

CONCEPTO 38151 DE 2016

(agosto 4)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE

Bogotá D.C.

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Asunto: Concepto – intermediación de seguros.

De manera comedida procedemos a resolver la consulta allegada mediante comunicación con Radicado No.: 8-2016-036877 de fecha 29 de julio de 2016.

En su comunicación manifiesta:

“El contrato No. 00743 del 6 de junio de 2014 suscrito con la Unión Temporal Jardine Lloyd Thompson Valencia & Iragorri Corredores de Seguros S.A. –Willis Colombia Corredores de Seguros S.A., tiene por objeto “Prestar el servicio de intermediación de seguros y asesoría para el manejo del programa de seguros y de las pólizas que cubren los riesgos relativos a los bienes e intereses asegurables del Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA, así como de aquellos por los cuales sea o fuere legalmente responsable, la vida del personal vinculado a la entidad y sus deudores hipotecarios, adjudicado en la Licitación Pública DG-03 de 2014, mediante la cual se suscribieron los contratos No. 731, 732 y 733 de 2014, así como de aquellas pólizas que se llegaren a expedir durante la vigencia del presente contrato...”

De acuerdo con su cláusula segunda el término de duración del contrato se contará a partir de la suscripción del acta de iniciación, y se prolongará hasta la fecha de vencimiento de los seguros expedidos o renovados dentro del programa para el cual se ha contratado al intermediario de seguros.

Se requiere concepto de la Dirección Jurídica con la finalidad de establecer la procedencia de suscribir otrosí – prórroga- al contrato No. 00743 de 2014, hasta el mes de junio de 2018, teniendo en cuenta las condiciones contractuales vigentes, y que los contratos objeto del Programa de Seguros de acuerdo con las proyección enviada por el Corredor de Seguros no podrían ser adicionados y prorrogados más allá del 9 de marzo de 2017”.

#### ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

Es pertinente señalar que los conceptos emitidos por la Dirección Jurídica del SENA son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos ni el análisis de actuaciones particulares. En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes.

#### ANÁLISIS JURÍDICO

Referentes normativos:

El Código de Comercio establece:

ARTÍCULO [1347](#). CORREDORES DE SEGUROS. Son corredores de seguros las empresas constituidas o que se constituyan como sociedades comerciales, colectivas o de responsabilidad limitada, cuyo objeto social sea exclusivamente ofrecer seguros, promover su celebración y obtener su renovación a título de intermediarios entre el asegurado y el asegurador.

Ahora bien, por ministerio del artículo en cita, se estará frente a un contrato de corretaje de seguros cuando el objeto contractual se refiere a “ofrecer seguros, promover su celebración y obtener su renovación a título de intermediarios entre el asegurado y el asegurador”, todas las demás obligaciones son accesorias.

De igual forma se ha manifestado la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 8 de agosto de 2000, Exp. 5383, Ponente: Dr. José Fernando Ramírez Gómez en el sentido:

"La Corte considera que sólo en la medida en que se verificara una actividad dirigida a ofrecer seguros, promover su celebración y obtener su renovación, que es la actividad intermediadora que establece el artículo [1347](#) del C. de Comercio, se estaría en presencia de un contrato de corretaje. Otras funciones, entre ellas la asesoría para la elaboración del pliego de licitación (sic), puede adicionar o complementar la actividad del corredor, pero per se y aisladamente consideradas, no pueden estructurar el contrato de corretaje. De modo que la asesoría así prestada... correspondería con independencia de su eficacia a un contrato de prestación de servicios o a otro de naturaleza similar, pero no a uno de corretaje, pues se repite como colofón, las labores propias del corredor como actividad subsiguiente a la asesoría para la elaboración del pliego de licitación, no se logran verificar, así sea cierto que el resultado de la convocatoria pública haya sido la celebración de diferentes contratos de seguro con varias compañías aseguradoras...".

Por otra parte, en vigencia del Decreto 2474 de 2008. El Honorable Consejo de Estado mediante Sentencia de abril 14 de 2010, rad. 11001-03-26-000-2008-00101-00(36054)B, determinó la nulidad del artículo 75 del Decreto, norma que establecía los criterios objetivos de selección de intermediarios, a su turno el Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, C. Pte. Ruth Stella Correa Palacio, providencia del 9 de diciembre de 2010, suspendió provisionalmente los incisos 2 y 3 del artículo 76 del Decreto 2474, pues reincidían en la vulneración de la autonomía de la voluntad como criterio para determinar el plazo de vinculación de un corredor con una Entidad del Estado.

En consecuencia, sobre la selección y vinculación de intermediarios de seguros para Entidades Estatales, el Decreto 734 de 2012 solo incluyó una norma especial sobre la vinculación de intermediarios de seguros al disponer: "...Sección V. Del concurso de méritos para la escogencia de intermediarios de seguros. Artículo 3.3.5.1 Oportunidad del concurso y término de vinculación. La selección de intermediario de seguros deberá realizarse a través del concurso de méritos abierto, en forma previa a la escogencia de la entidad aseguradora. En casos excepcionales debidamente justificados por la entidad estatal, podrá efectuarse esta selección de manera concomitante..." (Subrayado fuera de texto)

Con fundamento en la precitada norma, las Entidades fundamentaban el Concurso de Méritos Abierto como la modalidad de selección de corredores y disponían realizar este concurso previamente al inicio de un proceso de licitación de seguros.

No obstante lo anterior, el Decreto 1510 vigente desde el 15 de agosto de 2013 en su artículo [163](#)

derogó expresamente el Decreto 734 de 2012 y eliminó el artículo 3.3.5.1., el cual establecía: “Oportunidad del concurso y término de vinculación. La selección de intermediario de seguros deberá realizarse a través del concurso de méritos abierto, en forma previa a la escogencia de la entidad aseguradora. En casos excepcionales debidamente justificados por la entidad estatal, podrá efectuarse esta selección de manera concomitante.”

Por lo anterior, cada entidad debe determinar el proceso de selección para elegir el corredor de seguros y la duración de su contrato conforme a la autonomía de la voluntad.

Al respecto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio, sentencia del 7 de octubre de 2009, Radicación número: 11001-03-24-000-2000-06198-01(18509) indicó:

“...Con esta perspectiva, y en relación con los límites a la autonomía contractual en contratación estatal, la Sala de Consulta y Servicio Civil ha conceptualizado que: “el concepto de autonomía de la voluntad, en tratándose de personas de derecho público, no tiene el mismo alcance que se le otorga a la noción de autonomía privada, esto es, a los negocios jurídicos celebrados entre particulares, precisamente por estar de por medio el interés general y el patrimonio público, cuando una de las parte [sic] del negocio es una entidad estatal. Si bien el negocio jurídico, como declaración de voluntad, crea los efectos jurídicos queridos por las parte [sic] que concurren al mismo, los poderes de la administración están supeditados indefectiblemente al logro del interés general y al cumplimiento de los fines del Estado, dentro de los cuales se incluyen, claro está, los de la entidad estatal contratante. Pudiera decirse que mientras el particular al contratar dispone de lo suyo, la administración al hacerlo persigue fines de interés general y compromete el patrimonio público, con todas las consecuencias que de ello se derivan en un Estado social de derecho. De esta manera, la libertad negocial de los entes estatales no es absoluta ni igual a la de los particulares, pero bien pueden aquéllas acordar las condiciones específicas del contrato, determinadas por las necesidades del servicio, sin perder de vista que la naturaleza del contrato celebrado por las entidades estatales no se aleja irremediamente de los principios del derecho público, por el hecho de estar sometido a las normas del derecho privado.” (Destaca la Sala).

Lo dicho da base suficiente para subrayar que cuando los incisos 2o y 3o del artículo 6o del Decreto 1436 de 1998 establecen, sin fundamento legal alguno, limitaciones en cuanto al número de intermediarios de seguros que puede tener una entidad estatal, así como restringen el límite temporal de la vinculación del intermediario desbordan con creces el ámbito reducido de la potestad reglamentaria y atentan contra la libertad negocial, como una de las facetas características de la autonomía de la voluntad, que como se indicó tiene su sustento expreso en los artículos [40](#) y [32](#) de la Ley 80 de 1993, arriba citados.

No debe perderse de vista que la potestad reglamentaria que atañe al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa está concebida por el ordenamiento constitucional vigente bajo una concepción eminentemente finalística: “para la cumplida ejecución de las leyes” (art. [189.11](#) CN). Se trata evidentemente de una típica función administrativa que faculta al Gobierno para la formulación de los actos indispensables y las medidas necesarias para la efectividad práctica del precepto legal, vale decir, hacer real por la vía del acto administrativo el enunciado abstracto de la ley en orden a tornarlo efectivo en el terreno práctico, por lo que dichos actos administrativos deben contraerse a asegurar el cumplimiento de la ley y no pueden extenderse a más de su objeto (la cumplida ejecución de la ley), y por lo mismo deben respetar la letra y el espíritu de la ley.

Lo anterior indica que so pretexto de reglamentar la Ley [80](#) no era posible incorporar limitaciones a la autonomía contractual que ésta prohija, ya que la atribución reglamentaria no llega al punto de habilitar al Gobierno para modificar adicionar o interpretar leyes, pues de antaño tiene establecido nuestra jurisprudencia que por medio de dicha potestad el ejecutivo no se convierte en legislador, sino en guardián de los mandatos del legislador, de suerte que si lo hace, se arroga una facultad que no tiene y en consecuencia sus actos están viciados de nulidad.

Síguese de todo lo anterior que merced a la ilegalidad manifiesta de los incisos 2o y 3o del artículo 6o del Decreto 1436 de 1998 demandado, éstos serán anulados, dada su evidente contradicción con lo dispuesto por los artículos [32](#) y [40](#) de la Ley 80 de 1993, que consignan la autonomía de la voluntad como criterio medular de los negocios jurídicos estatales.

En tal virtud, la Sala acoge parcialmente el concepto de la Procuraduría Cuarta Delegada ante esta Corporación, en tanto estos preceptos al limitar el número de intermediarios que puedan participar como asesores el decreto rebasaron el marco contractual y limitaron, sin fundamento legal, la gestión estatal, máxime cuando el Estatuto de Contratación Estatal no impone una restricción de semejante naturaleza. También se comparte su criterio en cuanto afirmó que no podía válidamente el Presidente establecer limitaciones con relación a la duración de los contratos de intermediación de seguros, toda vez que se trata de una potestad radicada exclusivamente en las entidades públicas, en desarrollo de la libertad negocial de que gozan.(...)” (subrayados y negrillas fuera de texto)

Así mismo, Colombia Compra Eficiente sobre los intermediarios de seguros, “...La selección de intermediarios de seguros de efectuarse por regla general, a través de licitación pública. Si las entidades aseguradoras son quienes generalmente efectúan el pago de las comisiones, la modalidad de selección aplicable no puede ser la de mínima cuantía, en la que el principal factor de definición del adjudicatario es el menor precio, el cual no está determinado en este caso. Sin embargo, es importante tener en cuenta que la Entidad Estatal paga la comisión del corredor cuando paga a la entidad aseguradora la prima de los seguros que adquiere.

En caso de que la Entidad Estatal establezca que realizará el pago del intermediario directamente, es posible acudir a la modalidad de selección aplicable dependiendo de la cuantía del contrato (mínima o menor cuantía).

Cuando la labor de intermediación incluye actividades adicionales a la simple intermediación (caso de una asesoría en la elaboración de un plan de seguros) y que se asimilan a labores de consultoría, la modalidad de selección podría llevarse a cabo por concurso de méritos...” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Es de precisar que como es natural no existe ningún pronunciamiento de Colombia Compra Eficiente que establezca la inviabilidad de prorrogar el contrato de corretaje para extenderlo a la renovación de seguros a ser colocados en un nuevo proceso licitatorio, por ende reiteramos que el criterio de definición de una extensión temporal del plazo dependerá de la autonomía de la voluntad, respetando los principios de la contratación estatal, es decir, debe obedecer a una decisión transparente, pública, y que delimite los derechos y obligaciones del contratista a un plazo de ejecución adicional y cierto.

Ahora bien, frente a lo previsto en el contrato 00743 de 2014, tenemos:

“CLÁUSULA PRIMERA – Objeto: Prestar el servicio de intermediación de seguros y asesoría para el manejo del programa de seguros y de las pólizas que cubren los riesgos relativos a los

bienes e intereses asegurables del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, así como de aquellos por los cuales sea o fuere legalmente responsable, la vida del personal vinculado a la entidad y sus deudores hipotecarios, adjudicado en la Licitación Pública DG-03 de 2014, mediante la cual se suscribieron los contratos 731, 732 y 733 de 2014, así como de aquellas pólizas, que se llegaren a expedir durante la vigencia del presente contrato...”

“CLÁUSULA SEGUNDA – Plazo del Contrato: El término de duración del contrato se contará a partir de la suscripción del acta de iniciación, previa aprobación de la garantía única, y se prolongará hasta la fecha de vencimiento de los seguros expedidos o renovados dentro del programa para el cual se ha contratado al intermediario de seguros. Lo anterior sin perjuicio que la Entidad, ante un eventual incumplimiento, y previo el cumplimiento de las formalidades legales, termine la relación con el intermediario. La vigencia del contrato será desde su perfeccionamiento y hasta cuatro (4) meses siguientes a la finalización del plazo de ejecución (vencimiento de los seguros)...” (Resaltado y subrayado fuera de texto).

“CLÁUSULA CUARTA.- Obligaciones del contratista: “... 4) Mantener actualizado el programa de seguros a través de un informe de vigencia y vencimiento de pólizas, gestiones de renovación, trámites de reclamaciones por siniestros con revisión y control de documentos y estadísticas de siniestralidad, así como mantener las condiciones para que no se presenten exclusiones de los respectivos amparos o avisar en el respectivo caso las modificaciones de éstas. 5) Asesorar al SENA en el proceso de selección para la contratación de sus pólizas, para lo cual deberá, entre otros, redactar el proyecto de pliego de condiciones, considerar los criterios técnicos aplicables más favorables a los intereses de la Entidad, adelantar el estudio y respuesta a las observaciones e inquietudes que surjan en el proceso, así como el estudio de riesgos propio de la selección de compañías de seguros y la evaluación de las ofertas presentadas en desarrollo del proceso de selección...” (Resaltado y subrayado fuera de texto)

Si bien, puede observarse que en la cláusula primera del contrato se estableció el servicio de intermediación de seguros, éste abarca de forma general la asesoría para el manejo del programa de seguros y de las pólizas, siendo precisamente el objeto general del corretaje la colocación y renovación de seguros, es de destacar que contradictoriamente la redacción del contrato de una parte limitó la gestión de corretaje a los seguros adjudicados en la Licitación Pública DG-03 de 2014, mediante la cual se suscribieron los contratos 731, 732 y 733 de 2014, de otra parte lo extendió a “así como de aquellas pólizas, que se llegaren a expedir durante la vigencia del presente contrato...” estableciéndose la duración en la cláusula segunda de forma también contradictoria, pues dispone la participación del intermediario en la renovación del programa pero limita la duración de su contrato al programa para el cual se contrató el cual aparentemente sería el pactado inicialmente en la Licitación Pública DG-03 de 2014.

Por lo anterior y teniendo en cuenta las inconsistencias que se presentan entre el estudio previo, pliego de condiciones y el contrato 00743 de 2014 el SENA en desarrollo de su autonomía contractual y lo previsto en el artículo [40](#) de la Ley 80 de 1993<sup>(1)</sup> puede y debe aclararse mediante Otro Si la concordancia entre los pliegos de condiciones, la propuesta y el contrato.

Al respecto, el Consejo de Estado mediante fallo No. 10399 de 2000 señaló: “2. La concordancia entre los pliegos de condiciones, la propuesta y el contrato. Para la Sala tal como lo señala la doctrina, la naturaleza jurídica de los pliegos de condiciones o términos de referencia que elabora la administración pública para la contratación de sus obras, bienes o servicios, está claramente definida en tanto son el reglamento que disciplina el procedimiento licitatorio de selección del contratista y delimita el contenido y alcances del contrato, al punto que este documento regula el

contrato estatal en su integridad, estableciendo una preceptiva jurídica de obligatorio cumplimiento para la administración y el contratista particular no sólo en la etapa de formación de la voluntad sino también en la de cumplimiento del contrato y hasta su fase final. De ahí el acierto de que se tengan como "la ley del contrato".//Dada la transcendencia de los pliegos de condiciones en la actividad contractual, la normatividad en la materia pasada y presente, enfatiza que todo proceso de contratación debe tener previamente unas condiciones claras, expresas y concretas que recojan las especificaciones jurídicas, técnicas y económicas a que hayan de acomodarse la preparación de las propuestas y el desarrollo del contrato. Es la razón por la cual por disposición legal debe incluirse en ellos "la minuta del contrato que se pretende celebrar con inclusión de las cláusulas forzosas de ley" (art. 30-h del decreto ley 222 de 1983, lo cual se mantiene hoy en el art. [30-2](#) Ley 80 de 1993).//Dicho de otro modo, los pliegos de condiciones forman parte esencial del contrato porque son la fuente principal de los derechos y obligaciones de las partes y son la base para la interpretación e integración del contrato, en la medida que contienen la voluntad de la administración a la que se someten por adhesión los proponentes y el contratista que resulte favorecido. Por tal motivo, las reglas de los pliegos de condiciones deben prevalecer sobre los demás documentos del contrato y en particular sobre la minuta, la cual debe limitarse a formalizar el acuerdo de voluntades y a plasmar en forma fidedigna la regulación del objeto contractual y los derechos y obligaciones a cargo de las partes." (Negrilla y subrayo fuera de texto).

Por lo anterior y es necesario unificar los contenidos previstos en el pliego de condiciones con el contrato, por ende es procedente que la administración ajuste el contenido del contrato.

Respecto al plazo, se debe tener en cuenta que los contrato de seguros como en los de intermediación de seguros el plazo es de ejecución sucesiva, el seguro, los "acuerdos" entre el "corredor" y cada una de las partes sobreviven a la "celebración" del contrato. Subsisten (...) mientras dure su vigencia. De donde hay que deducir que también ellos son de "ejecución sucesiva". No importan las vicisitudes jurídicas a que estén expuestos", tal como lo contempla la cláusula segunda del citado contrato así: "El término de duración del contrato se contará a partir de la suscripción del acta de iniciación, previa aprobación de la garantía única, y se prolongará hasta la fecha de vencimiento de los seguros expedidos o renovados dentro del programa para el cual se ha contratado al intermediario de seguros (..)"

Es claro que la prórroga no quebranta el principio de legalidad a que se sujetan las Entidades Estatales y los servidores públicos, como límite del principio de autonomía de la voluntad.

Finamente, se debe ajustar a un plazo puntual de ejecución que incluya la extensión temporal de su actual contrato por el tiempo que la Entidad ha determinado necesario para mantener la continuidad del servicio con la firma de corredor de seguros, en ejercicio de su autonomía contractual y de conformidad con el estudio realizado por el área responsable del programa de seguros.

El presente concepto tiene el efecto determinado en el artículo [28](#) de la ley 1755 de 2015, el cual sustituyo el titulo [2](#) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

Carlos Emilio Burbano Barrera

Coordinador Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa

Dirección Jurídica SENA

NOTA AL FINAL:

1. Artículo [40](#). Del Contenido del Contrato Estatal.” (...)En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración....” (subrayado fuera de texto)



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Sena

ISSN Pendiente

Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)

