

**TRABAJO DE GRADO**

**ELIANA YANETH BERNAL HERNÁNDEZ**

**ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO DE SEGUROS**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA**

**Bogotá D.C.**

**Agosto 2013**

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se realiza con el fin de cumplir los requisitos establecidos por la Pontificia Universidad Javeriana para optar para el título de Especialista en Derecho de Seguros.

Teniendo en cuenta que el ejercicio de mi actividad laboral está relacionada con la intermediación de seguros, escogí este tema como fuente de análisis teniendo la oportunidad de analizar los casos que derivados de esta actividad han generado grandes litigios resueltos por las altas cortes.

Son 4 temas específicos, descritos en cada una de las jurisprudencias los cuales se analizan conforme a los parámetros dados para el análisis jurisprudencial, extractando lo más relevante y trascendente en cada tema.

En primer lugar se analiza la jurisprudencia del Consejo de Estado Sección Tercera siendo Magistrada Ponente la Doctora Stella Conto Díaz del Castillo de fecha 12 de abril de 2012 la cual decide de un litigio sobre una póliza estructurada por un intermediario de seguros y comercializada a través de Previsora Seguros.

En segundo lugar se analiza una jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil en la cual es Magistrado Ponente el Doctor Silvio Fernando Trejos Bueno con fecha 14 de septiembre de 2005 y se encarga de analizar desde el punto de vista jurídico las diferencias entre agencia de seguros y agencia comercial, dirimiendo un caso suscitado entre Aseguradora Solidara y uno de sus intermediarios.

En tercer lugar analizamos la jurisprudencia de fecha 8 de agosto de 2000 se detiene la corte a analizar si la remuneración del intermediario se da por la asesoría a un tomador sin lograr la intermediación de las pólizas y finalmente el análisis de constitucionalidad que hace el Consejo de Estado del artículo 9º del Decreto 855 del 28 de abril de 1994.

**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCIÓN TERCERA**  
**SUBSECCIÓN B**

**Consejera Ponente:** Stella Conto Díaz del Castillo

**Fecha:** 12 de abril de 2012

**1. RESEÑA**

**1.1. RELACIÓN DE LOS HECHOS**

- 1.1.1. MONICA ESTRADA RESTREPO en su condición de agente de seguros creó en 1998 un programa de seguros – MUNIPREDIOS- para asegurar los inmuebles a nivel nacional para comercializarlo a través de los entes municipales.
- 1.1.2. MUNIPREDIOS fue registrado el 24 de febrero de 1999 en la dirección de derechos de autor del Ministerio del Interior de Colombia y en Estados Unidos de América en The Copyright Office.
- 1.1.3. El 30 de octubre de 1999 MONICA ESTRADA RESTREPO y LA PREVISORA suscribieron un acuerdo para la comercialización del producto MUNIPREDIOS con exclusividad, y fijaron las comisiones por estas ventas a favor de MONICA ESTRADA RESTREPO.
- 1.1.4. El 14 de septiembre de 2004 LA PREVISORA informó a MONICA ESTRADA RESTREPO que no respaldaría la comercialización de productor MUNIPREDIOS en las ciudades de Bogotá,, Cali, Barranquilla, Cartagena, Soledad, Malambo, Santa Marta,

Ciénaga, Armenia y Manizales y suspendió el pago de comisiones generados en Manizales.

## **1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO**

La exclusividad pactada entre el intermediario de seguros que crea un producto y la aseguradora para comercializar este producto tiene su fundamento en los derechos de autor del intermediario?

## **1.3. RESEÑA DE LOS FALLOS DE INSTANCIA**

### **1.3.1. TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO**

No, la exclusividad pactada entre aseguradora e intermediario; tiene su fundamento en la autonomía de las partes.

### **1.3.2. CONSEJO DE ESTADO – SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

No, la exclusividad es legal en la medida en que es pactada por las partes para comercializar un producto.

## **1.4. FUNDAMENTOS DEL FALLO DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO**

La cláusula de exclusividad no puede fundarse en los derechos de autor, pues se entendería erróneamente que la autoría de una obra limitaría su explotación económica, sin embargo, la cláusula que se pacte en un contrato de intermediación de seguros entre una aseguradora y un intermediario en aras de fijar exclusividad es perfectamente lícita.

En cuanto al término de aplicación de la exclusividad considera el tribunal que en la etapa post-contractual solo quedaba LA PREVISORA con la obligación de no comercializar el producto MUNIPREDIOS con otros intermediarios, a menos que pagar a una multa y de esta manera liberarse de la exclusividad.

## **1.5. RECURSO DE ANULACIÓN**

LA PREVISORA insiste en que el tribunal sostuvo que el pacto no tuvo fundamento en los derechos de autor, alterando y desnaturalizando la

verdadera intención de las partes y desconoció las estipulaciones contractuales, desconociendo los hechos, las pruebas y la voluntad que consignaron las partes en el texto del contrato, ya que las partes lo que pretendían en el contrato era proteger de manera contractual los derechos de autoría de MONICA ESTRADA.

La decisión del tribunal de arbitramento se hizo en equidad y no en derecho, desconociendo todos los fundamentos legales de los derechos de autor.

## 1.6. CONSIDERACIONES DEL CONSEJO DE ESTADO

Los árbitros fallaron en derecho, pues tuvieron en cuenta la legislación aplicable tanto para su competencia como para el régimen contractual, las prestaciones contractuales y fundamentalmente las cláusulas de exclusividad y también analizó los derechos de autor desde el punto de vista jurídico.

## 2. EVALUACIÓN CRÍTICA

La Corte Constitucional mediante Sentencia C-975/02 definió los derechos de autor como ***“que son aquellos que surgen en virtud de la relación entre personas naturales creadoras de obras originales, sean éstas literarias, artísticas o científicas, y que recaen exclusivamente sobre las expresiones de las mismas”***. Con base en este concepto, es fácil establecer que las normas que se refieren a derechos de autor no son aplicables a la creación de la señora Monica Estrada pues su invención se enfoca más en el modo de comercialización de un producto que a la creación misma de una Póliza de incendio y terremoto ya existente en el mercado.

Considero que las normas de derecho de autor no son aplicables pues no se trató de una creación de la señora Mónica Estrada, pues lo que ella desarrolló en desarrollo de su actividad de intermediación fue una estrategia comercial a la que le adjudicó un nombre “MUNIPREDIOS”, pactada con los entes territoriales para hacer mercadeo masivo en los estratos donde los seguros no permeaban y que utilizando el pago del impuesto predial unificaba en un solo pago tanto la prima de seguros como el pago de impuesto. Aunado a que los asegurados tenían la percepción de que siendo una póliza avalada por la Alcaldía de su municipio le

garantizaba un respaldo adicional al de la aseguradora actuando por sus propios medios.

Descartadas las normas de derecho de autor como aplicables al presente caso, debemos compartir la conclusión a que llegar el Tribunal de Arbitramento, y es que el contrato que se firmó entre la convocante y la aseguradora convocada son perfectamente lícitas en el sentido de establecer contractualmente un compromiso de exclusividad para comercializar una línea de seguros con la estrategia comercial diseñada y estructurada por un intermediario.

A pesar de las inconformidades de la aseguradora frente al fallo del Tribunal de Arbitramento, se falló en derecho al considerar las obligaciones contractuales como ley para las partes pues tanto aseguradora como intermediario firmaron un contrato en el cual se estableció una exclusividad mutua en la cláusula tercera del contrato firmado:

*TERCERA. EXCLUSIVIDAD: Las partes acordamos exclusividad mutua en los siguientes términos: A.- LA CONTRATISTA se obliga a no contratar con otras aseguradoras pólizas iguales o similares a la denominada MUNI-PREDIOS a menos que LA PREVISORA decida no asumir el riesgo ofrecido a que no esté dispuesta a otorgarlo en las condiciones económicas de otras compañías. B.- LA PREVISORA se compromete a no dar amparos iguales o similares al de MUNI-PREDIOS por intermedio de personas distintas a LA CONTRATISTA, creadora intelectual del mismo. PARÁGRAFO: Es compromiso de las partes aquí determinadas la exclusividad del producto, quienes no podrían contratar con otras personas seguros iguales o similares al de MUNIPREDIOS, sin que medie autorización previa y expresa de otro contratante. Entienden las partes que si bien es cierto que el proyecto MUNI-PREDIOS es una creación intelectual de propiedad de LA CONTRATISTA, la puesta en marcha del mismo ha implicado un esfuerzo y compromiso de LA PREVISORA y, en reciprocidad, LA CONTRATISTA se abstendrá de ofrecerlo por intermedio de otras aseguradoras, a menos que LA PREVISORA no pueda o no quiera asumir el riesgo en las condiciones en que otras lo otorguen, y ante ese evento, queda liberada DE LA OBLIGACIÓN DE EXCLUSIVIDAD. La exclusividad prevista es únicamente para el producto denominado MUNI-PREDIOS, que se caracteriza por la modalidad de cobertura, el mercado al cual está dirigido y el mecanismo para su mercadeo.*

La cláusula anterior, y las siguientes que establecen lo relacionado con el porcentaje de comisión pactada y la multa por el incumplimiento del acuerdo no

dejan duda de que las partes eran conscientes de la exclusividad pactada y de las consecuencias pecuniarias de su incumplimiento, tal como acertadamente lo concluyó el tribunal de arbitramento.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**  
**SALA DE CASACIÓN CIVIL**

**Magistrado Ponente:** Silvio Fernando Trejos Bueno

**Fecha:** 14 de septiembre de 2005

**1.1. RESEÑA**

**1.2. RELACIÓN DE LOS HECHOS**

1.2.1. Una agencia de seguros suscribió dos contratos de agencia comercial con la aseguradora Solidaria de Colombia, uno para expedición de SOAT y otro para todos los ramos distintos al SOAT en 1998 el primero y en 1997 el segundo.

1.2.2. En 1999 la aseguradora dio por terminados los contratos unilateralmente, sin pago de indemnizaciones previstas en los incisos 1 y 2 del artículo 1324 del código de comercio.

**1.3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO**

El contrato que celebra una aseguradora con una agencia de seguros se rige por las normas de agencia comercial?

**1.4. RESEÑA DE LOS FALLOS DE INSTANCIA**

1.4.1. PRIMERA INSTANCIA

No. El contrato se rige por las normas de agencia de seguros.

1.4.2. TRIBUNAL

No. El contrato se rige por las normas de agencia de seguros.

1.4.3. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

NO. No. El contrato se rige por las normas de agencia de seguros.

### **1.5. FUNDAMENTOS DEL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA**

La agencia comercial es diferente a la agencia de seguros, pues a pesar de que ambas provienen del negocio jurídico denominado mandato, la primera limita el campo de acción a recaudar dineros por los contratos que celebre, inspeccionar riesgos, intervenir en salvamentos, y promover y celebrar contrato se de seguro.

### **1.6. RECURSO DE CASACIÓN**

1.6.1. Cargo primero por la vía indirecta se acusa la sentencia por falta de aplicación artículos 1317, 1324, 1325 y 1327 del Código de Comercio y por aplicación indebida del artículo 42 del decreto 663 de 1993, infringiéndose también los artículos 1618, 1619, 1620, 1621, 1622 y 1624 del Código Civil.

Lo anterior basado en las siguientes razones:

- a) Las pruebas demostraron que se trataba de un contrato que se rige por las normas civiles, pues en realidad se suscribieron contratos de agencia comercial, que pactaron cláusulas en donde se daba libertad a la agencia de abrir puntos de venta, que la agencia usaría la papelería de la aseguradora, que expediría y suscribiría pólizas en todos los ramos.
- b) Se cumplen los requisitos que establece el artículo 1317 del código de comercio para concluir que es agencia comercial: independencia del agente, estabilidad, encargo de promover y explotar negocios con la obtención de utilidades, actuación por cuenta ajena y la explotación de un determinado ramo en una zona prefijada del territorio nacional.

### **1.7. CONSIDERACIONES DE LA CORTE**

La Corte cita la sentencia de casación N° 198 de 22 de octubre de 2001, expediente 5817 en la cual se analizó el atípico contrato de agencia de seguros, sus diferencias con el contrato de agencia comercial y la inaplicabilidad del artículo 1324 del código de comercio en la terminación del contrato de agencia de seguros.

La regulación del contrato de agencia de seguros se ha dado por parte de la Superintendencia Bancaria mediante la resolución 22 de 1955, posteriormente a través a la Ley 65 de 1966 y finalmente por el decreto 2605 de 1993; sin embargo, no puede afirmarse que estas normas regulen minuciosamente el contrato de agencia de seguros, ni tampoco el código de comercio, pero si se concluye que las relaciones entre agencia, agentes y aseguradoras se encuentra regulada de manera genérica como una relación contractual que tiene que ver con una actividad ampliamente reglada.

Resalta la corte que tratándose de actividades que tienen que ver la actividad aseguradora, el contrato de agencia de seguros es completamente distinto al contrato de agencia comercial, pues aquel tiene unas connotaciones diametralmente diferentes, como el caso de las exigencias de idoneidad y experiencia que se requieren de la persona que se va a desempeñar como agente o director de agencia, se aplica un régimen de inhabilidades propio y es la compañía aseguradora la responsable de todos los actos de la agencia. Por estas razones el contrato de agencia de seguros no es una derivación del contrato de agencia comercial, sino de un contrato atípico con entidad propia.

Consecuentemente con lo expuesto, la indemnización de que trata el artículo 1314 del Código de Comercio en sus incisos 1 y 2 no es aplicable por analogía al contrato de agencia de seguros, porque siendo la indemnización una sanción, fue instituida para el contrato de agencia comercial.

## **2. EVALUACIÓN CRÍTICA**

Estoy completamente de acuerdo con la decisión tomada por la Corte Suprema de Justicia en el presente caso, ya que ha sido objeto de múltiples estudios la atipicidad del contrato de agencia de seguros y por ende sus diferencias con el contrato de agencia comercial. En el presente caso la pretensión del intermediario demandante se basa en el hecho de querer recibir una indemnización por la terminación unilateral del contrato por parte de la aseguradora; indemnización que

sólo se aplica para los eventos que establece el artículo 1324 del código de comercio cuando se termina el contrato de agencia comercial de manera unilateral y sin justa causa.

Siendo la colocación de seguros una actividad regulada por la Superintendencia Financiera, su intermediación goza de una regulación propia y exclusiva distinta a la agencia comercial que se puede establecer para cualquier tipo de actividad comercial en Colombia, a pesar de que el contrato de agencia de seguros no tenga una regulación específica y propia por parte del Código de Comercio.

No se pueden aplicar por analogía las normas propias del contrato de agencia comercial a los contratos de agencia de seguros, pues merecen un tratamiento jurídico distinto, dada la condición especial de las partes, la actividad regulada por el estado y las características sui generis de la intermediación de seguros.

## **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

### **SALA DE CASACIÓN CIVIL**

**Magistrado Ponente:** José Fernando Ramírez Gómez

**Fecha:** 8 de agosto de 2000

#### **1. RESEÑA**

##### **1.1. RELACIÓN DE LOS HECHOS**

- 1.1.1. El 3 de febrero de 1988 La Empresa Licorera de Santander solicitó a un corredor de seguros –PROVISEGUROS- que la asesorara en la modificación, adición, reforma y elaboración de pliegos para licitar la contratación de su programa de seguros.
- 1.1.2. El 8 de febrero de 1988 el corredor presentó su estudio jurídico y técnico sobre el proceso licitatorio.
- 1.1.3. Después de intercambio de comunicaciones con respecto a la asesoría prestada por el corredor, la Empresa Licorera de Santander el 25 de mayo de 1988 adjudicó la intermediación de seguros por dos años a la firma CALDERON ARDILA & CIA y Promociones Técnicas de seguros.
- 1.1.4. La intermediación de seguros generó comisiones por valor de Doce Millones de Pesos (\$12.000.000).
- 1.1.5. PROVISEGUROS reclamó a la Empresa Licorera de Santander la existencia de un contrato de corretaje.

##### **1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO**

El corredor de seguros que considera tener derecho sobre las comisiones que genera un contrato de seguros debe reclamarlas al asegurado?

### **1.3. RESEÑA DE LOS FALLOS DE INSTANCIA**

#### 1.3.1. PRIMERA INSTANCIA

No.

#### 1.3.2. TRIBUNAL

No.

#### 1.3.3. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

No.

### **1.4. FUNDAMENTOS DEL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA**

El corretaje es una labor precontractual, razón por la cual las aseguradoras no controlan esta parte, las aseguradoras ignoran que corredor contactó al cliente, y en cuanto a la remuneración cita el artículo 1341 inc. 2 del código de comercio que establece en cabeza del asegurador la obligación de pagar la comisión al corredor, pues existe entre ellos una relación contractual de corretaje que implica a cargo del asegurador la obligación de efectuar dicho pago.

### **1.5. RECURSO DE CASACIÓN**

1.5.1. Los dos primeros cargos tienen su base en la causal 1ª del artículo 368 del C.P.C..

1.5.2. El primer cargo argumenta en que el tribunal no interpretó las pretensiones de manera correcta pues lo que se le solicita al tribunal es que se condene a la Licorera el pago de una indemnización por haberle negado la posibilidad de recibir la comisión por parte del asegurador.

1.5.3. En el segundo cargo se señalan con errores del tribunal en cuanto no tuvo en cuenta que la labor de asesoría a la Licorera de Santander si constituyó labores que son propias de la intermediación.

1.5.4. El tercer cargo se basa en la causal 2ª del artículo 368 del C.P.C. considerando la sentencia como incongruente por mínima petita

dado que se declaró probada la asesoría brindada por PROWISEGUROS a la Licorera pero desechó las pretensiones relativas al pago del corretaje de aquella a favor de esta, así como los perjuicios morales causados.

### **1.6. CONSIDERACIONES DE LA CORTE**

Concluye la Corte que el Tribunal se pronunció sobre cada una de las ocho pretensiones, lo cual descarta la incongruencia de la sentencia impugnada por PROWISEGUROS, razón por la cual desecha este argumento.

Se hace un análisis del contrato de intermediación de seguros, estableciendo las obligaciones de las partes, los elementos esenciales de este contrato: a) Sujeto – Corredor de Seguros-; b) Objeto *“ofrecer seguros, promover su celebración y obtener su renovación”*; c) Relaciones con las partes.

Posteriormente y analizando el caso concreto del presente litigio concluye la Corte que de la lectura de la demanda se concluye que el demandante pretende un valor derivado del contrato de corretaje pero se lo reclama al asegurado por haber recibido su asesoría, lo cual es extraño al contrato de corretaje, pues este valor sólo se le puede reclamar al asegurador como parte del contrato de corretaje.

La Corte reconoce que los intermediarios realizan labores de asesoría y acompañamiento accesorios al contrato de seguro pero que en modo alguno constituyen por si mismas un contrato de corretaje y por tanto no generan pago de comisión por parte de la aseguradora y menos aún por parte del asegurado quien no es parte del contrato de corretaje como se ha insistido.

## **2. EVALUACIÓN CRÍTICA**

Considero totalmente ajustada a derecho la posición de la Corte, pues los intermediarios de seguros derivan sus ingresos exclusivamente de las comisiones que pagan las aseguradoras por la gestión comercial realizada, en ningún caso se considera la asesoría al tomador como generadora de ingresos para el intermediario.

La legislación en materia de seguros, reiterada en múltiples conceptos de la

Superintendencia Financiera y por las altas Cortes <sup>1</sup>, diferencia la relación contractual del intermediario y la aseguradora de la relación que existe entre tomador y aseguradora, consagrando que las obligaciones en una y en otra son totalmente independientes; siendo la obligación del pago de comisión del intermediario del resorte exclusivo de la relación entre aseguradora e intermediario.

Aceptar en gracia de discusión que el pago de las comisiones puede quedar a cargo del tomador sería desvirtuar totalmente el modelo jurídico de la intermediación, pues se le trasladaría al tomador de un seguro, aparte de negociar las condiciones de la póliza de seguro, adicionalmente negociar las condiciones del pago de comisiones al intermediario, lo cual saturaría el mercado de toda clase de ofertas y descontrol de los intermediarios.

Tal como se reiteró en la presente jurisprudencia aplica para todos los eventos en que a pesar de que un intermediario haya asesorado a un potencial tomador de seguro, su labor no se remunera hasta tanto no se logre la colocación de la póliza ante la aseguradora con el respectivo plago de prima que esta implica, pues su labor de intermediación se concreta una vez lograda la relación contractual entre tomador y aseguradora.

En tal sentido se pronunció la Superintendencia Financiera mediante Concepto N° 95016923-1. Julio 12 de 1995:

*“En este orden, esa labor tiene como remuneración la comisión, derivada de una parte, de la efectiva promoción del seguro y, de la otra, de los servicios que en el curso de la vigencia del contrato preste a las partes ~l intermediario, vale decir, el recaudo de primas, la inspección de riesgos, asesoría en la presentación de reclamaciones y demás servicios ubicados dentro de la esfera de la ejecución del contrato. Tales servicios, para el caso de los corredores de seguros, se enmarcarían dentro del concepto de actividades accesorias o complementarias de su objeto y, en los términos de lo establecido por el artículo 13 del Decreto 361 de 1972 de manera alguna llegan a afectar los elementos esenciales del corretaje de seguros.”<sup>2</sup>*

---

<sup>1</sup> Concepto N° 1998031910-2. Agosto 17 de 1998, sentencias C-447 del 19 de septiembre de 1996, C-028 del 30 de enero de 1997, C-290 del 16 de junio de 1997.

<sup>2</sup> VÉASE ADEMÁS: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, C.P. Germán Ayala Mantilla, Sentencia del 22 de agosto de 1997, Expediente 8311, Publicada en Jurisprudencia Financiera (1994-1998), Superbancaria - Legis 1999 § 0018.

---

**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCIÓN TERCERA**

**Consejero Ponente:** Alier Eduardo Hernández Enriquez

**Fecha:** 22 de marzo de 2001

**1. RESEÑA**

**1.1. RELACIÓN DE LOS HECHOS**

1.1.1. El artículo 189 de la Constitución Política dispone que corresponde al Presidente de la República como jefe de estado, jefe de gobierno y suprema autoridad administrativa: “Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes”.

1.1.2. El artículo 24 de la ley 80 de 1993 regula el principio de transparencia disponiendo en su numeral 1º que la escogencia del contratista se efectuará siempre por medio de licitación o concurso públicos, salvo en casos específicos que allí mismo se establecen en los cuales se podrá contratar directamente.

En el párrafo 2º de la misma norma se estableció:

*“El Gobierno Nacional expedirá, dentro de los seis (6) meses siguientes a la promulgación de esta ley, un reglamento de contratación directa, cuyas disposiciones garanticen y desarrollen los principios de economía, transparencia y selección objetiva previstos en ella.”*

1.1.3. El decreto 855 de 1994 fue expedido por el Presidente de la República a fin de reglamentar parcialmente la ley 80 de 1993 en materia de contratación directa.

El artículo 9º del Decreto 855 de 1994 dispuso:

*“En desarrollo de lo previsto en el artículo 24 de la ley 80 de 1993, las entidades públicas podrán emplear intermediarios de seguros, los cuales, cuando no impliquen erogación a cargo de la entidad estatal y a favor del intermediario, se seleccionarán mediante concurso, que se convocará por medio de invitación pública formulada a través de periódicos de amplia circulación nacional o regional, de acuerdo con el nivel de la entidad.*

*En la invitación se fijarán los criterios de selección del intermediario de acuerdo con los principios señalados en la ley 80 de 1993, tomando en cuenta la capacidad técnica y patrimonial, la idoneidad y la infraestructura operativa que coloque a disposición de la entidad contratante.*

*Se podrá omitir el procedimiento previsto en este artículo cuando el intermediario solo vaya a intervenir en la contratación de seguros para los cuales se pueda prescindir de licitación pública”.*

## **1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO**

Es inconstitucional e ilegal que se someta a concurso la selección de un intermediario de seguros cuando se trata de contratación de seguros con entidades estatales?

## **1.3. RESEÑA DE LOS FALLOS DE INSTANCIA**

CONSEJO DE ESTADO: No.

## **1.4. FUNDAMENTOS DEL DEMANDANTE Y DEL CONSEJO DE ESTADO**

### **1.4.1. ACCIÓN PÚBLICA DE NULIDAD**

Solicita el actor que se declare la nulidad por inconstitucionalidad e ilegalidad del artículo 9º del Decreto 855 del 28 de abril de 1994 porque

considera que la norma viola los artículos 113, 114, 122, 150 y 189 de la Constitución nacional, el artículo 24 de la ley 80 de 1993 y los artículos 1340 a 1353 del código de comercio, al considerar que los intermediarios de seguros se seleccionarán mediante concurso por las siguientes razones:

- ❖ El presidente de la República no puede expedir normas reglamentarias que modifiquen la ley.
- ❖ La ley 80 de 1993 considera que los contratos que no tienen cuantía determinada se pueden contratar directamente, y la ley comercial consagra que los intermediarios de seguros no reciben ninguna contraprestación económica por parte de la entidad asegurada, sino que su remuneración la asume directamente la aseguradora.
- ❖ Así mismo, el contrato de intermediación de seguros es un contrato de prestación de servicios profesionales, de tal suerte que la ley 80 de 1993 consagra que este tipo de contratos se puede contratar directamente.
- ❖ Los contratos estatales son aquellos en los cuales las partes asumen obligaciones y la intermediación de seguros no genera ninguna obligación con respecto a la entidad estatal pues es un simple mediador, la remuneración al intermediario la cancela la aseguradora y su función es solo la de poner en relación a 2 partes contratantes.
- ❖ Siendo el contrato de corretaje un contrato de tracto sucesivo el hecho de someterlo a concurso desvirtúa su naturaleza jurídica.

#### **1.4.2. CONSIDERACIONES DEL CONSEJO DE ESTADO**

- 1.4.2.1. El decreto 855 de 1994 es de carácter reglamentarios de la ley 80 de 1993 en materia de contratación directa, expedido por el Presidente de la República conforme a las facultades dadas por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política.

- 1.4.2.2. El artículo 9º del Decreto 855 de 1994 fue modificado por el Decreto 1898 del 3 de agosto de 1994 y derogado de manera tácita por el Decreto 1436 del 27 de julio de 1998 por el cual se reglamentó la Ley 80 de 1993 en materia de selección de intermediarios de seguros.
- 1.4.2.3. El Decreto 1436 del 27 de julio de 1998 establece que la selección del intermediario se realice mediante concurso público en todos los casos salvo cuando el contrato de seguros se deba celebrar de manera directa.
- 1.4.2.4. El artículo 5º del decreto 663 de 1993 establece que son intermediarios de seguros los corredores, las agencias y los agentes, los cuales son definidos por los artículos 40 y 41 del código de comercio.

## **2. EVALUACIÓN CRÍTICA**

Coincido con el demandante en las imprecisiones que contiene el artículo 9º del Decreto Reglamentario 855 de 1994 en los referente a la frase *“cuando no impliquen erogación a cargo de la entidad estatal y a favor del intermediario”* ya que es claro que en ningún caso la entidad estatal en calidad de tomador en un contrato de seguros deberá hacer erogación económica a favor de un intermediario de seguros, pues éste no es parte del contrato de seguros. Aclarando que el artículo demandado es inaplicable hoy día por la derogación tácita que hiciera del mismo el decreto 1436 del 27 de julio de 1998.

Establece el Consejo de Estado dentro de su argumentación que se dan 2 tipos de contratos cuando el tomador del seguro es una entidad sujeta al estatuto de contratación administrativa; uno es el contrato de seguro y otro es el contrato de corretaje siempre y cuando éste último conste por escrito y genere obligaciones. Este segundo contrato no es propio dentro de la intermediación de seguros, pues como se ha establecido en múltiples casos entre particulares y para citar un ejemplo tenemos el caso analizado en el presente trabajo; la sentencia del 8 de agosto de 2000 de la CSJ Sala de Casación Civil, se repitió que no existe contrato de corretaje entre tomador y corredor, pues las obligaciones se derivan entre aseguradora e intermediario.

Sin embargo, tratándose de entidades estatales que presentan unos pliegos donde establecen las reglas del concurso para que participen distintos intermediarios de seguros, que deben cumplir con unos requisitos y ofrecer unos valores agregados que los distingan de los demás, es necesario concluir que el intermediario escogido debe asumir una serie de compromisos con la entidad tomadora, a quien deberá asesorar y acompañar durante la vigencia de las pólizas que tome con su intermediación, pues de otra manera no sería justificable un concurso para elegirlo como la mejor de las opciones presentadas.

Sin embargo considero que este contrato celebrado entre entidad estatal e intermediario de seguros no debe tener la connotación de contrato de corretaje pues se confundiría fácilmente con los contratos que se perfeccionan entre intermediario y aseguradora.

El contrato entre intermediario y entidad estatal debe regirse por las condiciones que esta haya establecido dentro de sus pliegos de invitación a participar y de allí se establecerán por escrito las obligaciones mutuas entre las partes.

Coincido con el Consejo de estado en que la norma demandada no tiene el carácter de ilegal ni de inconstitucional que alega el demandante.