2001 las agencias y agentes de seguros no están sometidos al control y vigilancia de esta entidad en virtud de lo establecido en el inciso segundo del artículo 11 de la Ley 35 de 1993 y del artículo 7° del Decreto 2605 del mismo año, igualmente la Ley 510 de 1999 en su artículo 101, en concordancia con el artículo 53 del Estatuto Orgánico del Sistema financiero, numerales 2 a 8, 91, numeral 1 y 98, numerales 1 y 2, así como el artículo 75 de la Ley 45 de 1990. Estableció que el control y vigilancia de los agentes y

agencias se delegaba a las compañías aseguradoras teniendo en cuenta la representación que ejercen tales intermediarios, por lo tanto las aseguradoras deben velar por que estos intermediarios den aplicación al régimen de incompatibilidades e inhabilidades, y cumplan con los requisitos de idoneidad ya que la responsabilidad será solidaria frente a las actividades que desempeñen.

De otro lado, para los corredores de seguros, el ente que se encarga de la función de vigilancia y control continua siendo la superintendencia Bancaria, hoy llamada superintendencia Financiera, para lo cual es necesario tener en cuenta que la norma únicamente reitera la disposición contenida en el artículo 1348 del Código de Comercio, señalada en el artículo 40 del Estatuto Orgánico del sistema financiero, numeral 2; así: *"las sociedades que se dediquen al corretaje de seguros estarán sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria"*.

1.3.3 Régimen de inhabilidades e incompatibilidades

El régimen de inhabilidades e incompatibilidades, es particular dependiendo del tipo de intermediario agencia, agente o corredor de seguros y se encuentra señalado expresamente en el Decreto 361 de 1972, artículos 4 y 5 y en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, artículos 41 numeral 6 y 77 numeral 2.

1.3.4 Representación de la compañía aseguradora

Mientras que los corredores de seguros no tienen relación de dependencia, mandato o representación con la compañía aseguradora, conforme lo señala el artículo 1340 de Código de Comercio y por lo tanto actúan como intermediarios que representan a quienes demandan seguros, las agencias y agentes actúan siempre en representación de las compañías aseguradoras. Así mismo las agencias son independientes y autónomas que asumen un vínculo contractual con las compañías aseguradoras, mientras que los agentes pueden ser dependientes vinculados mediante contrato de trabajo o independientes vinculados mediante un contrato comercial.

2. ANALISIS JURISPRUDENCIAL

2.1 Sentencia N° 1: Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil; Rad-Expediente:

11001-3103-043-2003-00620-01, M.P: Dr. William Namén Vargas; fecha: 24 de Julio de 2009.

Corte Suprema de Justicia. Sala Civil.

Julio 24 de 2009

Expediente 11001-3103-043-2003-00620-01

Magistrado ponente: William Namen Vargas

Partes:

Demandante: Agencia de Seguros Mc Allister e Hijos Asociados Ltda.

Demandada: Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A.

A. Relación de los Hechos

1. El 1º de agosto de 1993, la Agencia de Seguros Mc Allister e Hijos Asociados Ltda. intermedió en la celebración del contrato de seguro contenido en la póliza número 2260, suscrito por Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A. y CITIBANK, amparando vehículos de propiedad de los empleados al servicio del banco tomador.
2. 30 de mayo de 2000 se celebró convenio de corte de cuentas y entrega de primas recaudadas entre Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A., Royal & Sun Alliance Seguros de Vida (Colombia) S.A. (las compañías) y Agencia de Seguros Mc Allister e Hijos Asociados Ltda.
3. 20 de diciembre de 2001 CITIBANK informo al Asegurador y a la Agencia de Seguros Mc Allister e Hijos Asociados Ltda., su decisión de cancelar la póliza Nª 2260 que amparaba los vehículos de propiedad de los empleados al servicio del banco tomador y en su lugar nombrar a Citi Insurance Agencia de Seguros Ltda., como intermediario a partir del 1 de enero de 2002 en consideración a que le otorgaba mejores condiciones de contratación. Para que devengara comisiones desde el 1 de enero de 2002 a 1 de agosto de 2002.
4. Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A., celebra con PREMO contrato de seguro contenido en la póliza 21820 en la cual obra como intermediario la Agencia de Seguros Mc Allister e Hijos Asociados Ltda., cuya vigencia comprende del 1 de enero de 2002 a 1 de septiembre de 2002.
5. Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A., celebra con CITIBANK contrato de seguros contenido en la póliza 23173, en la cual obra como intermediario Citi Insurance Agencia de Seguros Ltda. , cuya vigencia comprende del 1 de enero de 2002 al 1 de enero de 2003.

B. Planteamiento del problema jurídico

- ¿Es suficiente la voluntad del “Tomador - Asegurado” de designar una nueva Agencia de Seguros, junto con la revocación de la póliza, para que sea jurídicamente viable la designación de un nuevo intermediario para un contrato de seguros que ampare el mismo riesgo?
- ¿Cuándo un “Tomador-Asegurado” ha designado un intermediario de seguros para determinado contrato de seguro que posteriormente se revoque por su solicitud y luego, la aseguradora expida un nuevo contrato, por solicitud expresa del “Tomador -Asegurado” quien designa un nuevo intermediario de seguros, es necesario que el nuevo contrato de seguro cambie de riesgo asegurado para que se entienda jurídicamente válida?
- ¿Existe alguna diferencia en las consecuencias jurídicas que genera la Revocatoria del Contrato de Seguros y la Cancelación de la Póliza?

C. Reseña de los fallos de primera y segunda instancia - La Decisión

Primera instancia:

Sentencia de 26 de enero de 2005, declara probada la excepción de inexistencia de la obligación por parte de Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A. frente a Agencia de Seguros Mc Allister e Hijos Asociados Ltda. Igualmente declara impróspera la objeción al dictamen pericial y condena en costas a la agencia Mc Allister e Hijos Asociados Ltda.

Segunda instancia:

Sentencia del 11 de noviembre de 2005 confirma en su totalidad la decisión de primera instancia.

D. Fundamentos del Fallo de Segunda Instancia

El tribunal encontró debidamente informados al asegurador e intermediario de la revocación unilateral del contrato de seguros que realizó el CITIBANK el 1 de enero de 2002. Igualmente concluyó la ausencia de injerencia de Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A. En la selección del nuevo intermediario Citi Insurance Agencia de Seguros Ltda., y por lo tanto la exclusiva participación del banco-tomador CITIBANK.

De otro lado, el Tribunal encontró que se celebró contrato nuevo contenido en la póliza 23173 entre Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A. Y CITIBANK intermediado por Citi Insurance Agencia de Seguros Ltda., cuya vigencia comprende del 1 de enero de 2002 al 1 de enero de 2003. Diferente de aquél que se realizó con la intermediación de la Agencia de Seguros Mc Allister e Hijos Asociados Ltda., contrato de seguro contenido en la póliza 21820 celebrado entre Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A., y PREMO cuya vigencia comprende del 1 de enero de 2002 a 1 de septiembre de 2002.

Por lo tanto decide confirmar el fallo de primera instancia.

E. Recurso de Casación

Cargo primero

El casacionista hace referencia a la causal primera de casación que corresponde a la violación indirecta a la ley sustancial, indebida apreciación de las pruebas por error de hecho. *“El demandante aduce la violación indirecta del artículo 1071 del Código de Comercio, por error fáctico del ad quem al pretermitir el dictamen pericial rendido por Luis Olivo Carrillo Romero. el juez de segunda instancia pretermitió el dictamen pericial de Luis olivo, es decir lo omitió.”*

Según el accionante esta consideración es sumamente importante porque lo lleva a concluir que no cambio el contrato de Seguro respecto de CITIBANK sino la póliza y el intermediario. Por lo que en realidad no era una revocación sino un cambio de intermediario.

El accionante indica que la intención del Tomador era cancelar la póliza, concepto distinto de la revocación del contrato de seguro sin mencionar las razones de su afirmación.

“No cambio el seguro respecto del tomador CITIBANK, sino la póliza y el intermediario, siendo denotada que la omisión de la prueba condujo al tribunal a concluir la revocación unilateral por el tomador del seguro contenido en la póliza número 2260, contrariando la conclusión del dictamen, con arreglo a la cual, no existió revocación sino un cambio de intermediario. Todas las documentales demuestran la intención del tomador de cancelar el contrato de seguro; la póliza colectiva número 21820 figurando un tomador distinto al CITIBANK, restando importancia a la expresa indicación de su expedición en reemplazo de la número 2260; la póliza 23173 por aparecer en ella un intermediario distinto a la actora, evidenciando no su cambio y no del contrato de seguro.”

Concluye la indebida aplicación del artículo 1071 del Código de Comercio, en cuanto todas las pruebas demuestran que *“(…) no se trató de una revocatoria del contrato de seguro contenido en la póliza 2260 y contrario sensu, lo que ocurrió a solicitud del tomador, fue un cambio en el intermediario de seguros (…) y que la voluntad expresa del banco [CITIBANK] era la de [cancelar] el contrato de seguro (…)”*. (fl. 53, cdno. de la Corte).

Consideraciones de la Corte frente al Cargo Primero

La Corte indica que no hubo una omisión por parte del juez de segunda instancia frente a la prueba pericial, pues este tuvo en cuenta las consideraciones del a quo frente a la misma y las hizo suyas. Advierte que en caso que hubiese yerro sería en la valoración de la prueba pero no su falta de consideración.

Igualmente indica que el demandante no señala cual es la diferencia según su denuncia, entre la revocatoria que fue reconocida por el ad quem y la cancelación de la póliza que a su parecer debió ser la consecuencia, por lo tanto no demostró el supuesto error en que incurrió el juez de segunda instancia.

“Delanteramente, adviértase, por elementales razones, que el ad quem, no omitió la pericial, por cuanto confirmó íntegramente la sentencia impugnada y, por consiguiente, la improsperidad de la objeción por error grave al dictamen, haciendo suyas las consideraciones del a quo, incluidas las concernientes a esta particular cuestión.

En suma, a juicio de la Sala, no hubo yerro alguno tribunal en relación con la presunta omisión del dictamen pericial rendido por el experto Luis Olivo Carrillo Romero, por tanto, el cargo no prospera; pues de ser posible acusar al juzgador de un yerro en relación con dicha probanza, el pertinente iría ligado a una valoración indebida mas no a su ausencia.

Mc Allister dando a los elementos de convicción una lectura distinta a la del ad quem, sin plantear cuál es, según su parecer, la diferencia entre la revocatoria reconocida por el tribunal y la cancelación del contrato de seguro, esto es, no demostró el error planteando su inconformidad en el reconocimiento por el tribunal de la revocatoria por la omisión probatoria, cuando en su lugar, debió entenderse que lo acontecido era la cancelación de la póliza y contrato de seguro.”

Cargo Segundo

El casacionista hace referencia a la violación indirecta de la ley por mala apreciación del juez quien dio por probado algo que realmente no lo estaba, *“denuncia la transgresión indirecta del artículo 1071 del Código de Comercio, a consecuencia de errores de derecho en la apreciación de las pruebas, por inobservancia del artículo 258 del Código de Procedimiento Civil”*

Así mismo, el accionante al sustentar la acusación señala por pruebas indebidamente apreciadas, *“la cláusula décima primera del “convenio de Corte de Cuentas y entrega de primas recaudadas”, las comunicaciones de 20 de diciembre 2001 dirigidas por el CITIBANK a las partes, cuya transcripción hace in extenso, para acentuar la indivisibilidad de los documentos estatuida en el artículo 258 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto “no se pueden escindir y mirar unas cláusulas y desechar otras, porque de esta manera se altera su alcance probatorio”.*

Así las cosas, el casacionista considera que el tribunal aplicó indebidamente el artículo 1071 del Código de Comercio, porque al valorar el *“convenio de corte de cuentas y entrega de primas recaudadas”, “parcializó su estudio y dejó de considerar su cláusula décima primera...lo vio parcialmente”* (fls. 59 y 66, cdno. de casación), inaplicando el artículo 258 de la ley de enjuiciamiento civil al prescindir de la indivisibilidad de los documentos y la necesidad de imprimirles *“el juicio de valor en su integridad, sin escindirlos, ni variar su contenido”* (fl. 66, ídem).

Igualmente considero el casacionista que el error del tribunal consistió, no apreciar que la voluntad expresada en las comunicaciones por parte de la demandada consistía en cambiar el intermediario de seguros y cancelar la póliza, mas no revocar el contrato.

Consideraciones de la Corte frente al Cargo Segundo

La corte indica que el casacionista no es claro al momento de interponer el recurso, pues alega un, supuesto cercenamiento y tergiversación de las pruebas (error de hecho) y no en el alcance jurídico que el ad quem otorgó a las pruebas efectivamente apreciadas (error de derecho), por lo que, formula el cargo por un concepto y sustenta en otro diferente e incompatible.

Así las cosas, la corte considera que el tribunal, no incurrió en error alguno en su fallo, al tener probada en ejercicio de una facultad legal la revocación del contrato de seguro contenido en la póliza

número 2260 a partir del 1º de enero de 2002 según la comunicación dirigida el 20 de diciembre de 2001 por el tomador CITIBANK a la demandante, expresándole su decisión de cambiar de intermediario y la celebración con la intermediación de Citi Insurance Agencia de Seguros Ltda. del plasmado en la póliza 23173 de características diversas a aquél en el valor de la cobertura y prima, por lo que no prosperan sus pretensiones.

Igualmente, considera la corte que las partes en ejercicio de la libertad contractual o autonomía privada dispositiva, podrán revocar unilateralmente el contrato de seguro con sujeción a las exigencias legales (artículo 1071 del Código de Comercio), sin abusar de su derecho, “*expresión de motivo alguno y con eficacia ex nunc no retroactiva (cas.civ. Sentencia de 14 de diciembre de 2001, [SC-248-2001], exp. 6230)*”

Por lo tanto concluye indicando que la revocación unilateral del contrato de seguro, es un derecho legítimo que está consagrado expresamente por el ordenamiento jurídico y, por lo tanto, su ejercicio no conlleva la imposibilidad de estipular otros contratos de seguro, sea directamente, o con la intervención de corredores de seguro; sin embargo aclara que la intermediación profesional inherente al corretaje de seguros y la remuneración del corredor, se debe predicar exclusivamente de aquellos contratos en cuya celebración se intervino.

F. Evaluación Crítica - la Corte Acertó o no?

Teniendo en cuenta que la reglamentación respecto del contrato de seguro permite que por voluntad de las partes (asegurador y asegurado) se dé la revocación del contrato de seguro, independientemente de los motivos por los cuales se realiza esta, e incluso la jurisprudencia va más allá, considerándolo como un derecho de revocación de las partes siempre y cuando se realice por escrito y con el lleno de los requisitos legales, considero, al igual que la Corte, que es jurídicamente válida y suficiente la decisión del “Tomador - Asegurado” de revocar el contrato de seguro y por lo tanto la designación de un nuevo intermediario para los contratos de seguros que celebre.

Lo anterior sin desconocer que entre el intermediario, en este caso particular Agencia de Seguros y la compañía Aseguradora existe un contrato de intermediación en el cual se reglamentan las relaciones en virtud del desarrollo del objeto de intermediación, tales como la colocación, asesoramiento, investigación y demás que permiten a las partes (asegurador- asegurado), celebrar contratos de seguro no puede dejarse de lado, pues es necesario diferenciar las partes involucradas en cada relación contractual y los derechos, obligaciones y condiciones particulares a las que se somete cada una de ellas. Por lo tanto es claro que el contrato de intermediación deberá ser respetado por la aseguradora, sobre todo en lo pactado frente al pago de comisiones, y es por eso que se estableció previamente esta circunstancia en el mismo contrato ya que se incluyó la posibilidad de la revocación del contrato y las obligaciones de las partes derivadas de esta circunstancia.

De otro lado, frente a la problemática planteada por el casacionista frente a la cancelación del contrato de seguro, resuelta por la Corte considero que es necesario hacer claridad en lo que el demandante intentó diferenciar, pero que en ningún momento explico en qué consistía dicha diferencia. Por lo tanto, de acuerdo a lo expuesto por el profesor “*Ranfer Molina Morales*”. en la “*Revista de Derecho Privado Universidad Externado de Colombia Numero 17-2009*”, la cancelación del contrato se entiende como “*la suspensión definitiva del contrato, en razón a decisión conjunta de las partes, o de una de ellas, con la finalidad de revocación, o por otros motivos que lo dejen sin efecto futuro*”, por lo tanto no existiría diferencia sustancial de las consecuencias jurídicas causadas con la revocación, pues es esta la consecuencia jurídica de la cancelación del contrato de seguros, concepto que comparto en su totalidad.

Finalmente en torno a la primacía de la voluntad de las partes, es menester hacer énfasis en que al tratarse de un contrato de seguros, que se rige por la ley comercial que faculta a las partes para dar o no uso de su derecho de revocación, debe ser indistinto que se realice o no el cambio de las condiciones del contrato para poder aplicar la revocación unilateral, por lo tanto lo fundamental es que la voluntad del tomador asegurado, fue la de finiquitar una relación contractual de seguros y de intermediación a fin de designar un nuevo intermediario que le generaba beneficios mayores, sin dejar de lado que la relación con el intermediario inicial iba a ser correctamente saldada, realizando el pago de todo lo realmente causado, así las cosas el intermediario no tendría derecho a mas comisiones, sobre todo teniendo en cuenta que en el caso particular existía un acuerdo en donde ambas partes quedan a paz y salvo.

2.2 Sentencia N° 2: Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil; Rad-Expediente: 11001-3103-013-2001-00900-01, M.P: Dr. Edgardo Villamil Portilla; fecha: 9 de Febrero de 2011

Corte Suprema de Justicia. Sala Civil.

Febrero 9 de 2011

Expediente 11001-3103-013-2001-00900-01

Magistrado ponente: Edgardo Villamil Portilla

Partes:

Demandante: Inversiones Profin Ltda.

Demandada: María Cristina Rivera de Aparicio y Constructora Bolívar S.A.

A. Relación de los Hechos

1. María Cristina Rivera de Aparicio realizó la venta un lote denominado "Lote Caldas" a Constructora Bolívar S.A.
2. Inversiones Profin manifestó su inconformidad con María Cristina Rivera de Aparicio pues considera que existió de contrato de corretaje verbal, para obtener la venta del "Lote Caldas" por lo que considera que se le debe reconocer la comisión correspondiente al 3% de la transacción más intereses de mora desde el perfeccionamiento de la venta.
3. María Cristina Rivera de Aparicio informo a inversiones Profin Ltda. la necesidad de vender el inmueble, por lo que inversiones Profin Ltda. mediante comunicación de 25 de agosto de 1997 ofreció el "Lote Caldas" a la Constructora bolívar S.A.
4. Luego de esto la Constructora Bolívar S.A. y María Cristina Rivera de Aparicio suscriben contrato de promesa de compra venta del bien denominado "Lote Caldas".
5. A través de instrumentos públicos suscritos entre octubre de 1999 y julio de 2000, Constructora bolívar S.A. adquirió un total de 70.672 metros cuadrados que hacían parte del "Lote Caldas"
6. El tribunal encontró probado que Profin Ltda. promovió e impulso la negociación del "Lote Caldas", lo cual según le da derecho a comisión sobre el valor de la venta.

B. Planteamiento del problema jurídico

- Teniendo en cuenta que por regla general en materia mercantil, se presume la solidaridad lo cual significa que a cualquiera de los codeudores de una obligación mercantil se le puede exigir el pago total, en tanto que en el Derecho Civil cuando hay varios deudores, salvo raras excepciones, cada uno queda obligado hasta un límite que es su cuota, se puede afirmar que el Contrato de corretaje es una excepción a la regla de la solidaridad?
- ¿Siendo que la labor del corredor consiste en acercar la oferta con la demanda, el derecho a la remuneración solo se deriva del acuerdo de voluntades, por lo tanto sus obligaciones se limitaran únicamente a acercar a la oferta y la demanda siendo que taxativamente el código de comercio indica que el corredor tendrá derecho con solo poner en contacto a las partes y que realmente se celebre el contrato?
- ¿Existen garantías legales para el corredor de seguros siendo que las partes del contrato intermediado pueden ponerse de acuerdo para privarle de su comisión ya sea prolongando el tiempo de perfeccionamiento o modificando las condiciones inicialmente ofrecidas?

C. Reseña de los fallos de primera y segunda instancia - La Decisión

Primera instancia:

El a quo acogió parcialmente las pretensiones de la demanda, declaró que entre la demandante y María Cristina Rivera de Aparicio hubo un contrato de corretaje, entendió que por la gestión realizada debía reconocerse una comisión del 1.5% sobre el valor de la venta y, por ende, condenó a la vendedora al pago de la suma de \$33'675.000.00 y de US\$26.400.00. En cuanto a la Constructora Bolívar S.A., concluyó que ningún acuerdo había realizado con Inversiones Profin Ltda., razón por la cual quedaba eximida de cualquier condena.

Segunda instancia:

El Tribunal revocó parcialmente la sentencia, por lo que se acoge a lo decidido sobre que entre la demandante y María Cristina Rivera de Aparicio hubo un contrato de corretaje, entendió que por la gestión realizada debía reconocerse una comisión del 1.5% sobre el valor de la venta y para declarar que la Constructora Bolívar S.A. también debía asumir la remuneración del corretaje; por ende, ordenó que la comisión del 1.5% sobre el precio de la venta, fuera cubierta por las demandadas, en partes iguales.

D. Fundamentos del Fallo de Segunda Instancia

El Tribunal indicó que el corretaje constituye una actividad comercial cuya remuneración está subordinada a lo convenido por las partes, a lo que se acostumbra para la gestión encomendada o, en su defecto, a la estimación que hagan los peritos, conforme al trámite previsto en el artículo 2026 del Código de Comercio.

Anotó igualmente que esa contraprestación debe ser sufragada por ambas partes, en proporciones iguales, salvo pacto en contrario, por lo tanto sólo es procedente cuando a raíz de la intervención del corredor se perfecciona el negocio encomendado. En caso que no se logre el perfeccionamiento del contrato, el corredor sólo tendrá derecho al pago de las expensas causadas a la hora de realizar su actividad.

de otro lado, el Tribunal aclaró que en este caso no importaba que dentro del objeto social de Inversiones Profin Ltda., no se contemplara la actividad de intermediación, toda vez que la "la ley exige para el contrato de corretaje que sean personas que conozcan de la actividad y por ser conocedoras se dedican a la misma", condición que cumplía la demandante por su experiencia en la administración de inmuebles y por su relación con empresas reconocidas y respetables del sector, lo cual se verifica por el solo hecho de que María Cristina Rivera de Aparicio, para promocionar la venta, le ofreciera el bien raíz que a la postre fue vendido a la Constructora Bolívar S.A.

Por lo anterior, es claro que el tribunal fundamentó su decisión en la aplicación del artículo 1341 del código de comercio, el cual solo deja de aplicarse cuando existe pacto en contrario, fundamento legal de donde se deriva el derecho que le asiste al demandante a recibir remuneración por parte de Constructora Bolívar S.A. y María Cristina Rivera de Aparicio.

E. Recurso de Casación

Cargo primero

El recurrente "Profin Ltda." alega la violación directa de la ley, "por error de derecho", sobre la aplicación errónea del artículo 1341 del Código de Comercio y de los artículos 1626 y 1627 del Código Civil.

Según afirma, el casacionista existe una gran diferencia en los contratos de mandato, de la agencia mercantil y de la comisión, es así como en el corretaje "*no se retribuyen los esfuerzos del intermediario, sino exclusivamente los resultados, amén de que el artículo 1341 del Código de Comercio sólo permite la remuneración en los casos en que sea celebrado el negocio en que intervenga. Por ende - prosigue- si el negocio no se realiza, no habrá ninguna compensación, a pesar de los esfuerzos que hubiere hecho el intermediario.*"

Entonces, considera que la obligación del corredor es de resultado y de ejecución instantánea, ya que consiste, fundamentalmente, en lograr el acercamiento de las partes, ya que la remuneración está condicionada a que el contrato promovido se celebre.

Por lo tanto, considera que cuando el Tribunal acogió las consideraciones del juzgado sobre esta materia, hizo una indebida interpretación del artículo 1341 del Código de Comercio, yerro que le llevó a inferir que el corretaje es un contrato de ejecución continuada, en contravía de la letra y el espíritu de esa norma. Por lo anterior, solicita que se case parcialmente el fallo del Tribunal y que, en su lugar, se acceda al reconocimiento de la comisión del 3% a que tiene derecho.

Consideraciones de la Corte frente al cargo Primero

la corte indica que el primer cargo, tiene que ver con el derecho que le asiste a percibir el total de la remuneración "usual" en el sector inmobiliario de la ciudad, esto es, el 3% del precio final de la venta, en este caso la celebrada entre María Cristina Rivera de Aparicio y la Constructora Bolívar S.A., pues su gestión se agotó a cabalidad y, de hecho, fue la causa única y eficaz de esa negociación, tal y como se dijo en el fallo del Tribunal.

Inicialmente hace referencia al artículo 1340 del Código de Comercio, el corredor "se ocupa como agente intermediario en la tarea de poner en relación a dos o más personas, con el fin de que celebren un negocio comercial...". De esto se deriva que, la actividad de dicho intermediario se reduce, exclusivamente, a facilitar el encuentro de dos o más sujetos que tienen la voluntad de contratar.

igualmente hace referencia a la jurisprudencia que ha indicado que el corredor puede realizar las siguientes funciones sin que le sean obligatorias: "a) buscar a la persona interesada en negociar con el comitente dentro de las condiciones y propósitos contractuales de éste; b) comunicar a la parte interesada, una vez hallada, la voluntad del comitente de concretar el negocio e indagar las intenciones de aquél respecto de los términos de la oferta; c) trabajar el ánimo de la contraparte si no se muestra a llevar a cabo el negocio; d) transmitir la aceptación del cliente al comitente y persuadir a éste, en caso necesario, sobre los términos del negocio convenido por el corredor. En todas estas etapas de intermediación aparece bien caracterizado el papel del corredor..."

Así mismo señala la corte que el corredor como simple intermediario no es un mandatario. "*No tiene la representación del comitente, ni realiza ningún acto jurídico por cuenta de éste. Su intervención se limita a actos materiales para aproximar a los contratantes a fin de que éstos perfeccionen por sí mismos el negocio...*" (Sent. Cas. Civ. Sent. de 6 de octubre de 1954, G.J. No. LXXVIII, pág. 861, reiterada en Sent. Cas. Civ. de 13 de abril de 1955, G.J. No. LXXX, pág. 13)".

Luego de hacer un recorrido histórico por la jurisprudencia respecto de la labor del corredor, la Corte expresó que "examinadas sendas definiciones de corredor, la general y la específica del seguro, emerge como elemento común, sin duda el que caracteriza el contrato de corretaje, la labor de intermediación que cumple el sujeto, cuya finalidad, como bien se sabe, no es otra que la de poner en contacto, "poner en relación", o acercar "a dos o más personas", "con el fin de que celebren un negocio comercial", conforme lo expresa el primero de los artículos -se refiere al artículo 1340 del Código de Comercio-...

por lo que es posible que el intermediario, después de acercar a las partes, realice otras actividades de acompañamiento tendientes a lograr el perfeccionamiento del negocio, y estas serán consideradas como tareas aledañas que no son de su esencia, y en las que puede tener interés, precisamente, porque sólo cuando nace el negocio en el cual interviene, surge su derecho a percibir la remuneración; sin embargo, esas gestiones adicionales, si es que las hay, no miden el cumplimiento de su labor, en tanto que, se insiste, ésta se agota con el simple hecho de juntar la oferta y la demanda.

por lo tanto entiende la corte salvo pacto en contrario, sólo puede haber reconocimiento económico para el corredor en la medida en que los sujetos que puso en contacto finalmente logren un acuerdo de voluntades. Entonces, es menester que exista un nexo causal, entre la gestión del corredor y la celebración del negocio, al punto que se pueda decir que si no hubiera sido por esa actividad, las partes no habrían contratado. Es así como la corte aclara que "*alegando que el proceso de negociación fue tortuoso y que poco hizo el corredor para que se realizara. Tampoco sería admisible que la nulidad o lesión sobreviniente del negocio jurídico, pueda mermar el derecho a la remuneración del corredor.*"

Sobre ese particular, la Corte sostuvo que *“el corredor tiene derecho a percibir retribución, siempre que se cumplan estos requisitos: a) que el comitente haya solicitado o aceptado los servicios del intermediario para efectuar determinado negocio; b) que el corredor haya efectuado gestiones idóneas para el logro del encargo; c) que como consecuencia de las gestiones efectuadas por el corredor, se haya concluido el negocio con el comitente con el tercero, salvo revocación abusiva del encargo”* (Sent. Cas. Civ. de 13 de abril de 1955 G.J. No. LXXX, pág. 13).

Finalmente la Corte encuentra que en el presente caso hubo violación directa del artículo 1341 del Código de Comercio, ya que el Tribunal día aplicación indebida, pues al momento de tomar como propias las consideraciones del juzgado, compartió también la conclusión de que la remuneración de la demandante debía ser disminuida por un supuesto abandono de las negociaciones, cuando lo que se prueba con la argumentación jurídica presentada anteriormente es que ese aspecto no era relevante a la hora de mirar el cumplimiento de su gestión; por el contrario, la prolongación del perfeccionamiento de la venta por las partes, o el retracto del negocio en caso dado, no pueden ser fuente de disminución en la remuneración del corredor.

así las cosas considera la Corte que el Tribunal creó una “sub regla” según la cual el monto de la remuneración depende de la intensidad de la gestión hecha por el corredor después de haber puesto en contacto a las partes, cuando lo cierto es que a la luz de las normas que gobiernan la materia, sólo esto último, o sea, el acercamiento entre la oferta y la demanda, es suficiente para que se configure el derecho a recibir la remuneración, si es que, como aquí sucedió, finalmente se llevó a cabo la compraventa que interesaba a las demandadas.

Por lo tanto ante la verificación del error por parte del tribunal, la Corte decide aprobar el rompimiento parcial de la sentencia modificando la decisión del a quo que reconoció a la demandante la retribución equivalente al 1.5% del valor del contrato, y en su lugar, “dispondrá el pago de una remuneración que ascenderá al 3% de ese monto, pues según la costumbre comercial acreditada -y que aquí no fue objeto de discrepancia-, esa es la usual que se paga en ese tipo de casos.”

Cargo Segundo

En la segunda acusación, el recurrente denuncia la violación directa, por “error de derecho”, de los artículos 825 y 1341 -inciso 2o- del Código de Comercio.

El casacionista considera, que el Tribunal debió dar aplicación a el artículo 825 del Código de Comercio, pues por regla general en las relaciones comerciales, cuando existen varios deudores sobre una obligación divisible se deben entender como deudores solidarios.

El casacionista reconoce que, a pesar que el inciso 2o del artículo 1341 del Código de Comercio indica que en el corretaje la remuneración “será pagada por las partes, por partes iguales”, considera que tal norma es compatible y se complementa con el artículo 825 del Código de Comercio. Argumenta que la expresión “por partes iguales” contenida en el artículo 1341 del Código de Comercio, *“no es una excepción a la solidaridad general del comercio, sino simplemente la asignación de la cuota de los codeudores solidarios”*.

Por lo tanto, al considerar que el Tribunal incurrió en error de derecho al aplicar de manera equivocada esas normas, pide que se case el fallo de segundo grado y que se complemente la sentencia de segunda instancia en el sentido de que la obligación a cargo de las demandadas, consistente en pagar la comisión en el corretaje, es de carácter solidario.

Consideraciones de la Corte frente al cargo segundo

Luego de indicar la finalidad de la argumentación de Profin Ltda mediante el recurso extraordinario de casación, y su interpretación, considera la Corte que el artículo 1341 del Código de Comercio es suficientemente claro en señalar que la remuneración se pagará “por partes iguales”, lo que significa, que se trata de una obligación que, se distribuye entre los contratantes cuyo contacto facilitó el corredor. Por lo tanto si la ley es clara y divide la obligación entre las partes, es porque entiende que a cada contratante le corresponde el pago de una cantidad o porción determinada de la deuda, de modo que a ninguno de ellos se le puede exigir el pago total, como sí acontecería si se tratase de una obligación solidaria, como lo solicita el recurrente.

Aclara la corte este cargo de la siguiente manera: *“en el caso del artículo 1341 del Código de Comercio, el legislador determinó de modo específico y deliberado el quantum de la obligación a cargo de cada uno de los beneficiarios de la gestión del corredor, lo que significa, sin más, que dentro de su potestad de libre configuración normativa, excluyó este caso de la regla general de la solidaridad, cosa que perfectamente podía hacer, y efectivamente hizo, al consignar en una institución particular como el corretaje, una regla distinta a la de solidaridad que de modo general se aplica a las relaciones mercantiles. Y así procedió el legislador, porque anticipó el juzgamiento sobre el interés de cada parte en el contrato, entendiendo que si nada se pacta, cada extremo tiene similares expectativas y, por ende, debe concurrir recíprocamente al pago de la remuneración del corredor.*

La indagación sobre el porqué de la regla prevista en el artículo 1341 del Código de Comercio, invita a distraer momentáneamente la atención sobre el contrato de corretaje, para más bien posar la mirada en el contrato gestionado por el corredor, en este caso, el de compraventa. De conformidad con la regla del sinalagma, en los contratos bilaterales las prestaciones se miran como equivalentes. Por lo mismo, y si se admite aquello de la objetividad del valor de las cosas, en la compraventa el precio es equivalente al bien vendido, regla a partir de la cual puede deducirse que el interés de las partes en la compraventa es proporcional, de lo cual se sigue que la remuneración a un tercero por la facilitación y el éxito del negocio jurídico, debe estar en correspondencia con la expectativa que tienen. Así, frente al intermediario cada uno de los contratantes con intereses que a primera vista se juzgan equivalentes, responde en esa misma medida, pues el legislador no lo previó de modo distinto”.

De otro lado, expone la corte que si se tiene a solidaridad como una garantía para el acreedor, de igual manera sería extraño que entre personas desconocidas, el legislador impusiera la carga de respaldarse recíprocamente en beneficio de un tercero. En términos de la corte *“Dicho de otro modo, comprador y vendedor antes del contrato son desconocidos, mientras que el corredor, por la idea que tiene del mercado, sabe de las intenciones contractuales de ambos y, justamente, propicia su contacto, razón que lleva a distribuir recíprocamente la responsabilidad entre aquéllos.”*

Finalmente reitera la corte que el artículo 1341 del Código de Comercio constituye una excepción al principio general de la solidaridad previsto en el artículo 825 ibídem, por lo tanto la interpretación del casacionista, es totalmente opuesta a lo que taxativamente indica la norma al respecto. Así las cosas, el segundo cargo no prospera.

F. Evaluación Crítica - la Corte Acertó o no?

Considero que la interpretación de la Corte es acertada, al aceptar el error de hecho derivado de la apreciación errónea de art. 1341 del código de comercio por parte del tribunal, al establecer que la remuneración del corredor depende de las gestiones que realice para lograr e perfeccionamiento del contrato, pues taxativamente el código de comercio indica que el corredor tendrá derecho con solo poner en contacto a las partes y que realmente se celebre el contrato. Independientemente de si hay complicaciones en el mismo o que cambien las condiciones inicialmente pactadas. En este mismo sentido se ha pronunciado la doctrina, un claro ejemplo de ello es lo afirmado por el profesor “Cesar Vivante”, en su *“Tratado de Derecho Mercantil”* al indicar que *“el mediador tiene derecho a la remuneración, aunque las partes hayan introducido alguna modificación en las condiciones conseguidas por el agente, también lo es que de cualquier modo, la medida del trabajo del corredor es cuestión de hecho que ha de decidirse según las circunstancias; si la ausencia del mediador en la última fase de las negociaciones le quitase el derecho a la mediación, las partes podrían rechazar su intervención maliciosamente, a medio camino, poniéndose de acuerdo entre sí, privándoles de su comisión, de donde, por ello es que a esta se tiene derecho”*, además de la jurisprudencia reiterada al respecto (*Sent. Cas. Civ. de 3 de mayo de 2005, Exp. N°62812-01*).

De otro lado concuerdo con la interpretación de la Corte, respecto a que el corredor es un simple intermediario y no un mandatario, porque este no tiene la representación del comitente y no realiza ningún acto por cuenta del comitente, es así que su intervención se limita a acercar entre si a los negociantes. De esto que la función solo es poner en contacto a las partes con el fin que celebren un negocio comercial. No hay mandato, no hay representación solo corretaje sin embargo es claro que el corredor no tiene derecho a remuneración, solamente cuando realmente se celebre el negocio en que intervenga.

Frente a la discusión planteada por el casacionista respecto de la aplicación de la solidaridad en forma complementaria a lo establecido para el corretaje, es claro que dando aplicación taxativa a la

normatividad, no genera duda alguna en establecer que por regla general se da aplicación a la solidaridad por pasiva, sin embargo existen excepciones claramente establecidas, como es el caso particular del corretaje, por lo tanto es menester recalcar como característica diferenciadora de la intermediación, específicamente en el corretaje, la remuneración se pagará “por partes iguales”, sin embargo faculta a los contratantes a pactar previamente la forma de remuneración.

Es así como, para la intermediación de seguros en la práctica y objeto de desarrollo doctrinal se han establecido formas de remuneración, tales como la comisión directa, honorarios, las comisiones contingentes o pagos en especie.

- La comisión directa se determina como un porcentaje fijo de la prima emitida correspondiente al negocio suscrito, por lo tanto se pacta entre el intermediario y la compañía aseguradora que expide la póliza.
- Cuando se trata de honorarios es el consumidor de seguros quien se encarga del pago de la retribución al intermediario, el cual a su vez renuncia a las comisiones directas, y por lo tanto, estas se descuentan de la prima cobrada al asegurado.
- Las comisiones contingentes no dependen de la celebración de contratos individuales, sino del cumplimiento de un conjunto de actividades establecido previamente entre las partes. Estas comisiones son incentivos para los intermediarios, ya que les permite participar de los resultados del negocio, similares a las primas de éxito y se pueden adquirir en adición a las comisiones de prima.
- En especie, puede ser viajes u otorgando incentivos académicos etc. esta forma de remuneración a la intermediación viene del Derecho anglosajón y se ha denominado, “Placement services agreements o Market services agreements.”

2.3 Sentencia N° 3: Consejo de Estado - Sección Tercera. Subsección B; Rad- Expediente: 39557, M.P: Dra. Stella Conto Díaz del Castillo; fecha: 12 de Abril de 2012.

Consejo de Estado

Sala de lo contencioso Administrativo

Sección Tercera - Subsección B

12 de Abril de 2012

Expediente 11001—03-26-000-2010-00055-00 (39557)

Consejera Ponente: Stella Conto Díaz

Partes:

Demandante: Mónica Estrada Restrepo y MUNI-PREDIOS Ltda. Asesores en Seguros

Demandada: La Previsora S.A.

A. Relación de los Hechos

1. El tribunal encuentra probado que, existió una obra literaria denominada “MUNIPREDIOS, seguros de particulares para municipios sobre predios con ficha catastral que causen impuesto predial”, creada por la demandante Mónica Estrada Restrepo en el año 1998, sin embargo advierte que dentro del transcurso del proceso no se conoce su texto.
2. La señora Mónica Estrada Restrepo conserva la titularidad de derechos sobre el producto MUNIPREDIOS, pues no los ha transferido total o parcialmente.
4. Existió un acuerdo de exclusividad para la comercialización de MUNIPREDIOS, suscrito el 30 octubre 1999 entre Mónica Estrada Restrepo y La Previsora S.A. Compañía de Seguros (demandada), el acuerdo conlleva obligaciones particulares para ambas partes, tales como: Exclusividad, Vigencia de 5 años, Contraprestación, Amparos, Terminación, Comercialización no auto-

rizada, entre otros. El Tribunal, después de analizar la demanda y su contestación conjuntamente con los elementos de juicio traídos al proceso, concluyó que las partes no han puesto en duda el acuerdo, amén de que coinciden en que se desarrolló en los términos pactados. El 28 de Agosto de 2002 Mónica Estrada y La Previsora S.A. Compañía de Seguros celebraron contrato de intermediación que ratifica el acuerdo de exclusividad celebrado el 30 de octubre de 1999.

5. El 14 de Septiembre de 2004 La Previsora S.A. Compañía de Seguros informo a la demandante la decisión de no respaldar la comercialización de MUNIPREDIOS en algunas ciudades del país, por lo que suspendió los pagos de las comisiones y como consecuencia presentó por medio de diferentes intermediarios la comercialización de pólizas de seguro utilizando la metodología y procesos definidos dentro del producto MUNIPREDIOS.

El tribunal declaro probado que luego del mes de octubre de 2004 (etapa post contractual) en lo relativo a que La Previsora S.A. Compañía de Seguros debía pagar una comisión a Mónica Estrada, no se trata de una comisión sino de una pena por cada anualidad por la comercialización

B. Planteamiento del problema jurídico

- ¿Las cláusulas de exclusividad pactadas entre Compañías Aseguradoras e Intermediarios de Seguros con obligaciones reciprocas entre ellos, vulneran el Derecho fundamental a la Libre Competencia establecido en el artículo 333 de la Constitución Política de Colombia y el articulo 98 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, por lo tanto serian nulas por objeto ilícito?
- ¿En los contratos de Intermediación de Seguros, existe la libertad entre las partes para determinar las condiciones a las cuales se acogen las partes, por lo tanto podría afirmarse que prevalece la voluntad de las partes, sobre el ordenamiento jurídico?

C. Reseña del fallo de única instancia - La Decisión

Laudo Arbitral de única instancia:

El tribunal de arbitramento, luego de amplias consideraciones, y de declarar probadas varias de las excepciones propuestas por la demandada, entre otras, la "inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido", respecto de la obligación de pagar una comisión a la demandante por la violación de los derechos de autor sobre la obra MUNIPREDIOS, a título de sanción resuelve acceder a las pretensiones de la señora Mónica Estrada Restrepo encaminadas al reconocimiento económico por la no observancia del acuerdo de exclusividad celebrado entre las partes y por lo tanto condena a La Previsora S.A. a:

1. Reconocer y pagar a Mónica Estrada el 17% del valor de las primas recaudadas por la comercialización no autorizada de productos idénticos o sustancialmente equivalentes a MUNIPREDIOS, sin importar la denominación que se le haya dado.
2. Pagar a Mónica Estrada la suma de (\$390.243.384,06) como consecuencia de la sanción establecida en la cláusula decima segunda del contrato por la comercialización de productos idénticos o similares a MUNIPREDIOS
3. Pagar a Mónica Estrada la suma de (\$124.724.681,37), como intereses moratorios

Consecuentemente, condena en costas a La Previsora Compañía de Seguros S.A.

D. Fundamentos del Laudo Arbitral

El tribunal manifiesta que si bien es cierto que se demostró la existencia de la obra literaria denominada Munipredios, también es cierto que esta obra no puede ser considerada como protegida por los derechos de autor a pesar que se encuentre registrada ante la oficina de Copyright de los estados Unidos, también argumenta que aunque lo protegido sea la forma a través de la cual las ideas son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a la obra literaria, esta condición no faculta a la demandante a impedir a terceros que apliquen la misma metodología.

Concluye el tribunal que este asunto no se deber revisar bajo el régimen de obras literarias, sino de las reglas contractuales, para el caso particular el de la exclusividad ya que más que derechos de

autor se trataría de propiedad industrial, por lo tanto indica que no resulta posible prohibir una actividad mercantil ya que sería una protección "superlativa y perpetua" que generaría monopolios que no brindarían seguridad jurídica a los competidores.

De otro lado el tribunal hace referencia a la exclusividad acordada entre las partes sobre su intemporalidad, o falta de limitación temporal, considerando que el hecho que no tenga un límite temporal no invalida tal acuerdo, haciendo hincapié en que solamente el legislador puede restringir la intemporalidad de la exclusividad, por lo que acepta que la exclusividad obliga a una sola de las partes, es decir, a Previsora pues solo esta se comprometió a no comercializar con terceros el producto y esto, considera el tribunal, no afecta el libre mercado sino que se dirige a satisfacer el interés legítimo de una de las partes. Por lo tanto no es que la aseguradora no pueda comercializarlo, sino que con la suscripción del acuerdo se comprometió a que en caso de comercializarlo debería realizar el pago de una pena. Igualmente para la demandante también existía una obligación de no suscribir contrato de intermediación con otras aseguradoras ni ofrecer el producto por fuera de lo establecido en las obligaciones de exclusividad.

E. Recurso de Anulación de laudos Arbitrales

Cargo primero

La Previsora S.A. Compañía de Seguros considera que el fallo del Tribunal se profirió en conciencia y no en Derecho, indica que este se basó exclusivamente en su propio criterio, pues no observa un fundamento legal que apoye sus argumentos.

Expone el recurrente que aunque el tribunal concluye que la exclusividad no tuvo origen en los derechos de autor así las partes lo expresaran, prosperaron las pretensiones sobre que la Previsora no podía comercializar productos de características semejantes a las del producto Munipredios sin contar con la previa autorización de la titular y el pago de una comisión sobre el valor recaudado. Por lo tanto indica que el tribunal desnaturalizó la verdadera intención de las partes y desconoció las estipulaciones contractuales dando un alcance distinto a la cláusula desconociendo los hechos, las pruebas y la voluntad de las partes.

de otro lado, La Previsora S.A. Compañía de Seguros indica que si la cláusula de exclusividad se hubiera interpretado correctamente a la luz de los derechos de autor, la indemnización concedida a favor de Mónica Estrada Restrepo no tendría sustento alguno.

Cargo Segundo

El recurrente considera que el laudo arbitral recae sobre "puntos no sujetos a la decisión de los árbitros", es decir que el tribunal decidió por fuera de su competencia, contrariando la libre competencia establecido como norma de orden público, ya que le impidió a la Previsora S.A. Compañía de seguros hacer presencia en el mercado asegurador ofreciendo seguros por medio de la facturación del impuesto predial.

Considera igualmente que el Tribunal no tuvo en cuenta los derechos de autor y resolvió bajo una óptica distinta ya que la demanda inicial se fundamentaba en la autoría de la señora Mónica Estrada Restrepo sobre el producto Munipredios comercializado por La Previsora S.A. Compañía de Seguros, violando la cláusula de exclusividad.

Cargo Tercero

La Previsora S.A. Compañía de Seguros argumenta que el Tribunal no decidió sobre cuestiones sujetas al arbitramento, pues omitió declarar la nulidad del parágrafo de la cláusula décimo primera del acuerdo, siendo que las nulidades absolutas deben ser declaradas de oficio por la autoridad que las advierte.

Indica que al tratarse de normas imperativas como los derechos de autor, junto con la violación a las normas de libre competencia, el Tribunal debió declarar la nulidad absoluta.

Consideraciones del Consejo de estado frente al Recurso de Anulación de Laudos Arbitrales

Inicialmente el Consejo de estado hace referencia a las causales y requisitos de procedencia del recurso de anulación de laudos arbitrales establecidos en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, compilado en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1993, entre los cuales se destaca, para este asunto en particular, las siguientes:

“6. Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.

8. Haberse recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido y

9. No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento. (Artículo 38 Decreto 2279 de 1989).”

Igualmente aclara que el recurso de anulación no da lugar a revisar aspectos sustanciales del laudo ni permite reabrir el debate probatorio. Por lo tanto no se puede acudir a este recurso para controvertir la decisión y no es admisible replantear la controversia en sus aspectos fáctico jurídicos y debatir las determinaciones del tribunal, así el consejo de estado llegare a encontrar errores en la apreciación de los hechos, en el derecho aplicable e incluso en elementos probatorios en que se base una decisión.

Consideraciones del Consejo frente al cargo primero

El Consejo de Estado señala que la causal invocada no prospera ya que los árbitros efectivamente fallaron e Derecho, pues analizaron el régimen aplicable al contrato y específicamente las causales de exclusividad junto con los alcances de los derechos de autor en comparación con la propiedad industrial, todo dentro de un análisis macro constitucional y legal, por lo que advierte el consejo que el recurrente no pretende el restablecimiento de su derecho al debido proceso sino que se trata de la inconformidad con la decisión del tribunal por lo tanto lo que busca es lograr una solución diferente a la otorgada por el Tribunal de arbitramento.

Por lo anterior considera que se falló en derecho, sin dejar de lado que el fallo en derecho incluye el criterio de equidad *“lo equitativo, entonces es el derecho adaptado o adecuado a las relaciones de hecho”*.

Consideraciones del Consejo frente al cargo segundo

El consejo de Estado expone que la causal invocada por el recurrente se configura cuando el tribunal de arbitramento se pronuncia sobre cuestiones no sujetas al arbitramento, es decir por fuera de lo pedido en la demanda ya sea *“extrapetita”* o *“suprepetita”*, por lo que el recurrente no es claro y específico en el cargo presentado, pues a pesar que indica que se vulnera el derecho a la libre competencia no sustenta por que se vulnera. consecuentemente indica que lo que acontece es que La Previsora S.A. Compañía de Seguros no comparte la decisión del tribunal sin que esto pueda evidenciar que sea incongruente, pues el tribunal explico las razones por las cuales la cláusula de exclusividad no se sustenta en los derechos de autor alegados por la convocan sino en la autonomía de la voluntad de las partes.

Consideraciones del Consejo frente al cargo tercero

El Consejo de Estado desestima las pretensiones del recurrente referentes a que el tribunal omitió declarar la nulidad por objeto ilícito del párrafo de la cláusula décimo primera que señala que una vez terminado el acuerdo, La Previsora S.A. Compañía de Seguros no podía comercializar productos similares a Munipredios sin autorización de señora Mónica Estrada Restrepo, por lo que encuentra que el tribunal efectivamente se pronunció sobre los hechos y pretensiones aducidas en la demanda e igualmente resolvió sobre las excepciones propuestas.

F. Evaluación Crítica - El Consejo Acertó o no?

Considero que por tratarse de un recurso de anulación de laudos arbitrales, el Consejo de Estado hizo bien al limitarse a hacer cumplir las causales dejando a un lado los aspectos sustanciales, pues precisamente este recurso se crea para sustentar el derecho al debido proceso y no para tratar temas sustanciales. Sin embargo, teniendo en cuenta la decisión del tribunal ya que no prospera ninguno de los cargos interpuestos por la aseguradora. Considero que se le debió dar un poco más de relevancia a la falta de limitación temporal de las cláusulas de exclusividad, pues para este caso en particular, La Previsora S.A. Compañía de Seguros, estaría atada a una obligación sin límite temporal incluso después de que se ha terminado el periodo contractual, pues debe pedir autorización para comercializar un producto igual o similar.

Por lo tanto esta sentencia nos da la oportunidad de reconocer el alcance de la autonomía de la voluntad plasmada en un acuerdo de exclusividad, pero de igual manera indagando más allá de la apreciación del tribunal y de las consideraciones del procurador Delegado señaladas en el texto de la sentencia, quien considera que el laudo fue insuficiente en tanto el tribunal no declaró la nulidad de las cláusulas contrarias a la libre competencia pues por tratarse de una entidad estatal el acuerdo fue celebrado con abuso o desviación del poder y en contra de los derechos de autor vulnerando normas de orden público. Considero que si bien es cierto este acuerdo nace de la autonomía de la voluntad de las partes, también es cierto que la recurrente no puede sujetarse ilimitadamente al cumplimiento de una cláusula de exclusividad intemporal.

Por lo tanto frente a la intemporalidad de la cláusula de exclusividad acordada entre las partes, considero que el hecho que no tenga un límite temporal es objeto de análisis, pues conforme lo establece el Código civil Colombiano en su libro cuarto sobre las obligaciones y los contratos, la doctrina ha sido clara en establecer que el término de duración de los contratos es un elemento accidental que no siendo un elemento esencial, si puede afectar la eficacia del mismo, por lo tanto al no ser incorporado al contrato debió ser objeto de análisis del Tribunal.

Finalmente, es menester manifestar que las cláusulas de exclusividad incluidas en un contrato de intermediación de seguros constituyen un acuerdo lícito que se deriva de la autonomía de la voluntad de las partes, aseguradora e intermediario que media en la venta de seguros, que no puede ser considerado como impuesto por el intermediario, ni como abuso del derecho o restrictivo de la libertad de competencia. En todo caso, es necesario observar cada caso en particular pues dependerá el contenido de la cláusula de exclusividad, los efectos de determinar el alcance de las facultades del intermediario y de la aseguradora en relación a la actividad de intermediación de seguros.

3. COMENTARIOS DOCTRINALES FRENTE A LA FINALIDAD DE LA INTERMEDIACIÓN DE SEGUROS

- La doctrina sobre el intermediario de seguros ha señalado a los intermediarios como sujetos fundamentales para el funcionamiento eficiente del mercado de seguros a nivel mundial, ya que por su amplio conocimiento del sector asegurador y las necesidades de los consumidores de seguros, logran incentivar y promover la demanda de seguros “*Sigma Swiss Re (2010)*.” y *Eckardt & Rätke-Döppner (2008)*”.
- Igualmente la doctrina ha reconocido al intermediario de seguros como facilitador en obtención de información, tanto para las compañías aseguradoras como para los consumidores de seguros, pues así facilita la determinación de perfiles de riesgo de los consumidores y correlativamente instruye a los consumidores sobre el conocimiento de los productos que ofrece el mercado asegurador y que compañía en particular ofrece tales productos. igualmente los intermediarios facilitan el acceso a información permitiendo una toma de decisiones conforme con sus necesidades, *Biglaiser (1993)*.
- Los intermediarios colaboran en la disminución de costos de transacción mediante la centralización de la venta y compra de seguros, es así como evita a los consumidores gastar tiempo averiguando entre varias aseguradoras cual es la que ofrece servicios acordes a sus necesidades, y en muchas ocasiones evita desplazamientos de los consumidores a las compañías de seguros y logra mejores precios en virtud de su intermediación. Es así como para las aseguradoras también genera un beneficio ya que evita la estrategia de búsqueda directa de consumidores, dedicándose a las actividades propias del negocio y disminuyendo la inversión en publicidad y mercadeo.
- Por su parte los doctrinantes “*Rubin y Wolinsky (1987)*” exponen que en mercados globalizados competitivos, “los intermediarios podrían ser vistos como agentes de búsqueda que hacen un “*matching*” entre los consumidores y oferentes de seguros.” así mismo “*Doherty y Muermann (2005)* encuentran que una de las funciones relevantes de los intermediarios de seguros es que su conocimiento del cliente y acceso a su información permite asegurar aún los riesgos que no pueden ser anticipados con el proceso de suscripción. Como consecuencia, la posibilidad de aseguramiento se extiende a riesgos que contractualmente no podrían ser asegurados debido a que no se conoce sobre su posibilidad de ocurrencia, y esto se logra mediante el arreglo institucional y contractual entre la compañía aseguradora y el intermediario”.

CONCLUSIONES

- ◆ La intermediación de Seguros se ha definido vía Jurisprudencial y es así como se ha dado el desarrollo de esta figura jurídica.
- ◆ En Colombia, los intermediarios de seguros son clasificados como: Corredores de seguros, Agencias y Agentes, cada uno de ellos con particulares requisitos de constitución, control y vigilancia.
- ◆ Mientras que los Agentes y Agencias de Seguros representan a las compañías Aseguradoras, por lo tanto responden solidariamente en virtud de las actividades de intermediación, los Corredores de Seguros representan a los consumidores de seguros y en su lugar responden con su patrimonio.
- ◆ Es jurídicamente viable la revocación del contrato de seguros siempre y cuando se haga en cumplimiento de las estipulaciones legales al respecto, independientemente de cual sea la finalidad subjetiva de las partes para solicitar la revocación.
- ◆ La autonomía de la voluntad de las partes del contrato de seguro faculta a las mismas a terminar el contrato de seguros independientemente de la intermediación, pues se trata de un contrato cuyas obligaciones surgen respecto de las partes de manera independiente.
- ◆ No hay diferencia alguna en las consecuencias jurídicas que genera la Revocatoria del Contrato de Seguros y la Cancelación de la Póliza.
- ◆ El contrato de corretaje constituye una excepción a la regla de Solidaridad que se aplica en modo general a las relaciones mercantiles al contener taxativamente en el artículo 1341 del Código de Comercio la remuneración “por partes iguales”.
- ◆ Las obligaciones del corredor se limitan a acercar a la oferta y la demanda, sin embargo en la práctica es claro que este realizara labores adicionales, sin que estas sean obligatorias con el objeto de obtener la remuneración que se deriva del acuerdo de voluntades en la transacción.
- ◆ La normatividad respecto del corredor de seguros y su desarrollo jurisprudencial establece garantías que prevén situaciones en que las partes del contrato intermediado pueden ponerse de acuerdo para privarle de su comisión ya sea prolongando el tiempo de perfeccionamiento o modificando las condiciones inicialmente ofrecidas.
- ◆ Las cláusulas de exclusividad pactadas entre Compañías Aseguradoras e Intermediarios de Seguros con obligaciones recíprocas entre ellos, deben ser revisadas particularmente para evidenciar si vulneran o no, el Derecho fundamental a la Libre Competencia establecido en el artículo 333 de la Constitución Política de Colombia y el artículo 98 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y por lo tanto concluir su nulidad por objeto ilícito, o no.
- ◆ Los contratos de intermediación se fundamentan en la autonomía de la voluntad de las partes y permiten pactar lo que las partes convengan voluntariamente, siempre y cuando no contraríen el ordenamiento jurídico
- ◆ Los intermediarios de seguros son agentes fundamentales en el mercado de seguros, por lo que sus funciones cada vez se vuelven más especializadas en busca de satisfacer las necesidades tanto de consumidores de seguros como de las Compañías Aseguradoras.
- ◆ Con la constante evolución del mercado asegurador es necesario un mayor desarrollo normativo y jurisprudencial de la intermediación de seguros y la relación de los intermediarios de seguros con consumidores y Aseguradoras.

BIBLIOGRAFIA

Morales, Ranfer Molina. (2009). Revista de Derecho Privado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Parlamento Europeo. Directiva 92. 9 de diciembre de 2002

Código de Comercio. (1887). Bogotá: Legis.

Sigma Swiss Re (2010).

Eckardt & Rähke-Döppner (2008).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Manuel Isidro Ardila Velásquez, Radicado Expediente 62812-01 (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil 3 de Mayo de 2005).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil; Magistrado Ponente: William Namén Vargas, Radicado Expediente 11001-3103-043-2003-00620-01 (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil 24 de Julio de 2009).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil; Magistrado Ponente: Edgardo Villamil Portilla, Radicado Expediente 11001-3103-013-2001-00900-01 (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil 9 de Febrero de 2011).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera.C.P Stella Conto Díaz del Castillo, Expediente: 39557 (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera 12 de Abril de 2012).