

Reflexiones sobre la naturaleza jurídica del intermediario de seguros en Colombia*

RAFAEL ALBERTO ARIZA-VESGA**

SUMARIO

1. El concepto de Intermediario de Seguros
2. Naturaleza Jurídica de la actividad de Intermediación de Seguros en Colombia
 - 2.1 Tesis de la Mediación como mandato
 - 2.2 Tesis de la Mediación como Contrato de prestación de servicios
 - 2.3 La tesis que acogemos

Conclusiones

Bibliografía

Fecha de recepción: 11 de octubre de 2008
Fecha de aceptación: 10 de noviembre de 2008

* Artículo resultado de Investigación y Reflexión del autor a partir del proyecto de investigación de trabajo de Grado de Magister en Responsabilidad Civil y del Estado de la Universidad Externado de Colombia en el año 2008.

** Abogado de la Universidad Nacional de Colombia, Especialista en Derecho de Seguros de la Universidad Javeriana y Magíster en Responsabilidad Civil y del Estado de la Universidad Externado de Colombia. Profesor de Derecho de Seguros en Pregrado y Posgrado de la Universidad Nacional de Colombia. Actualmente Director Jurídico en Liberty Seguros de Vida S.A. Correo Electrónico: rafaalariza70@hotmail.com

RESUMEN

Luego de un análisis inicial del concepto de “intermediario de seguros” desde el punto legislativo, jurisprudencial y doctrinal en Colombia, se plantean diferentes reflexiones sobre la naturaleza jurídica del mismo, pretendiendo determinar si se trata de una figura autónoma e independiente o si por el contrario se adecúa a otros tipos contractuales. Se hace notoria la importancia de identificar con claridad la existencia de un negocio jurídico de mediación, con todo un marco obligacional propio, así como la necesidad de predicar el carácter profesional del intermediario de seguros sin importar su modalidad, lo cual trae como consecuencia un análisis más riguroso sobre su responsabilidad contractual. Es así como se revisan las diferentes teorías que existen sobre la naturaleza jurídica del intermediario de seguros y sus similitudes con otras figuras tales como el mandato o la prestación de servicios. Con dicha orientación, se revisan los aspectos más significativos según las diferentes clases de intermediario, haciendo énfasis sobre si se presenta o no la figura de la representación como uno de sus elementos característicos. De otra parte, se estudian las dificultades que la legislación y la práctica ofrecen actualmente en Colombia para la determinación de la naturaleza jurídica del intermediario de seguros, tal como ocurre, con la reciente modificación realizada al Estatuto de Contratación Estatal (Ley 1150 de 2.007 y el Decreto reglamentario 2474 de 2.008).

Palabras clave: tercero, intermediario de seguros, mediador, mediado, negocio jurídico, representación, mandato, prestación de servicios.

ABSTRACT

After an initial analysis of “insurance intermediary” from the legislative, jurisprudential and doctrine viewpoint in Colombia, several approaches are made as to its juridical nature by trying to determine whether it is an autonomous and independent institution or if on the contrary it is configured within other contractual forms. The importance of clearly identifying the existence of an intermediation juridical act with its own set of obligations as well as of the need to present the professional character of the insurance intermediary regardless of its type is notable which results in a more rigorous analysis as to its contractual liability. Different existing theories as to the juridical nature of insurance intermediaries are revised as well similarities with other institutions such as mandate or services agreements. With that approach, the most significant aspects are revised according to the different types of intermediary, analyzing whether representation takes place or not as one of its characteristic elements. On the other hand, difficulties of legislation and practice in Colombia as to juridical nature of the insurance intermediary are presented which is the case for example with the recent amendment introduced to the Public Contracts Law (Law 1150 of 2007 and Decree 2474 of 2008).

Key words: Third party, insurance intermediary, mediator.

I. EL CONCEPTO DE INTERMEDIARIO DE SEGUROS

En el marco general de la negociación contractual se encuentra que existen dos formas mediante las cuales la oferta y la demanda se acercan con miras a concretar el intercambio de bienes y servicios:

- De manera directa: Bajo esta modalidad, son las partes interesadas propiamente dichas quienes manifiestan su intención de celebrar determinada operación frente al otro, determinando en sus propias conversaciones los términos y condiciones en que la misma se desea realizar. Es importante precisar que esta gestión directa se puede efectuar bien de manera personal o a través de mandatarios o representantes, lo cual no modifica el carácter directo del acercamiento desde el punto de vista económico. En efecto, no por el hecho de actuar a través de un mandatario se está actuando a través de un intermediario en el mercado, por cuanto en últimas los efectos jurídico - patrimoniales de la operación se trasladarán al mandante.
- Mediante la intervención de terceros diferentes a las propias partes o sus representantes denominados "intermediarios": En este esquema de negociación contractual, las partes recurren a un tercero quien auxilia a las mismas con la intención de lograr su acercamiento y procurar la realización exitosa de la transacción u operación deseada.

Tal como se desprende de lo antes mencionado, el intermediario es claramente un "tercero" respecto de una determinada relación jurídico - económica. Con el fin de ampliar la anterior aseveración y aplicarla al mundo jurídico, resulta necesario partir de un concepto fundamental cuál es el de "Parte" desde el punto de vista contractual, lo cual por contera permitirá establecer quienes son terceros y porqué el intermediario encaja dentro de dicho concepto.

Con este objetivo resulta pertinente establecer, en primer lugar, que se denomina "parte" desde el punto de vista sustancial a: "aquellas personas naturales o jurídicas que

mediante su celebración acuerdan vincularse jurídicamente y que participan así en el nacimiento, en la modificación o en la terminación de las correspondientes relaciones jurídicas de naturaleza patrimonial”¹.

Es así como el concepto de parte está directamente relacionado con dos preguntas fundamentales: ¿Quién realiza la manifestación de voluntad? y ¿A quién se trasladan los efectos patrimoniales del acuerdo de voluntades?

La respuesta a estas dos inquietudes determina igualmente otra consideración que la doctrina ha aceptado, cual es la de distinguir entre el concepto de parte en sentido formal y en sentido material:

“La primera corresponde al autor del negocio, al sujeto que interviene en la formación del acuerdo mediante la correspondiente manifestación de voluntad. La segunda se identifica con el titular del interés objeto del acto dispositivo, esto es, con el sujeto que se hace destinatario de sus efectos”².

De acuerdo con lo anterior y por oposición al concepto de Parte, será “Tercero” toda aquella persona natural o jurídica que permanezca ajena o extraña al negocio jurídico correspondiente, es decir, no interviene bajo un interés propio o por representación en su formación, celebración, perfeccionamiento y terminación y no dispone de sus propios intereses en el mismo. Con base en diferentes ejemplos prácticos como el caso del causahabiente a título singular y la estipulación a favor de otro, la doctrina ha optado por no tener en cuenta como criterio conceptual para la figura del “Tercero”, la no producción de efectos en su esfera jurídica, por cuanto es posible que efectivamente el negocio jurídico celebrado por las partes propiamente dichas, genere consecuencias para personas que no intervinieron en el mismo, con lo cual de igual manera la distinción antes mencionada entre parte formal y material sería aparente³.

Ahora bien, dentro del mencionado concepto general de “Terceros”, podemos encontrar diferentes especies en función del papel que juegan frente a las partes, entre los cuales existirán aquellos que *se benefician* de una o algunas de las estipulaciones previstas por las partes (Ejem.: en el contrato a favor de un tercero, como ocurre en el seguro de vida en el que el beneficiario es diferente al tomador - asegurado) o aquellos cuya función es de *colaboración o cooperación con las partes* con el objetivo de que el negocio jurídico efectivamente se celebre, se desarrolle o concluya.

Dentro de esta última modalidad de “Terceros” se encuentran los “Intermediarios” o “mediadores” quienes se encargan de buscar “a la persona o personas a las que pueda

1 PAJARO MORENO, MARTHA ELENA, (2005) La relatividad del contrato y los terceros, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pág.. 23.

2 PAJARO MORENO, MARTHA ELENA, *ibidem*, pág. 28.

3 Ver al respecto, PAJARO MORENO, MARTHA ELENA, *ibidem*, pág. 40

interesar la actividad del empresario de quien dependa o para quien actúa, al objeto de concretar la relación jurídica adecuada entre éste y la persona buscada”⁴.

Dicho tercero es denominado de manera general como el “Intermediario” en la medida en que el mismo “media” entre las partes que desean realizar una determinada operación o transacción, sin que el mismo actúe representando el interés de alguna de ellas, a cambio de una remuneración en el evento de que su actividad de mediación resulte exitosa. Se trata de un verdadero colaborador de quienes efectivamente tendrán la condición de partes en el negocio jurídico futuro que se pretende celebrar.

Con el fin de precisar aún más el concepto de “Intermediario” y su calidad de verdadero “Tercero” frente al contrato de seguro a celebrar, resulta importante ahondar aún más en su entendimiento jurídico, nutrido desde luego por la acepción económica o de mercado que se propuso como punto de partida.

Bajo esta orientación, es factible encontrar dos tipos de entendimiento para la palabra “Intermediario” en el lenguaje usual: la primera, referida a aquel sujeto que fundamentalmente se encarga de comprar y revender un determinado producto con el fin de obtener una ganancia específica al incorporarse dentro de la cadena de valor, en virtud de particulares métodos de comercialización que utiliza en su propio provecho como parte misma dentro de un nuevo negocio jurídico, al paso, que existe la segunda, referida a aquél que obtiene un provecho económico derivado de su gestión destinada a facilitar no un negocio propio sino de terceros, es decir, ajeno.

Es justamente este segundo entendimiento, el que resulta útil para efectos de definir al intermediario de seguros, pues corresponde a aquel mediador encargado desde el punto de vista comercial y jurídico de vincular a las diferentes partes de una negociación de bienes o servicios (oferta y demanda) que no hayan querido o conseguido vincularse directamente, lo cual implica, per se, el desarrollo de una gestión profesional idónea enderezada a facilitar la realización de un negocio jurídico futuro (contrato de seguro) previo el suministro a los extremos de la relación de toda la información necesaria para que las mismas obtengan un entendimiento razonable sobre las condiciones, forma y efectos que el mismo entrañará. Por lo mismo, el mediador o intermediario debe ser una persona que conozca apropiadamente el negocio correspondiente, sumado a que debe generar la confianza necesaria entre las partes para cumplir adecuadamente su labor como facilitador de la operación.

En materia aseguradora, dicha función la cumple el intermediario de seguros quien se encarga de acercar al tomador y al asegurador – partes *stricto sensu* según el Art. 1039 del Código de Comercio Colombiano (C.Co.)- con el fin de que entre los mismos se perfeccione un contrato de seguro, que permita al primero trasladar de manera efectiva el riesgo que se encuentra en su cabeza al segundo, quien lo asume dentro de las condiciones propias de su operación, bajo el supuesto indispensable de la buena fe.

4 Ruíz SÁNCHEZ, JOSÉ LUIS, (1993). Principios de la mediación en seguros privados, Centro de Estudios del Seguro, Madrid, pág. 20

En armonía con lo expuesto, el maestro J. EFRÉN OSSA se expresa sobre el intermediario de seguros de la siguiente manera:

“Tales son los “Intermediarios” lato sensu, eslabones entre “el tomador” y “asegurador”, dignos de la confianza de uno y otro, cuyo común denominador radica en su tarea profesional de aproximarlos a la celebración del contrato de seguro, a trueque –claro está– de una prestación económica a cargo del “asegurador” que, no sobra decirlo, hace parte de la prima”⁵.

Ahora bien, la función de dicho intermediario – eslabón en materia de seguros, ha pasado de ser aquel elemento indispensable e ineludible para la realización de todo contrato de seguro de los siglos XVII, XVIII y XIX, a ser hoy en día un elemento que ha tenido que transformarse para hacerse útil en una sociedad con cada vez mayor conocimiento sobre la importancia del seguro y sometido a regulaciones cada vez más estrictas sobre protección del consumidor. En otras palabras, la función del intermediario de seguros (o “productor de seguros” en el derecho argentino) ha variado en importancia con el devenir del tiempo en la medida en que los aseguradores han mejorado su estructura y organización, logrando que la cultura del seguro se haya expandido con mayor fuerza en las sociedades modernas, sumado a la creación por parte de los Estados de mayores controles y exigencias al ejercicio de la actividad aseguradora, mediante mecanismos tales como la institución de entidades de control (Superintendencias) y el establecimiento de normas de protección al consumidor de carácter imperativo.

Es así como siguiendo al doctrinante JUAN CARLOS FÉLIX MORANDI, actualmente nos encontramos frente a la tercera etapa de la evolución del papel del intermediario de seguros en la cual este debe asumir un rol diferente y cada vez más exigente:

“El tercer periodo tiene su iniciación en los últimos años (se refiere al siglo XX) y en él se registra una suerte de inversión de tendencia en materia de producción de seguros, destinada a vigorizar sobre nuevas bases la función del productor en razón de que el mercado, orientado tradicionalmente a vender productos sustancialmente equivalentes unos a otros, no obstante la diversa extracción empresarial, se encamina paulatinamente hacia una “activa concurrencia” y a la ampliación cuantitativa y sobre todo cualitativa de los riesgos que es conexas al ritmo acelerado de la evolución tecnológica, que reclama la “variedad” de las correspondientes técnicas aseguradoras utilizadas en la comercialización de los productos, dando lugar a modalidades y condiciones de cobertura altamente diferenciadas”⁶.

En este tercer periodo, que es el que consideramos actualmente vive el intermediario de seguros, su papel se hace cada vez más especializado, convirtiéndose en

5 OSSA G., J. EFRÉN, *Teoría General del Seguro*, (1998). “*La Institución*”, Editorial Temis S.A., Bogotá, pág. 446

6 FELIX MORANDI, JUAN CARLOS, (1995). “*Marco Normativo del Productor de Seguros en el Siglo XXI*”, en *Revista Ibero-latinoamericana de Seguros*, Num. 6, Universidad Javeriana, Bogotá, Marzo pp. 20 y ss.

factor determinante para el incremento de la producción de los aseguradores en un mercado en el cual resulta más importante llevar a los tomadores – asegurados alternativas de protección ajustadas a sus necesidades individuales, que cualitativamente se diferencien de los ofrecidos por los demás competidores. Justamente, en función de lo anterior, el profesionalismo del intermediario debe ser mayor, así como su compromiso con un asesoramiento independiente, honesto, enfocado a obtener las mejores coberturas para el tomador – asegurado dentro del universo de posibilidades que el mercado asegurador presente.

Es así como nos atrevemos a afirmar, que el intermediario de seguros en la actualidad, corresponde a aquella persona natural o jurídica que siendo un tercero frente a las partes que pretenden celebrar un contrato de seguro, realiza una gestión profesional de acercamiento, aproximación, asesoría y acompañamiento entre las mismas, orientada por principios de honestidad, independencia y seriedad, enderezada a lograr la realización efectiva y adecuada del negocio jurídico respectivo, así como a la asistencia en su desarrollo, bajo la condición de que si resulta exitosa su tarea, sus servicios recibirán a cambio una remuneración económica previamente determinada.

Bajo esta concepción, que consideramos condensa la visión jurídica, económica y funcional de la figura, de entrada se generan múltiples inquietudes particularmente respecto de los denominados “agentes dependientes” (vinculados laboralmente con el asegurador y por ende, con relaciones de dependencia y subordinación con el mismo), quienes tradicionalmente han sido incluidos dentro del concepto de “intermediarios de seguros” sin serlo en rigor, lo cual se demuestra justamente con la decadencia paulatina, el desuso o poco empleo que esta figura ha tenido en la parte final del siglo XX y los albores del siglo XXI.

En efecto, quien en virtud de un contrato laboral con el asegurador propende por la celebración efectiva de contratos de seguro con diferentes tomadores, se encuentra ejecutando órdenes bajo la subordinación de su empleador a cambio del salario básico o con comisión respectivo⁷, con lo que uno de los factores fundamentales de la mediación, cual es la independencia frente a las partes que interactúan, se desvirtúa claramente. Por tanto, y sin pretender adentrarnos en este artículo en el caso de los agentes dependientes, consideramos que su gestión corresponde más que nada a la actividad comercial dirigida y controlada por el asegurador⁸.

7 Ver al respecto, Arts. 94, 95 y 96 del Código Sustantivo del Trabajo Colombiano, subrogados por los artículos 9, 10 y 11 de la Ley 50 de 1990

8 En este sentido se pronuncia el doctrinante FELIX MORANDI expresando: “Pero cabe aclarar, que la actividad desplegada por los denominados “productores dependientes”, no puede considerarse como incluida dentro del fenómeno de la intermediación *stricto sensu*, porque es la misma empresa de seguros la que entra en contacto con el potencial cliente a través de aquellos que forma parte de su propia estructura interna”, en “Marco Normativo del Productor de Seguros en el Siglo XXI”, Ob. Cit., pág. 22.

Desafortunadamente, en la legislación colombiana no contamos con una definición precisa y clara de “intermediario de seguros” y si por el contrario se incluye inapropiadamente dentro de su marco de acción a los “agentes dependientes”. En el artículo 9 del Decreto 655 de 1.925 se contemplaba una definición bastante imprecisa y ambigua de la figura indicando que la misma corresponde a la de la persona que interviene “de cualquier manera, directa o indirectamente por cuenta de terceros, en la celebración de negocios de seguros”, concepto que consideramos equívoco, pues bajo el mismo parecería que estarían inmersos los mandatarios o representantes de las partes que en su nombre celebran el contrato de seguro, lo cual como se indicó antes no es cierto⁹.

El Estatuto Orgánico del Sistema Financiero Colombiano (Decreto 663 de 1993) tampoco trae una definición de los “intermediarios de seguros”, y simplemente a través de los Arts. 40 y 41 determina las actividades principales de los corredores de seguros, agentes y agencias colocadoras de seguros.

Por su parte, el Decreto 2605 de 1993 “Por el cual se señala el régimen aplicable a los intermediarios de seguros y reaseguros y se fijan las condiciones para su supervisión”, tampoco incorpora una definición de la figura y simplemente, establece qué personas están autorizadas para realizar esta actividad y bajo qué requisitos fundamentales.

Sólo a nivel jurisprudencial y doctrinal¹⁰ se ha pretendido establecer el concepto del intermediario de seguros, lo cual ha sido particularmente útil ante la ausencia de una

9 Crítica igualmente esta definición el profesor CESAR NUÑEZ indicando: “Esta definición tiene varias imprecisiones, como la de “cualquier manera”, “directa o indirectamente por cuenta de terceros”; estas expresiones dan la sensación de que en el ejercicio de su actividad, los intermediarios no están sujetos a una normatividad o reglamentos, lo cual es muy contrario a la realidad” en “Los Intermediarios de Seguros. Su contratación entre particulares y con entidades estatales”, artículo publicado en “Seguros, Temas Esenciales, Aspectos Jurídicos, Ramos y Pólizas, la Empresa de Seguros” Universidad de la Sabana, ECOE Ediciones, 2ª Edición, Bogotá, 2005, pág. 459.

10 A nivel doctrinal son múltiples los intentos de definición. En el derecho colombiano encontramos entre otros a JAIME CELI MUNERA quien considera que “el intermediario de seguros no es un simple mediador entre el solicitante y el asegurador cuya actividad únicamente se reduce a llenar y tramitar la solicitud de seguro o el título de capitalización y a cobrar la comisión sino que, más bien, es un factor en la operación de seguros cuya actividad se coloca frente al asegurador y al tomador como técnico y como asesor”, y lo define “como toda persona natural o jurídica, que mediante el recibo de una comisión, se dedica de manera profesional y permanente a la actividad de promover o realizar contratos de seguros y títulos de capitalización, interviniendo como mandatario de su cliente y como representante del asegurador, estando vinculado a éste por una relación de trabajo o por una relación comercial”, en “El papel del intermediario de seguros en la realidad social y laboral”, Señal Editora, Medellín, 2000, pp. 158 y 160. Nos encontramos en desacuerdo con la indicación de que el intermediario es un “factor” pues se confunde su naturaleza jurídica con la del contrato de preposición (art. 1332 y ss. C.Co.) frente al cual tiene sustanciales diferencias. Igualmente no

definición dentro de nuestra legislación. En efecto, desde el punto de vista jurisprudencial, en sentencia C-479 de 1999, la Corte Constitucional precisó la figura en los siguientes términos:

“El artículo 1° del EOSF¹¹, acogiendo un criterio orgánico, determina que el sistema financiero y asegurador se encuentra conformado entre otros, por los intermediarios de seguros y reaseguros. El artículo 40 *ibídem*, define que son intermediarios de seguros las sociedades corredoras de seguros, y los agentes y agencias de seguros. Estas tres últimas categorías se distinguen en que las primeras son empresas que se constituyen como sociedades comerciales, colectivas o de responsabilidad limitada cuyo objeto social exclusivo consiste en ofrecer seguros y promover la celebración y renovación del respectivo contrato, interviniendo a título de intermediario entre el asegurado y el asegurador, al paso que los agentes son personas naturales que llevan a cabo la misma actividad, en relación con una o varias compañías de seguros. Las agencias, por su parte, tienen como facultad la de promover la celebración de contratos de seguros por sí mismas o por medio de agentes colocadores. Así las cosas, los intermediarios de seguros, en cualquiera de sus modalidades, son entidades o personas que, *sin expedir pólizas ni ser parte* en el contrato de seguro, ponen en contacto a las compañías de seguros con los tomadores de las pólizas. Esta es, *por esencia*, la actividad a la que se dedican, aunque la intermediación de seguros no se reduzca a ella sino que se proyecte más allá de la simple colocación de pólizas, en una serie de operaciones complementarias de tipo técnico como pueden serlo, v.g., la inspección de riesgos o la intervención en salvamentos”¹².

Nótese cómo para la jurisprudencia constitucional colombiana:

- El intermediario es un verdadero “Tercero” ajeno al contrato de seguros que se celebrará entre aquellas personas para las cuales media. Ello queda claro al indicar que el intermediario “no es parte”.

estamos de acuerdo con que el intermediario en esencia es “mandatario de su cliente” o “representante del asegurador”, pues confunde la intermediación con el mandato como se verá.

11 Legislación tributaria y Financiera

12 Esta definición, en su parte final, concuerda con la existente al interior de la doctrina italiana, que define al mediador de seguros como “aquel que pone en relación asegurado y asegurador para la celebración de un contrato de seguros, sin estar ligado con una ni otra parte por relaciones de colaboración, de dependencia o de representación (arg. ex. Art. 1754); se distingue del agente, porque es independiente e imparcial, mientras que éste está vinculado con el asegurador de una manera estable con una relación de colaboración, aunque sea autónoma; entre las dos figuras no faltan, pero (sic), zonas grises (productores ocasionales). El mediador de seguros, cuando ejerce la propia actividad de una manera profesional, es un empresario comercial (art. 2195, ns. 4 y 5; Art. 2.082) a todos los efectos; puede también ser un pequeño empresario”, Donati, Antígono, Los Seguros Privados, Manual de Derecho, Librería Bosch, Barcelona, 1960, Traducción de ARTURO VIDAL SOLÁ, pág. 162.

- El intermediario de seguros no es un mandante o representante del asegurador para efectos de la celebración o perfeccionamiento del contrato, pues ni es parte, ni expide la póliza. Tampoco son identificados en su esencia como prestadores de servicios a favor del asegurador o el tomador.
- Identifica como actividad esencial de la actividad de intermediación la de poner en contacto a las partes, existiendo otras actividades anexas o complementarias que califica de carácter “técnico”, que no resultan fundamentales para su configuración y existencia. En otras palabras, lo esencial del intermediario de seguros es justamente mediar.

Pese a la existencia de esta definición de carácter jurisprudencial, la ausencia de una definición a nivel legal del intermediario de seguros en el Derecho Colombiano ha determinado múltiples dificultades desde el punto de vista jurídico, pues, no se sabe con certeza qué lo distingue de otras figuras (lo que se ha prestado a confusiones) y cuáles son sus características fundamentales independientemente de la modalidad de intermediario de que se trate.

No ocurre lo propio, por ejemplo, en el marco de la Unión Europea donde existe la Directiva 2002-92-CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de diciembre de 2.002 sobre la “mediación en los seguros”, en la cual se define propiamente al intermediario de seguros como: *“toda persona física o jurídica que, a cambio de una remuneración, emprenda o realice una actividad de mediación de seguros”*.

Al mismo tiempo, define la mediación de seguros como:

“Toda actividad de presentación, propuesta o 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.

No tendrán la consideración de mediación de seguros dichas actividades cuando las lleve a cabo una empresa de seguros o un empleado de una empresa de seguros que actúe bajo la responsabilidad de esa empresa.

Tampoco se considerarán como mediación de seguros las actividades de información prestadas con carácter accesorio en el contexto de otra actividad profesional, siempre que dicha actividad no tenga como objetivo ayudar al cliente a celebrar o a ejecutar un contrato de seguro, ni la gestión de siniestros de una empresa de seguros a título profesional o actividades de peritaje y liquidación de siniestros”.

La definición de mediación de seguros antes citada, comprende las que consideramos características fundamentales de la figura, que a su vez integran el contenido de la labor del intermediario de seguros y permiten distinguirla de otros fenómenos jurídicos:

- Es una actividad que puede ser desarrollada por una persona natural o jurídica.

- La actividad de mediación de seguros, comprende las gestiones de presentación, propuesta o realización de gestiones previas a la celebración de un contrato de seguro, o bien “la asistencia en la gestión y ejecución de dichos contratos”. Es decir, la actividad del intermediario de seguros se sitúa en la fase precontractual, contractual y post – contractual respecto del contrato de seguros promovido, de tal manera que está presente durante la preparación, celebración, ejecución y finalización del mismo, sin que de ninguna manera el intermediario se haga parte del negocio jurídico para el que colabora¹³.
- No es intermediario de seguros el que de manera accesoria realiza actividades de información previas a la celebración del contrato, ni el que realiza gestión de siniestros a título profesional o actividades de peritaje y liquidación de siniestros. Con lo anterior, se distingue al intermediario de seguros del asesor jurídico o contable, del simple consejero, del ajustador de seguros, del perito, entre otros.
- El intermediario de seguros recibe a cambio de su gestión una remuneración, cuyo pago puede estar condicionado a la celebración efectiva del contrato de seguro, al recaudo de primas, entre otros.

13 En armonía con esta aseveración, la Sala Civil de nuestra Corte Suprema de Justicia en sentencia de 22 de Octubre de 2.001, Exp. 5817 M.P. JORGE CASTILLO RUGELES, refiriéndose a las agencias de seguros, lo cual se puede predicar igualmente del género de los intermediarios de seguros, expresó lo siguiente: “Ciertamente que en la práctica la agencia de seguros, como negocio y actividad, no se limita a promover la celebración de los contratos de seguros en sólo beneficio de las compañías con quienes se hallan vinculadas, sino que también prestan un verdadero servicio de asesoría al cliente antes de la celebración del contrato de seguro, durante su ejecución y particularmente cuando se presenta el siniestro; ello explica porqué la ley ha determinado de vieja data, cuáles son las facultades mínimas que las Compañías deben otorgar a sus agencias; recaudar dineros de todos los negocios, intervenir en salvamentos y promover la celebración de contratos, por sí o por medio de sus propios agentes, consagradas desde cuando se expidió la Resolución 22 de 1955 y conservadas hoy en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero”. Respecto de los corredores de seguro, la Sala Civil igualmente indicó en sentencia de 8 de agosto de 2.000 Exp. 5383 M.P. JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ: “Por lo demás, volviendo sobre la intermediación como rol característico del corredor, resulta importante anotar que en los tiempos de hoy se admite como labor apropiada, sin que tal circunstancia afecte la esencia de la institución, aquella que se sitúa en la fase precontractual de promoción del contrato de seguro, o en la ejecución y desarrollo del mismo, como ejercicio de una asesoría encuadrada dentro de un ámbito de conexidad o complementariedad del objeto social exclusivo de los corredores de seguros; descartándose, eso sí, en consideración de esa capacidad jurídica y al objeto social, gestiones de asesoramiento desligadas de la actividad fundamental y principal”.

2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACTIVIDAD DE INTERMEDIACIÓN DE SEGUROS EN COLOMBIA

Como hemos venido indicando al ubicar conceptualmente la figura del intermediario de seguros, el mismo encaja dentro de la figura del “Tercero” en relación con el contrato de seguro en el cual realiza la gestión de aproximación o acercamiento. No obstante, dicha condición de tercero frente al contrato de seguro, no determina en realidad la naturaleza jurídica propia de la mediación de seguro como fenómeno jurídico autónomamente considerado.

Tal como se ha desarrollado, la persona natural o jurídica que se dedica a esta actividad, efectúa gestiones de mediación entre dos partes interesadas en celebrar un contrato de seguro. Es por lo anterior, que para determinar la naturaleza jurídica del intermediario de seguro, debemos partir necesariamente de la correspondiente a la mediación en sentido general.

Para tal efecto, solamente haremos mención en este artículo de dos tesis fundamentales que optan por incorporar al mediador de seguros dentro del mandato o de la prestación de servicios, para luego desarrollar aquella por la que hemos tomado partido. Antes de abordar el estudio antes mencionado, es importante anotar que las más importantes tesis sobre la naturaleza jurídica de la mediación se han desarrollado al interior de la doctrina italiana, gracias a que en Italia se encuentra tipificada tal figura a través del Art. 1754 del Código Civil¹⁴. En efecto, al interior de la doctrina italiana se debatió con especial interés si la mediación correspondía a un acto jurídico unilateral, a un contrato

14 Resulta del todo pertinente e ilustrativo hacer mención de las tesis desarrolladas en la doctrina italiana, pues como bien lo anota el profesor ANDRÉS ORDOÑEZ: “Es conveniente entonces, desde el inicio, observar que la intención de los redactores de nuestro Código de Comercio, fue adoptar esta visión de la legislación italiana que concibe al corredor como ajeno a cualquier relación contractual con los interesados en el negocio en que intermedia. En un importante estudio realizado por el profesor HERNANDO TAPIAS ROCHA, se pone de presente y es conveniente recordarlo ahora, que las normas actuales del Código de Comercio sobre corretaje, fueron adoptadas sin que se advirtiera que con ellas “... abandonaba Colombia la tradición que proveniente del Código de Comercio de Chile había aceptado desde 1887, para acoger en cambio la italiana”. En el Código de Comercio Terrestre de Colombia, que rigió hasta 1971, el corretaje se trataba claramente como una modalidad del mandato; al adoptarse el esquema del Código Italiano, para el cual el mandato sólo puede ser conferido para la ejecución de actos o negocios jurídicos, nuestro Código de 1.971 trató de desligar completamente al corretaje del contrato de mandato, al igual que lo hace el Código Italiano con la figura de la “mediación” (Art. 1754 C.C. Italiano) por lo cual, en principio, cualquier mandato que sea conferido al corredor de seguros por parte de cualquiera de las partes que celebran el contrato de seguro, solo podría entenderse como accidental y ajeno a la relación de corretaje”. ORDOÑEZ ORDOÑEZ, ANDRÉS, en *La responsabilidad profesional y patrimonial y el seguro de la responsabilidad*, Memorias XXIV Encuentro Nacional de Acoldece, Asociación Colombiana de Derecho de seguros ACOLDESE – AIDA, Bogotá, 2005, pp. 169 y 170.

de obra, o si se trataba de un contrato unilateralmente vinculante, un contrato plurilateral o un contrato preliminar, entre otras¹⁵. No nos adentramos en el estudio de dichas tesis, pero sí debemos mencionar que tras el análisis de las mismas se obtienen elementos suficientes para considerar a la mediación como un contrato bilateral con características específicas que lo hacen una figura autónoma y única. De otra parte, es necesario reconocer de entrada que en el ámbito colombiano, a diferencia de lo que ocurre en Italia, la mediación no está reconocida como un contrato típico, pese a lo cual si se encuentran algunas referencias, como la utilización de la expresión “intermediario” en el Art. 1340 del C.Co.

2.1 Tesis de la Mediación como mandato

Quizás uno de los errores más comunes que a nuestro juicio encontramos a nivel doctrinal e incluso en la legislación colombiana es confundir la mediación con el mandato. Consideramos claro que dichas figuras presentan rasgos diferentes, lo cual no implica que un intermediario no pueda en forma conexas o posterior a su actividad esencial realizar gestiones propias de un mandatario. Bajo esta tesis, en síntesis, se considera al intermediario como un mandatario representante o no, bien del asegurador, bien del tomador, para efectos de la celebración de un contrato de seguros.

Esta discusión resulta aún más significativa en el derecho colombiano donde el Art. 41 del E.O.S.F. en su numeral 2 indica respecto de la agencia de seguros: “*La agencia representa a una o varias compañías en un determinado territorio, con las facultades mínimas señaladas en este capítulo*”; de igual forma, el Art. 42 del E.O.S.F. en el que se indican las facultades mínimas que la agencia de seguros debe recibir “... *por la compañía o compañías que represente*” y aún peor el Art. 101 de la Ley 510 de 1999 en el que se predica la representación de una o varias compañías de seguros o sociedades de capitalización “*que tienen las agencias y los agentes de seguros*”.

Consideramos que jurídicamente el intermediario de seguros no realiza en esencia mandato representativo, pues claramente, no celebra el contrato principal que promueve ni lo suscribe en nombre de otro y ni siquiera puede efectuar por regla general ofertas vinculantes de seguro en nombre del asegurador, ni aceptar riesgos u ofertas de los tomadores¹⁶, sino que simplemente promueve la celebración del contrato, acerca y

15 Mayor información sobre estas tesis doctrinales puede encontrarse en: MESSINEO, FRANCESCO, “Manual de Derecho Civil y Comercial”, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1971, Tomo VI, pp. 66 y ss.

16 En torno a la imposibilidad para el intermediario de seguros, salvo pacto expreso, de efectuar ofertas vinculantes en nombre del asegurador o aceptar las que reciba de los tomadores en los términos del Art. 845 del C.Co., ver ORDOÑEZ, ANDRÉS E., Cuestiones Generales y Caracteres del contrato, serie Lecciones de derecho de seguros No. 1, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, pp. 59 a 63 con quien concordamos

estimula a quienes realmente serán partes para que lo celebren. En efecto, ni el corredor, ni el agente, ni las agencias, celebran el contrato de seguro en nombre y representación del futuro tomador o del futuro asegurador, salvo que efectivamente hubiesen recibido una facultad expresa para ello, caso en el cual, no actuarán como intermediarios sino como verdaderos mandatarios. Es el caso del agente, agencia o corredor que recibe por facultad otorgada contractualmente primas en nombre del asegurador o de aquel que recibe facultades para expedición. Sólo para estos efectos, el intermediario será un mandatario del asegurador y en consecuencia, comprometerá al asegurador quien en tal virtud recibirá los efectos del negocio jurídico de pago.

Pese a lo anterior, ha surgido la inquietud acerca de si el intermediario realiza una gestión de mandato no representativo. En relación con este punto y la posibilidad de que, en particular, el corretaje de seguros entrañe un mandato no representativo, el maestro J.E. OSSA indicó con argumentos que no compartimos como adelante se indicará, lo siguiente:

“... vale la pena indagar si (el corretaje de seguros anotamos) tiene naturaleza de “mandato no representativo”, con ser que, conforme el Art. 1340 del C.Co., 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, sin estar vinculado a las partes por relaciones de colaboración, dependencia, mandato, o representación”. (...) No figura entre las notas negativas del mediador en el Art. 1754 del Código italiano de las obligaciones, que es fuente de nuestro régimen general de corretaje. E implica “colaboración” que es concepto entrañable a esta actividad. Lo que nos hace pensar que, incorporado en el art. 1340, el “mandato” debe tener un alcance restringido. Un mandato tal que pueda significar menoscabo de la “imparcialidad” del corredor frente a las “partes” a quienes debe “aproximar” para la celebración del contrato principal. Un mandato “previo”, “estable” cualquiera que sea su objeto, originario de una relación tan estrecha entre el mandante y el mandatario, que menoscabe la “independencia” profesional de este último y desvanezca, por ende, la esencia de la intermediación comercial. Pero no un “mandato” ad hoc ocasional, encaminado a la obtención de una colaboración especializada, a la suscripción de un contrato de seguros ajustado a las necesidades y aspiraciones del mandante. (...)”

Se trata, obviamente, de un mandato “no representativo”, o sea de una de las opciones a que se refiere el inciso 2 del art. 1262 del C.Co. y que por tanto, no conlleva “la

en que “En efecto, si cuando el contrato era solemne y en consecuencia la oferta, aún fuese aceptada, no tenía mayores consecuencias en cuanto que el contrato de seguro quedaba todavía requiriendo para su existencia la expedición de la póliza, podía afirmarse que el intermediario no podía hacer ofertas de seguro que vincularan al asegurador, siendo el contrato consensual, si se entendiera que los intermediarios están facultados para formular ofertas de seguro, dado que la aceptación de las mismas por parte del tomador perfecciona el contrato, sería tanto como afirmar que los intermediarios se encuentran facultados para celebrar los contratos de seguro, lo cual no es aceptable en ningún caso”.

representación del mandante". Un mandato especial, un mandato *sui generis*, si se quiere una especie de mandato o, en fin, un contrato de colaboración que participa de la naturaleza del "mandato".

En defecto de consagración legal, frente al tenor literal del Art. 1340 del C. Co., regulado el corretaje (título XIV) por otras normas que las del mandato (título XIII), la tesis que antecede puede ser o parecer atrevida como concepción jurídica. Tanto más cuanto que, según jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (...), "el corredor como simple intermediario no es un verdadero mandatario. Ni tiene representación del comitente, ni realiza ningún acto jurídico por cuenta de este. Su intervención se limita a actos materiales para aproximar a los contratantes a fin de que estos perfeccionen por sí mismos el negocio". Nos tranquiliza empero, la posición adoptada al respecto por expositores tan autorizados como Picard y Besson, quienes de acuerdo con la jurisprudencia francesa –según su opinión transcrita en otro aparte–, no vacilan en atribuir al "corredor de seguros" la calidad de mandatario del asegurado o del asegurador, según las circunstancias, y en subrayar el interés de esta interpretación desde el punto de vista de su responsabilidad eventual"¹⁷.

No consideramos que el intermediario de seguros en ninguna de sus modalidades y en particular del corretaje, sea un mandatario no representativo de cualquiera de los mediados por las siguientes razones:

- Es de la esencia del intermediario de seguros promover la celebración del contrato de seguro entre los mediados. El intermediario de seguros no obra como mandante de ninguna de las futuras partes del contrato de seguro, ni adquiere obligaciones a su nombre que posteriormente se trasladen al mandante internamente. El intermediario no reemplaza en ningún momento ni al futuro tomador ni al futuro asegurador en las manifestaciones de voluntad correspondientes que resultan necesarias para la celebración del contrato mediado.
- Es posible que después de finalizadas las obligaciones propias del contrato de mediación, el mediado (asegurador o tomador) asigne al mediador otras gestiones que transformen el objeto inicial del negocio jurídico para convertirlo en un verdadero mandato incluso en algunas ocasiones, de carácter representativo. Sin embargo, dichas gestiones son posteriores y en todo caso, conexas o adicionales al centro de la relación de mediación. En este sentido se pronuncia Messineo: "*e) Después de concluido el contrato (denominado principal), al mediador le está permitido asumir, frente a una de las partes, el encargo de representarla en los actos relativos a la ejecución de dicho contrato (art. 1761). La actividad del mediador, en este ulterior carácter, esta regulada por los arts. 1388 y sigtes.*". Es decir, la actividad del mediador deja de estar regulada por las normas propias de la mediación para que le sean aplicables las del mandato en el contexto italiano, solución que resulta acorde con las gestiones que desarrolla el mediador y que son claramente distinguibles.

17 OSSA, J. EFRÉN, Ob. Cit., pp. 499 a 501

Conforme lo expuesto, consideramos que no se puede predicar que la naturaleza jurídica del intermediario de seguros sea la de un mandato bien representativo o no representativo, pues el objeto de su gestión está encaminada a la mediación entre las partes, a la promoción y acercamiento tendiente a la celebración de un contrato de seguro entre tomador y asegurador. Así mismo, se observan diferencias jurídicas sustanciales entre una y otra figura como es el caso del pago de honorarios proporcionales a favor del mandatario en caso de terminación del contrato antes de la completa ejecución del encargo (Art. 1264 C.Co. Colombiano), lo cual no ocurre en la intermediación de seguros, sumado por ejemplo, a la incompatibilidad del mandatario prevista en el Art. 1274 del C.Co. Colombiano que impediría al intermediario de seguros igualmente realizar su gestión a favor del futuro tomador del seguro.

Desde luego, esta labor de intermediación puede verse complementada con gestiones anexas o adicionales que sí constituyan verdaderas relaciones de mandato, como cuando se faculta al intermediario para recibir las primas, se hacen convenios de "corte de cuentas" o se le faculta para presentar, recibir u objetar reclamaciones, entre otras. Bajo esta concepción consideramos que el legislador colombiano al incorporar la representación del asegurador como elemento distintivo de las agencias y agentes de seguro se equivoca y confunde la verdadera naturaleza jurídica del intermediario de seguros. Cosa distinta es que hubiese establecido la posibilidad de pactar la representación voluntaria en los términos del Art. 832 y ss., de nuestro Código de Comercio dentro de los contratos que vinculen a las agencias y agentes con los aseguradores, o que por razones de interés público la estableciera excepcionalmente en tratándose de aspectos muy puntuales como es el caso del recibo de la prima para proteger a los consumidores¹⁸.

Igualmente, no resultan descartables situaciones en las cuales, se den los elementos del denominado mandato aparente, caso en el cual se trastocan las características esenciales de la mediación y se modifican igualmente las reglas de responsabilidad, vinculando al asegurador o al tomador por esta vía.

18 En este punto coincidimos con el profesor ANDRÉS ORDÓÑEZ cuando indica que: "La idea de representación del asegurador es ajena en principio a la actividad de los intermediarios, y esto es claro cuando se trata de los corredores de seguros, pero no tan claro cuando se trata de los agentes y de las agencias colocadoras. En este último caso, debido a que, contra toda técnica jurídica, el Art. 41 numeral 2 del estatuto financiero, reproduciendo la legislación anterior que fue objeto de múltiples críticas a este respecto, atribuye a las agencias colocadoras sin excepción el carácter de representantes del asegurador. Sin embargo, su labor no consiste ciertamente en celebrar a nombre de éste negocios jurídicos (que es lo que define como sabemos esencialmente el concepto de representación) y mucho menos el contrato de seguro propiamente dicho, salvo en lo que se refiere al recaudo de primas, actividad dentro de la cual las agencias sí actúan con facultades representativas en el negocio jurídico extintivo de pago." ORDOÑEZ ORDÓÑEZ, ANDRÉS, *El Contrato de Seguro*, Ley 389 de 1997 y otros estudios, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998 pp. 62 y 63.

2.2 Tesis de la Mediación como Contrato de prestación de servicios

En sentencia de 22 de marzo de 2.001, Radicación 9840, la Sección Tercera del Consejo de Estado Colombiano tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la naturaleza jurídica del contrato de corretaje, para diferenciarlo del contrato de prestación de servicios. En este asunto, el demandante sostenía que el contrato estatal para la utilización de intermediarios de seguros correspondía a un contrato de prestación de servicios que de acuerdo con el literal d) del numeral 1 del Art. 24 de la Ley 80 de 1993 puede ser celebrado directamente por la entidad estatal.

Frente a esta tesis el Consejo de Estado indicó:

“Así las cosas, considera la Sala que los contratos de intermediación de seguros constituyen un tipo específico de contratos, cuyo objeto está claramente determinado y delimitado en las normas especiales que los regulan, y por lo tanto, no pueden confundirse con el de prestación de servicios profesionales a que se refiere la norma citada. Además, la incompatibilidad entre las dos figuras puede resultar evidente, si se tiene en cuenta que en los contratos de prestación de servicios, la remuneración se causa por la realización de las actividades que constituyen el servicio específico, mientras que en los contratos de intermediación de seguros, como se ha visto, el cumplimiento de las obligaciones del contratista no le garantiza la obtención de la comisión que sólo recibirá si se celebra el contrato de seguro entre las partes”.

Sin embargo, a nivel doctrinal, el profesor ANDRÉS ORDÓÑEZ ha incluido dentro del género de los contratos de prestación de servicios a los intermediarios de seguros, sólo que indicando que se trata de una modalidad “*sui generis*”. Al respecto, tratándose del corredor de seguros, aunque también lo predica para los agentes y agencias, explica lo siguiente:

“La conclusión de todo lo anterior, no puede ser otra distinta que, dentro del marco de la ambigua normatividad que se ha descrito y consultando las características prácticas del desarrollo de su actividad entre nosotros el contrato de corretaje de seguros, si bien puede ubicarse dentro del género de contratos de prestación de servicios, es un contrato *sui generis*, que genera para el corredor obligaciones de medio frente a las partes que intervienen en el negocio, sin perjuicio de que excepcionalmente se establezcan adicionalmente relaciones de mandato representativo entre el corredor con cualquiera de esas partes para ciertos efectos”.

Consideramos en armonía con la posición señalada por el Consejo de Estado que la intermediación de seguros no corresponde a un contrato de prestación de servicios, sino que -aunque con algunas similitudes en su desarrollo práctico- participa de una estructura especial que permite distinguirlo como un contrato autónomo e independiente, como, por ejemplo, las específicas exigencias de idoneidad, profesionalismo y moralidad exigidas para su ejercicio, el régimen de remuneración, así como que la esencia de la intermediación se encuentra en el acercamiento entre las partes del futuro negocio y no propiamente en la asesoría que se presta luego del perfeccionamiento del contrato de seguros, la cual es un elemento adicional y complementario a la gestión de promoción y aproximación ética del negocio.

Desafortunadamente, es usual en nuestro medio que se confunda el contrato de intermediación de seguros con el de prestación de servicios, adicionalmente por cuanto en diversas ocasiones el intermediario no es capaz de distinguir ante el cliente una gestión de otra o de cualquier manera no la precisa.

A manera de ejemplo, encontramos que en concepto¹⁹ de la Contraloría General de la República, la citada entidad incurre en esta misma confusión al referirse al objeto del contrato de corretaje de seguros frente a la entidad estatal cuando afirma:

“Debe precisarse que el contrato de corretaje no obstante pertenecer al derecho comercial, teniendo en cuenta que una de sus partes pertenece al derecho público, el contrato entonces es estatal, tal como lo establece el Art.32 mencionado.

El objeto del mismo consiste en prestar los servicios profesionales como intermediario de seguros para el cubrimiento de los riesgos de los activos e intereses de propiedad y a cargo de la entidad estatal, así como aquellos por los cuales sea o fuere legalmente responsable, y asesorar la misma en el análisis de las necesidades de aseguramiento de la entidad, pólizas requeridas- y cláusulas especiales recomendadas, elaboración y recomendaciones para el programa de prevención de pérdidas y sus campañas, elaboración y recomendaciones del programa de seguridad y salud ocupacional, elaboración y recomendaciones del mapa de riesgos de la entidad, entre otras. (...)

Podría decirse entonces que tal remuneración es eventual, es decir sólo se genera si efectivamente la entidad estatal toma los seguros. En este aspecto se considera que tal como lo plantea el artículo 57 anotado, si lo es, situación ésta, que debe quedar establecida entre la entidad estatal y el corredor de seguros en el respectivo contrato, en el cual debe estipularse que la entidad no reconocerá honorarios, comisiones, gastos o erogaciones al contratista por concepto de los servicios prestados, toda vez que la aseguradora contratada por la entidad será la encargada de pagar las comisiones como intermediario al contratista de conformidad con lo estipulado en el artículo 1341 del Código de Comercio” (Negrilla fuera de texto).

Esta situación que en nuestra opinión constituye un entendimiento inadecuado de la naturaleza de la figura, pareciese ser causada por la ambigüedad que generan algunas normas del régimen de contratación estatal (Decreto 1436 de 1998, derogado inicialmente por el Decreto 066 de 2.008 y seis meses después, por el Decreto 2474 de 2.008, reglamentarios de la Ley 1150 de 2007) y de la Seguridad Social (entre otras Art.81 del Decreto Ley 1295 de 1994).

19 Contraloría General de la República, Concepto No. 29028 de 6 de junio de 2006
ASUNTO: Contratos de Corretaje.- Servicios Adicionales a éste. Contratación con no Intermediario de Seguros - Viabilidad

En particular el análisis del caso de la intermediación en el régimen de Seguridad Social en Riesgos Profesionales, permite apreciar las diferencias evidentes entre la prestación de servicios y la mediación como tal.

En efecto, el Art. 81 del Decreto Ley 1295 de 1994 en armonía con el Art.5 del Decreto 1530 de 1996 permiten la utilización de intermediarios por parte de los empleadores o de los aseguradores, para la promoción de la afiliación de las empresas al Sistema de Seguridad Social en Riesgos Profesionales.

Sin embargo, la actividad de los intermediarios puede ser ejercida en 3 frentes muy diferentes, que explica claramente la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera) en concepto No. 1999012709-2 de Agosto 9 de 1999 emitido por el Superintendente Delegado para Seguros y Capitalización²⁰:

“Al respecto, es pertinente señalar que tal diferenciación corresponde al criterio esbozado por esta Superintendencia en la comunicación número 95020768-2 del 14 de agosto de 1995, cuando en su oportunidad y con fundamento en lo dispuesto en el Art. 287 de la Ley 100 de 1993 y en el artículo 81 del Decreto 1295 de 1994, determinó que los intermediarios de seguros se encuentran habilitados para ejecutar tres clases de actividades en el Sistema General de Riesgos Profesionales, a saber:

«(...) Se dispone, en primer término, que los intermediarios de seguros sujetos a la supervisión permanente de la Superintendencia Bancaria podrán realizar actividades de salud ocupacional si cuentan con una infraestructura técnica y humana especializada para tal fin, previa obtención de licencia para prestación de servicios de salud ocupacional a terceros; es decir, que podrán ser contratados para tal efecto por las administradoras de riesgos profesionales para la prestación de los servicios de prevención a que están obligadas o directamente por los empleadores.

En segundo lugar se contempla la posibilidad para los intermediarios de seguros de asesorar a los empleadores en la selección de la administradora de riesgos profesionales, caso en el cual el empleador deberá sufragar el monto del honorario del intermediario con cargo a sus propios recursos, y en ningún caso dicho costo podrá trasladarse directa e indirectamente al trabajador.

En tercer lugar las administradoras de riesgos profesionales, deberán promocionar el sistema de riesgos profesionales entre los empleadores, brindando la asesoría necesaria para que el empleador seleccione la administradora correspondiente, para lo cual también podrán utilizar a los intermediarios de seguros (...)» (Negrilla fuera de texto).

Cuando el intermediario realiza gestiones de salud ocupacional para el empleador le estará prestando un servicio bajo parámetros técnicos o profesionales, pero de ninguna manera estará realizando una actividad de mediación de seguros, pues no está promoviendo

20 Fuente: www.superfinanciera.gov.co

contrato alguno. En el segundo tipo de actividad, referido a la asesoría exclusiva para la selección del intermediario, igualmente estará prestando un servicio en estricto sentido, al punto que recibe **honorarios** a cargo del empleador y no comisión, aunado a que no realiza acercamiento alguno con el mercado asegurador. Es en la última actividad a la que hace referencia el concepto de la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera) en donde efectivamente el intermediario realizará una gestión de mediación en la medida en que promueve el sistema y la realización del contrato (afiliación al Sistema de Seguridad Social), la cual se ve complementada con una labor de asesoría adicional.

Recientemente el Art. 75 del Decreto 2474 de 2.008 acentúa la confusión conceptual sobre la figura del intermediario de seguros en particular dentro del contexto de la contratación estatal, al señalar que dentro del análisis requerido para su selección debe valorarse “el plan de administración de riesgos” que desarrollará el intermediario ubicándolo más como un asesor o prestador de servicios experto en materia de administración y prevención de riesgos que como un mediador en estricto sentido. En efecto, el intermediario de seguros que desee contratar con una entidad estatal bajo el tenor de la norma antes mencionada debe asesorar a la entidad en la elaboración del pliego de condiciones para la selección de la aseguradora, así como diseñar y ofrecer un “programa de prevención de pérdidas que permita disminuir los riesgos de la entidad estatal”. Dentro de la evaluación se le otorga por disposición expresa un peso del 40,00% a la valoración que se efectúa sobre la “formación y experiencia de los profesionales y expertos del equipo de trabajo” del intermediario, así como se mide el tiempo y clase de dedicación que darán a favor de la entidad estatal. Como si lo anterior fuese poco, se incluye como requisito que el intermediario debe dar una “oferta de soporte técnico” entendida como recursos que pondrá a disposición de la entidad, diferentes a personal.

Claramente se aprecia como, dentro del marco de la contratación estatal en Colombia, el intermediario de seguros deja a un lado su rol de promoción y acercamiento con miras a la realización de un contrato de seguro para en su lugar realzar sus funciones como asesor y prestador de servicios profesionales partiendo de la base de que debe ser un experto en la prevención, manejo y administración de riesgos.

Lo anterior resulta cuestionable a la luz de la normatividad vigente en Colombia, donde para el caso del corredor de seguros el mismo tiene derecho a su remuneración “en todos los casos en que sea celebrado el negocio en que intervenga” (Art. 1.341 C.Co.) y no por la prestación de servicios de administración de riesgos, sumado a que conforme el Art. 1.347 del estatuto mercantil deben tener como objeto social exclusivo “ofrecer seguros, promover su celebración y obtener su renovación a título de intermediarios entre el asegurado y el asegurador”. Tratándose de los agentes o agencias de seguros la normatividad colombiana es enfática en asignarles como “facultades mínimas” las de inspeccionar riesgos, recaudar dineros, intervenir en salvamentos y promover la celebración de contratos de seguros (Art. 42 E.O.S.F), pero no los asimila a prestadores de servicios para los futuros tomadores. Lo que parecería ocurrir es que en la práctica la gestión tradicional que se ha asignado a los intermediarios se ve desbordada y los futuros tomadores esperan beneficios adicionales con su contratación sin tener que pagar remuneración diferente a la comisión tradicional, entendiendo también

que finalmente la misma es debitada de la prima que ellos mismos pagan. Podríamos decir que los futuros tomadores actualmente esperan que el intermediario sea más un asesor, un experto en seguros que los acompañe y los ayude en la administración de los riesgos a los cuales están expuestos, aunque su naturaleza jurídica no permita identificarlos en estricto sentido de esta manera.

2.3 La tesis que acogemos

Consideramos que la mediación, así la legislación colombiana no lo contemple en forma típica, corresponde a un contrato autónomo y principal, con rasgos independientes que lo diferencian de otras figuras como el mandato y la prestación de servicios independientes.

En efecto, y es conveniente indicarlo desde ahora, el intermediario no actúa por sí mismo o espontáneamente, sino que su gestión responde al desarrollo de una actividad contractual que en derecho colombiano es atípica, salvo una de las modalidades de mediación que es el caso del corretaje de seguros. Es decir, el intermediario realiza la gestión de acercamiento o aproximación a raíz de la necesidad observada o expresada por uno o varios sujetos jurídicos de ofrecer o de acceder a un contrato de seguro con características específicas, con el objetivo de asumir o trasladar determinado riesgo.

En el caso del asegurador, este tendrá la necesidad de desarrollar comercialmente su empresa dedicada a la actividad de asunción controlada de los diferentes riesgos asegurables en forma organizada de acuerdo con los principios y presupuestos técnicos que rigen la materia, a cambio de la remuneración correspondiente (prima) procurando que bajo el carácter mutualista de la actividad efectivamente se diluyan apropiadamente los efectos negativos derivados de la ocurrencia de determinado tipo de riesgo y se logre un resultado exitoso al final del ejercicio. Por su parte, los tomadores de seguro tienen la necesidad de atender los efectos adversos que les pudiese generar la ocurrencia del riesgo que amenaza su vida o su patrimonio a través de mecanismos idóneos dotados de seguridad y confianza²¹.

Tal como se aprecia, existen necesidades identificables por parte de aseguradores y tomadores, los cuales deben encontrarse en el tráfico mercantil para su satisfacción.

Es así como los aseguradores establecen departamentos comerciales encargados del desarrollo de su actividad dedicados a la consecución directa de contratos de seguro, para lo cual se contratan funcionarios vinculados laboralmente (verdaderos

21 No sobra hacer mención de la denominada Teoría de la necesidad desarrollada por el autor ALFREDO MANES conforme a la cual el seguro se define como "Aquel recurso por medio del cual un gran número de existencias económicas amenazadas por peligros análogos se organizan para atender mutuamente a posibles necesidades tasables y fortuitas de dinero". Citado en OSSA GÓMEZ, J. EFRÉN, Ob. Cit. Pág. 13.

colaboradores con contratos de trabajo), se desarrollan sucursales o agencias representantes en diferentes puntos geográficos, se habilitan mecanismos de adquisición electrónica de productos de seguro, se contratan “agentes dependientes”, entre otros.

Por su parte, los tomadores pueden igualmente acudir de manera directa a los instrumentos diseñados por los aseguradores para la adquisición de productos de seguro, así como incluso, tratándose de sociedades comerciales de mediano y gran tamaño, se desarrollan verdaderas oficinas internas para el manejo y adquisición de los seguros que requiera la empresa.

Sin embargo, lo anterior no resulta suficiente para la comercialización masiva y generalizada de los diferentes productos de seguro, tan necesarios para el desarrollo y protección de las actividades propias de la sociedad en la que vivimos, teniendo en cuenta diferentes circunstancias asociadas, fundamentalmente, con la falta de conocimiento especializado por parte del ciudadano común y corriente de las coberturas diseñadas para la protección de su vida y patrimonio, la especialidad de determinados productos de seguro (principalmente en seguros de carácter técnico en áreas como la ingeniería o actividades con alta complejidad tecnológica) y la necesaria confianza que se requiere para esperar que una determinada empresa honre en condiciones de solvencia y seguridad el compromiso asumido ante la ocurrencia de un determinado evento.

Es así como para atender estas circunstancias, se hace vital la presencia de un mediador que aproxime a las partes para la consecución de los contratos de seguro respectivos, brindando de un lado a los aseguradores la oportunidad de expandir su actividad utilizando verdaderos profesionales en la materia que desarrollen su actividad en forma independiente, mientras que a los tomadores les permite contar con una persona de su confianza que les asesore y aconseje con objetividad sobre los pormenores del contrato y la mejor forma de protegerse frente a las contingencias que pudieran surgir a raíz de la ocurrencia de los riesgos asegurables a los que se encuentran expuestos.

Sin embargo, y aquí retornamos a la idea inicial, el intermediario requiere que alguno de los extremos que pretende contratar manifieste su necesidad en tal sentido, de tal manera que este pueda iniciar su gestión profesional. Por supuesto, el intermediario puede indagar motu proprio con las partes sobre sus necesidades y ofrecerles su gestión para el acercamiento, pero en todo caso, debe existir un interés manifiesto bien del futuro asegurador, bien del futuro tomador de celebrar un contrato de seguro. Una vez el intermediario conoce o produce esa intención (que está precedida de la confianza que este genera en el futuro asegurador o futuro tomador) manifestará o no su consentimiento para iniciar las gestiones tendientes a conseguir que se realice de manera efectiva el contrato respectivo con el otro extremo de la relación.

Tal como se aprecia, existe un verdadero contrato de mediación con alguna de las partes interesadas que da inicio a las gestiones del intermediario. Se trata de un claro negocio jurídico atípico en nuestro ordenamiento, en el que el intermediario, de un lado y, del otro, el asegurador o el tomador, celebran un acuerdo de voluntades autónomo del cual derivan una serie de deberes, obligaciones y responsabilidades mutuas.

En armonía con lo indicado, RUÍZ SÁNCHEZ, desde la perspectiva del derecho español, señala:

“Es consecuencia lógica que la figura del mediador tenga por objeto poner de acuerdo a las partes que tengan intereses convergentes. De ahí que la actividad característica del mediador sea poner en relación dos o más partes para la conclusión de un negocio. Pero el contrato de mediación surge desde el momento en que el mediador y el mediado – interesado en un negocio jurídico, bien como oferente, que es el supuesto general, o como receptor – acuden al mediador, y demandan sus servicios y conciertan la mediación con independencia de la otra parte o mediatarario. Así, de esta concepción de la mediación – clásica, tradicional, surge la mediación como un contrato en el que intervienen de un lado el “mediador”, y de otro, el “mediatarario” u oferente, a quien interesa que se produzca la captación de persona o personas que entren en el círculo de su actividad con el fin de consumir relaciones –negocios jurídicos– propios. El objeto de este contrato está en la búsqueda y, en su caso, captación del mediado. El contrato de mediación nace cuando el “mediatarario” encarga al mediador, un negocio, y éste acepta. Surge así un específico “animus contrahendi”. Esto es, el de contraer un negocio de mediación de contrato de seguro, cuando esa actividad mediadora se proyecta en el ámbito del seguro. El “mediador” se convierte en el elemento esencial de la relación de mediación, con la finalidad de hacerle entrar en el círculo de actividad del oferente”²².

En este orden de ideas, si bien el intermediario de seguros es un tercero frente a las partes del contrato de seguro como lo hemos visto en el numeral 1 del presente trabajo, este adquiere la calidad de parte respecto de un negocio jurídico autónomo y distinto cual es el contrato de mediación que suscribe con quien requiere de la intermediación respectiva (el mediado).

Piéñese en nuestro medio en la vinculación de las agencias de seguros con los aseguradores a través de contratos de “agencia de seguros” por medio de los cuales dichas sociedades se comprometen a promover la contratación de seguros para uno o varios aseguradores. Ciertamente son contratos de mediación en sentido general, y en virtud de los mismos, las agencias de seguros promueven la contratación de seguros en diferentes nichos de mercado. Es decir, buscan al otro extremo de la relación negocial para uno o varios aseguradores, en cumplimiento del contrato de mediación (de agencia de seguros en este caso) previamente suscrito.

Sin embargo, este contrato de mediación que, en principio, adquiere el intermediario con el mediado, al momento de aproximarse al otro extremo de una posible relación aseguradora y obtener su aceptación, genera un nuevo y autónomo contrato de mediación con extremos diferentes y cargas obligacionales distintas.

22 RUÍZ SÁNCHEZ, JOSÉ LUIS, Ob. Cit., pp. 20 y 21

En efecto, bajo el ejemplo que hemos mencionado de la agencia de seguros, imaginemos que la misma contacta a un posible tomador para un contrato de seguro para amparar su automóvil frente a los riesgos de hurto y responsabilidad civil. En ese momento, ese posible tomador puede acceder a que en la celebración de su contrato lo acompañe el intermediario de seguros o no. De acceder a ello, claramente este futuro tomador habrá aceptado que medie en la relación con el asegurador, con lo cual de igual forma se estará generando un vínculo jurídico de mediación nuevo. Claramente si bien la agencia o el agente colocador están inicialmente vinculados mediante contrato de mediación con el asegurador para promover sus productos, la vinculación posterior y autónoma con el tomador –asegurado es innegable, al punto que en la práctica, dicho intermediario establece un vínculo más cercano con su cliente (futuro tomador–asegurado) pues de ello depende el desarrollo de su actividad comercial.

Es en consideración a lo anterior, que compartimos la tesis esbozada por el profesor argentino HÉCTOR MIGUEL SOTO quien se refiere a la doble vinculación contractual de los denominados en el derecho argentino “productores asesores de seguros”, expresión equiparable de manera general en nuestro medio a la de “agentes de seguros”, aplicable en nuestro criterio a los intermediarios de seguros sin distinción alguna.

En efecto, el citado autor sostiene que:

“El productor asesor directo se vincula, jurídicamente, tanto con la entidad aseguradora como con el asegurable.

La naturaleza de esta doble vinculación es contractual ya que es el acuerdo de voluntades entre el productor asesor directo y cada una de las partes del contrato de seguro, lo que le da origen.

La vinculación contractual que se establece entre el productor asesor directo y la entidad aseguradora es jurídicamente independiente de la vinculación contractual que se establece entre el productor asesor directo y el asegurable.

Son dos vinculaciones bilaterales, jurídicamente independientes la una de la otra, y no una única vinculación trilateral”²³.

En nuestra opinión resulta claro que el intermediario de seguros se encuentra vinculado con cada una de las partes para las cuales media, mediante relaciones jurídicas autónomas e independientes entre sí, teniendo en cuenta los siguientes aspectos:

- El momento en el que se realiza el acuerdo de voluntades: Son claramente distinguibles los momentos temporales en los que el intermediario celebra con cada uno de los mediados el acuerdo de voluntades constitutivo del que denominamos “contrato de mediación”. Tan cierto es que existen dos contratos independientes que el tomador puede nombrar su intermediario ante el asegurador

23 SOTO, HÉCTOR MIGUEL, Ob.Cit., pp. 37

y notificar su revocación, cambio, etc., debiendo el asegurador tomar nota de tal indicación, desde luego con el respeto de los derechos adquiridos por el intermediario reemplazado. El asegurador también puede llegar a sus clientes a través de determinado intermediario al que le otorga una clave (autorización general), lo capacita, o revoca la clave si así lo estima conveniente.

- El contenido obligacional de cada contrato de mediación: Las obligaciones para el intermediario varían según se trate del contrato de mediación celebrado con el asegurador o con el futuro tomador – asegurado, aunque existen obligaciones predicables de forma común.
- El sujeto que paga la remuneración: La remuneración a favor del intermediario se encuentra normalmente a cargo de uno de los mediados (salvo pacto en contrario cuando la legislación así lo permita, como ocurre en el caso del corretaje de seguros en la legislación colombiana Art. 1.341 C.Co.) y se pagará en caso de que se celebre exitosamente el negocio jurídico o se de la condición prevista entre las partes. Se aclara que el pago efectivo de la remuneración no es elemento esencial en los contratos de mediación, pues bien puede ocurrir que la misma no se presente por no haberse celebrado el contrato mediado o puede que una de las relaciones de mediación sea gratuita.
- Cada contrato existe en el mundo jurídico sin consideración a la existencia del otro. El hecho de que la remuneración se pague por disposición legal por una de las partes del contrato de seguro finalmente celebrado (salvo pacto en contrario), no desvirtúa la autonomía de los vínculos de mediación. Sólo determinará la gratuidad u onerosidad del respectivo contrato.

Autores como Soto, incluso denominan estos dos contratos en forma diferente. Haciendo referencia al contrato de mediación del intermediario con el asegurador lo denominan como “contrato de intermediación y promoción de seguros”, mientras que tratándose del celebrado con el tomador – asegurado lo llaman “contrato de intermediación y asesoramiento en seguros”.

CONCLUSIONES

De lo expuesto hasta aquí podemos extractar que la naturaleza jurídica de la actividad de intermediación de seguros participa de los siguientes caracteres fundamentales:

- Es una actividad claramente mercantil, motivada por la remuneración que busca el intermediario al aproximar a las partes para la celebración del contrato de seguro.
- Es una actividad con un claro componente económico – social, que deriva del interés general que tiene el seguro y su adquisición por parte del conjunto de ciudadanos. Basta hacer mención que de acuerdo con el Art. 335 de la Constitución Política Colombiana la actividad aseguradora es de interés público.

- Es una actividad que genera contratos de mediación independientes con cada uno de los extremos que se pretenden acercar con contenidos obligacionales distintos en función de la parte que corresponda²⁴. Es decir, corresponde a un contrato de naturaleza jurídica principal, autónoma y distinguible de otras figuras y fenómenos jurídicos. Dicho contrato puede estar acompañado de actividades anexas o complementarias, pero lo esencial del mismo es que se presente la actividad de mediación o promoción²⁵, lo cual no descarta la existencia de toda una serie de obligaciones en materia de información, consejo y asesoría.
- Al generar contratos de mediación independientes, el intermediario puede ser sujeto de responsabilidad contractual en aquellos casos en los que incumpla las obligaciones derivadas de los mismos.

Teniendo en cuenta los aspectos antes mencionados, concluimos que de acuerdo con la legislación colombiana y la doctrina más generalizada sobre la figura, la intermediación o mediación de seguros tiene una naturaleza jurídica esencialmente contractual que genera obligaciones para mediador y mediado razón por la cual consideramos que es de carácter bilateral, para cuyo perfeccionamiento basta el acuerdo de voluntades entre mediador y mediado, es decir, es consensual, salvo el caso de la intermediación acordada con una entidad estatal, en la cual de acuerdo con la Ley 80 de 1993 el contrato para su

24 Sobre el particular RUIZ SÁNCHEZ expresa en el contexto del derecho español lo siguiente: “Responde a la esencia misma de la mediación como relación tripartita, que tiene como finalidad específica la producción de seguros privados. Su efectividad se logra a través de dos contratos: Uno que precede a la concertación del contrato de seguro, que es el “contrato de mediación” genérica, esto es en su doble modalidad, bien sea alcanzada a través del contrato de Agencia o del de mediación –correduría– que tratan, con el compromiso aceptado por una Entidad Aseguradora, la intervención del mediador–agente afecto o corredor–de coordinar las voluntades concurrentes de la aseguradora de un lado y de otro del tomador, dando así satisfacción a los intereses de cobertura de un riesgo o riesgos determinados que puedan afectar a un bien o derecho y, así facilitar el concierto de esa relación jurídica entre ellos y plasmar esas voluntades de cobertura de riesgos que constituye el segundo contrato, a que tiende la actividad mediadora: producción de seguros privados”. Ob. Cit., pág. 132.

25 Tan cierto es lo anterior y entendido de vieja data por la entidad de control en Colombia, que en la Circular Externa No. DS y C-103 de 1980 (Septiembre 11) la Superintendencia Bancaria señaló: “Ha llegado a conocimiento de este Despacho la manifestación hecha a ustedes por alguno de sus clientes importantes sobre su determinación de contratar directamente la colocación de sus seguros, planteándose la posibilidad de recabar de las Agencias y de las Sociedades Corredoras de Seguros una simple labor de asesoría técnica, desvinculada del aspecto promocional y de intermediación en la colocación de sus seguros. Sobre el particular quiere expresar la Superintendencia Bancaria con toda claridad que de conformidad con las normas y filosofía que gobiernan el ejercicio de la profesión, la actuación de los intermediarios de seguros no puede desvincularse de su objeto primario de la promoción y colocación de los contratos que les sean propios. Así las cosas, considera la posibilidad mencionada como una práctica no autorizada...”. Citada en Régimen Jurídico de los Productores de Seguros, Acordes, Bogotá, 1.985, pág. 67.

perfeccionamiento deberá constar por escrito. Corresponde a un contrato atípico en Colombia (si bien una de sus modalidades si está regulada como es el caso del corredor), con rasgos distintivos que lo diferencian de figuras afines como el mandato, la agencia comercial, el encargo fiduciario, entre otros, desarrollado por un mediador profesional dotado de independencia y autonomía frente al mediado. En efecto:

- El intermediario de seguros no estará adscrito a una determinada zona ni desarrolla su gestión de manera permanente en la misma (como ocurre con la agencia comercial), sino que estará dada en función de determinado futuro asegurador o tomador;
- Por regla general no se encuentra sometido a cláusulas de exclusividad ni está vinculado por contrato de trabajo que determine subordinación o dependencia (lo que si ocurre con el “agente dependiente” por lo que no lo consideramos parte *strictu sensu* del concepto de intermediario de seguros). Es necesario precisar que, en nuestra opinión, el pacto de exclusividad no desvirtúa por sí mismo la esencia de la intermediación, como si ocurre con la subordinación y dependencia propia del contrato de trabajo;
- No existe el intermediario de seguro ocasional en Colombia, sino únicamente el profesional. El intermediario de seguros debe constituirse como un verdadero empresario para tal fin, a través de las formas societarias indicadas por la Ley para el efecto, según el tipo de intermediario de que se trate (Arts. 40 y ss. E.O.S.F., Art.2 Decreto 2605 de 1993) o tratándose del agente independiente formalizando su vinculación con algún asegurador con los requisitos establecidos en la Ley. Es un verdadero profesional en su actividad y adquiere una carga mayor de responsabilidad en virtud de tal característica.
- El intermediario de seguros por excelencia no obra en nombre o en representación del mediado, sino que realiza gestiones como profesional independiente para acercar a dos partes (asegurador y tomador), sin que el mismo participe o se obligue dentro del negocio jurídico a celebrar (en esto se diferencia claramente del mandato representativo y no representativo), sumado a que debe caracterizarse por su imparcialidad en el desarrollo de la gestión a diferencia clara de quien onerosamente representa intereses ajenos²⁶.
- Si bien la mediación de seguros normalmente es *intuitu personae*, es decir, corresponde a un negocio jurídico en el que la consideración para contratar tiene que ver con las calidades y cualidades del mediador, se diferencia claramente del encargo fiduciario o de la fiducia, en la medida en que no se presenta transferencia de derecho real o de crédito alguno al intermediario de seguros.

26 Coincidimos con MESSINEO en que mediación y mandato son diferentes: “... por el hecho de que , al menos mientras no sea concluido el negocio para el cual presta la propia actividad de interposición, el mediador no puede asumir la representación de alguna de las partes (...) y se diferencia del mandato, aún sin representación, por el

Como se aprecia de acuerdo con la posición esbozada, el contrato de mediación es el género que puede instrumentarse según corresponda bajo la modalidad de agente, agencia o corredor de acuerdo con las especialidades de cada uno.

Conviene mencionar que en derecho español, el término “contrato de mediación” es utilizado en relación con el contrato de corretaje, pero no así respecto del contrato de agencia de seguros, pese a que el Art. 5.1. de la Ley de Mediación en Seguros Privados (LMS) de ese país (Ley 9 de 30 de abril de 1992) incluye dentro de la clasificación de los mediadores tanto a “agentes de seguros” como a “corredores de seguros”. En efecto, respecto de esta diferencia terminológica que no consideramos aplicable al derecho colombiano, la doctrina española señala:

“La expresión contrato de mediación, para referirse a los mediadores de seguros, no es una creación legal, puesto que no figura como tal clase de contrato en la LMS. Ello porque si se regulara un contrato de mediación, para los mediadores de seguros, sin especificar en su denominación el tipo de mediador al que se refiere el acuerdo, podría dar lugar a confusión si el mediador es un agente o un corredor. La confusión reside en asociar el contrato de mediación a los mediadores y al hablar del ámbito asegurador se piensa en los mediadores como agentes y corredores y dado que el agente está regulado en el contrato de agencia de seguros, se piensa que el contrato de mediación es el que se suscribe con los corredores.

Se trata por tanto de una creación jurisprudencial hecha para distinguir, contractualmente, a los agentes de los corredores de seguros. Así, el contrato de mediación es el suscrito entre un asegurador y un corredor de seguros y su naturaleza es la de un contrato atípico regido por los pactos voluntariamente establecidos entre las partes y por las normas generales de las obligaciones y los contratos. La diferenciación reside en la naturaleza del contrato, típico el de agencia de seguros frente a la atipicidad del de mediación y por la libertad absoluta en su contenido el de mediación frente a la libertad relativa del de agencia. (...)

Diferenciar entre el contrato de agencia y el de mediación en seguros es diferenciar entre el agente y el corredor de seguros”²⁷.

Nótese como en derecho colombiano ocurre lo contrario, esto es, de acuerdo con nuestra jurisprudencia²⁸, el contrato de agencia de seguros es un contrato atípico mercantil, mientras el corredor de seguros se acopla a la figura del contrato de corretaje (Arts.

hecho de que el mediador observa (o cuando menos, debe observar) *imparcialidad* entre los dos futuros contratantes y no favorece (o, por lo menos, no debe favorecer) ninguno de los intereses de las partes, las cuales se encuentran, antes de la conclusión del contrato, en natural conflicto; el mandatario, por el contrario, está necesariamente de parte del propio mandante, porque tiene su confianza y está obligado de obrar en exclusivo interés de él y de favorecer tal interés. Además, el mandatario desarrolla actividad consistente en *actos jurídicos*, el mediador desarrolla actividad *material* de aproximación entre las partes” Ob. Cit, Tomo VI, pp. 69 y 70

1340 y ss. C.Co.), pero ambos sin distinción son considerados como intermediarios de seguros por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Consideramos que **debe existir un patrón común** que permita considerar tanto a agentes y agencias como a corredores dentro del fenómeno jurídico de la intermediación de seguros. Ese patrón o raíz es la mediación, pues sin importar el tipo de intermediario, todos acercan a las partes que pretenden o desean celebrar un contrato de seguro, bien por estar previamente vinculados con la aseguradora a nivel comercial, bien por dedicarse comercialmente a vincular a tomadores y a aseguradores sin relaciones previas de ningún tipo. Todos en conjunto realizan promoción para la celebración de contratos de seguro²⁹.

Desafortunadamente, en la legislación colombiana, la referencia normativa a la representación del asegurador por parte de los agentes y agencias dificulta ubicar a todos estos actores dentro del fenómeno general de la intermediación de seguros, aunque estamos convencidos que, conforme lo expuesto, cualquiera sea su modalidad todos están comprendidos bajo el género de la mediación³⁰.

-
- 27 ELGUERO, JOSÉ MARÍA, (2000). "El contrato de agencia de seguros", Editorial Mapfre S.A., Madrid, pp. 11 y 12. Posteriormente, en la página 15 de la misma obra, parecería que el autor se contradice pues para hablar del "objeto" del contrato de agencia de seguros hace referencia a la definición de contrato de mediación.
- 28 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia de 22 de Octubre de 2.001, Expediente 5817, M.P. JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES.
- 29 Sobre lo que implica la gestión de promoción en Laudo Arbitral de Central de Seguros vs. Maalula Ltda. De 21 de agosto de 2.000 se indicó: "... promover de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia implica: "Iniciar o adelantar una cosa, procurando su logro" o "tomar la iniciativa para la realización o logro de algo", es claro que promover negocios implica adelantar las medidas para que se logren concretar los negocios objeto del contrato. (...) La promoción implica por consiguiente desarrollar o mantener una clientela con la cual se celebren nuevos negocios". Cámara de comercio de Bogotá –ACOLDESE, Laudos Arbitrales en Materia de Seguros, Tomo II, Cámara de Comercio de Bogotá, 2004, pp. 242 y 243.
- 30 "Por costumbre muy arraigada, aunque no apropiada jurídicamente, solemos denominar, entre nosotros, intermediarios sin excepción a todos los auxiliares del mercado de seguros que participan en la contratación, llámense agentes naturales, agentes independientes, agencias colocadoras o corredores, y así seguiremos haciéndolo a lo largo de este trabajo, no obstante que, en un sentido técnico, sólo se llaman intermediarios propiamente quienes ejercen esta labor sin ninguna sujeción laboral o comercial permanente o estable a ninguna de las partes y en especial a los aseguradores (...). EFRÉN OSSA, para zanjar este tema, en el tomo I de su obra llama intermediarios *estricto sensu* a los corredores y se

BIBLIOGRAFÍA

Artículos de Revistas

FÉLIX MORANDI, JUAN CARLOS, (1995). "Marco Normativo del Productor de Seguros en el Siglo XXI", Revista Ibero-latinoamericana de Seguros, No. 6.

Códigos

Código de Comercio Colombiano (año)

Código Sustantivo del Trabajo Colombiano (año)

Constitución Política Colombiana (año)

Compilaciones

Cámara de Comercio de Bogotá- Acoldece. *Laudos Arbitrales en Materia de Seguros*, Tomo II, Cámara de Comercio de Bogotá, 2004

Asociación Colombiana de Corredores de Seguros (ACOAS). *Doctrina y Jurisprudencia de Seguros (1995-1998)*, , 1ª Edición, Bogotá, 1999.

NÚÑEZ VILLABA, CÉSAR, (2005). "Los Intermediarios de Seguros. Su contratación entre particulares y con entidades estatales", artículo publicado en "Seguros, Temas Esenciales, Aspectos Jurídicos, Ramos y Pólizas, la Empresa de Seguros Universidad de la Sabana, ECOE Ediciones, 2ª Edición, Bogotá, 2005.

ORDOÑEZ ORDOÑEZ, ANDRÉS, (2005) en "La Responsabilidad Profesional y Patrimonial y el Seguro de la Responsabilidad", Memorias XXIV Encuentro Nacional de Acoldece, ACOLDESE – AIDA, Bogotá, 2005

"Régimen Jurídico de los Productores de Seguros", ACORDES, Bogotá, 1.985

Doctrina:

Contraloría General de la República, Concepto No. 29028 de 6 de junio de 2006 ASUNTO: Contratos de Corretaje.- Servicios Adicionales a éste. Contratación con no Intermediario de Seguros - Viabilidad

Jurisprudencia:

Sentencia C-479 de 1999. Órgano del que provienen, sala, 1999, radicación y magistrado

Sentencia de 8 de Agosto de 2000. Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 8 de Agosto de 2000, Exp. 5383 M.P. JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ

refiere a todas las categorías en conjunto con la expresión *intermediarios lato sensu*"
ORDOÑEZ ORDOÑEZ, ANDRÉS, El contrato de Seguro, Ob. Cit., pp. 53 y 54.

Sentencia de 22 de Octubre de 2001. Corte Suprema de Justicia, Sala, 22 de Octubre de 2001, Exp. 5817 M.P. JORGE CASTILLO RUGELES.

Sentencia de 22 de marzo de 2.001, Consejo de Estado, Sección Tercera (penal, civil, laboral, etc), 22 de Marzo de 2001, Radicación 9840, Magistrado Ponente.

Legislación

Decreto 655 de 1.925

Decreto 2605 de 1993

Decreto- Ley 1295 de 1994

Decreto 1530 de 1996

Decreto 2474 de 2.008

Directiva 2002-92-CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de diciembre de 2.002

Estatuto Orgánico del Sistema Financiero Colombiano (Decreto 663 de 1993)

Estatuto mercantil

Ley 50 de 1990

Ley de Mediación en Seguros Privados (LMS) Española. Ley 9 de 30 de abril de 1992

Ley 80 de 1993

Ley 1150 de 2.007

Libros

BONIVENTO FERNÁNDEZ, JOSÉ ARMANDO (2008). *"Contratos Mercantiles de Intermediación, Doctrina – Jurisprudencia"*, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá Celi MÚNERA, JAIME, (2000). *"El papel del intermediario de seguros en la realidad social y laboral"*, Señal Editora, Medellín-Bogotá. Donati, Antígono, (1960). *"Los Seguros Privados, Manual de Derecho"*, Traducción de ARTURO VIDAL SOLÁ, Librería Bosch, Barcelona-España.

ELGUERO, JOSÉ MARÍA, (2000). *"El contrato de agencia de seguros"*, Editorial Mapfre S.A., Madrid-España. MESSINEO, FRANCESCO, (1971). *"Manual de Derecho Civil y Comercial"*, Tomo VI, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires- Argentina. a. ORDOÑEZ ORDOÑEZ, ANDRÉS, (2001). *"Cuestiones Generales y Caracteres del contrato"*, Serie Lecciones de derecho de seguros No. 1, Universidad Externado de Colombia, Bogotá- Colombia. b. ORDOÑEZ ORDOÑEZ, ANDRÉS, (1998). *"El Contrato de Seguro, Ley 389 de 1997 y otros estudios"*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá- Colombia.

OSSA G., J. EFRÉN, (1998). *"Teoría General del Seguro, La Institución"*, Editorial Temis S.A., Bogotá- Colombia.

PÁJARO MORENO, MARTHA ELENA, (2005). *"La relatividad del contrato y los terceros"*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá- Colombia.

RUIZ SÁNCHEZ, JOSÉ LUIS, (1993). *"Principios de la mediación en seguros privados, Centro de Estudios del Seguro"*, Madrid- España. Soto, HÉCTOR MIGUEL, (2000). *"Intermediación en el contrato de seguro"*, La Ley S.A., Buenos Aires- Argentina.

Páginas de Internet:

Superintendencia Financiera (1999). Concepto No. 1999012709-2 de Agosto 9 de 1999.
Recuperado el 30 de Octubre de 2008, de:

<http://www.superfinanciera.gov.co/Normativa/doctrinas1999/indicegeneral.htm>

www.notinet.net