

Propuesta de los criterios para los fondos de
de responsabilidad civil y accesibilidad de
los seguros para el servicio público de
transporte de carga por carretera, centrado
en estudio de Archila Asociados e Iván
Restrepo

Presentado por:
William A. Valencia R.
Julio 1 de 2008

1. De los fondos privados de responsabilidad civil

Introducción

En el documento Conpes 3489, “Política Nacional de Transporte Público Automotor de Carga”, aprobada el 1 de octubre de 2007, se estableció en materia de aseguramiento:

“La política de aseguramiento de riesgos en el transporte terrestre automotor de carga, está orientada a fomentar el acceso a los seguros de todos los integrantes de la cadena productiva, con el fin de ofrecer la protección de su patrimonio a un costo razonable, en el marco de las condiciones de seguridad del país.

Se recomienda que el Ministerio de Transporte, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la Superintendencia Financiera y los integrantes de la cadena productiva de transporte, en coordinación con el sector asegurador, evalúen los factores determinantes del sector relacionados con la política de aseguramiento, e identifiquen los riesgos de cada uno de los usuarios del servicio, transportadores (tripulantes, empresarios de transporte y propietarios de vehículo), mercancías y vehículos, con el fin de identificar las medidas necesarias para el mejoramiento de las condiciones de aseguramiento del sector, en el cual se incluyan los posibles riesgos derivados del terrorismo y de la alteración del orden público. Por otro parte, que evalúen la posibilidad de impulsar fondos de aseguramiento, para aquellos riesgos que no sean adecuadamente asumidos por el sector asegurador.” (págs. 18 y 19)

Conforme a los lineamientos impartidos, la Oficina de Regulación Económica del MT, en cumplimiento de sus funciones, debe desarrollar un documento propuesta sobre las modificaciones en materia de aseguramiento, tanto en el aspecto jurídico como en el actuarial y de los criterios que deben aplicarse en su regulación, y respecto de la viabilidad de los fondos de aseguramiento.

Se tendrá como base documental para el trabajo, los estudios realizados por Archila Asociados y el Dr Iván Restrepo Lince, a pedido del Ministerio del Transporte, en los que se abordó el tema del autoseguro, complementado con experiencias y regulaciones de otros países.

2. De la responsabilidad civil del prestador del servicio de transporte

Las responsabilidad civil del transportador tiene como fuente el Código Civil ¹ y el Código de Comercio ², en cuanto al cumplimiento de las obligaciones emanadas de una relación contractual y extracontractual, cuyo incumplimiento comporta la reparación del daño realizado.

En nuestro ordenamiento jurídico y los desarrollos jurisprudenciales se ha establecido un **régimen objetivo de responsabilidad** para quién presta el servicio de transporte, que se construye desde la presunción de culpa que en asuntos

¹ Libro Cuarto, título 12: Del efecto de las obligaciones y título 34 de la Responsabilidad común por los delitos y las culpas

² Libro Cuarto, “De los contratos y obligaciones mercantiles”, Título I: De las obligaciones en general y IV: Del contrato de transporte.

contractuales asigna el artículo 1003 del C.Co.³, al igual en lo extracontractual por la calificación de la actividad como peligrosa ⁴ y la solidaridad ⁵, en la responsabilidad por parte de la empresa a la cual está vinculado o afiliado el vehículo automotor y del titular de la propiedad del mismo.

La reforma del Código de Comercio, decreto 01 de 1990, aplicable para los comerciantes o quiénes ejercen actividades de este tipo, régimen que sigue imperando en la regulación del servicio público de transporte y en especial del aseguramiento, reafirmó esta responsabilidad 'automática' por el daño causado por el accidente en sus artículos 992, 1003, 1030 y 1031, por inferencia en activa, en cuanto a que la posibilidad de liberarse de responsabilidad se apoya en hecho extraño acaecido, frente al cual se exige el haber desplegado suprema diligencia, para su no ocurrencia.

Por vía exonerativa de responsabilidad de los riesgos radicados en el transportador se dispone en el artículo 992 del C.Co.:

"El transportador sólo podrá exonerarse, total o parcialmente, de su responsabilidad por la inejecución o por la ejecución defectuosa o tardía de sus obligaciones, mediante prueba de fuerza mayor, siempre que ésta no se deba a culpa del transportador, de vicio propio o inherente a la cosa transportada, o de culpa imputable al pasajero, al remitente o al destinatario. (Ley 95 de 1890, 1º).

Es decir, el transportador debe comprobar la ausencia de culpa, hasta de la ocurrencia del hecho externo y fortuito y también para eximir la culpa propia, debe probar la de otra persona o de los bienes objeto del transporte.

³ ARTÍCULO 1003. RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTADOR. El transportador responderá de todos los daños que sobrevengan al pasajero desde el momento en que se haga cargo de éste. Su responsabilidad comprenderá, además, los daños causados por los vehículos utilizados por él y los que ocurran en los sitios de embarque y desembarque, estacionamiento o espera, o en instalaciones de cualquier índole que utilice el transportador para la ejecución del contrato.

Dicha responsabilidad sólo cesará cuando el viaje haya concluido; y también en cualquiera de los siguientes casos:

- 1) Cuando los daños ocurran por obra exclusiva de terceras personas;
- 2) Cuando los daños ocurran por fuerza mayor, pero ésta no podrá alegarse cuando haya mediado culpa imputable al transportador, que en alguna forma sea causa del daño;
- 3) Cuando los daños ocurran por culpa exclusiva del pasajero, o por lesiones orgánicas o enfermedad anterior del mismo que no hayan sido agravadas a consecuencia de hechos imputables al transportador, y
- 4) Cuando ocurra la pérdida o avería de cosas que conforme a los reglamentos de la empresa puedan llevarse "a la mano" y no hayan sido confiadas a la custodia del transportador.

⁴ De igual forma, tratándose de la responsabilidad aquiliana o extracontractual la jurisprudencia se ha pronunciado sobre la presunción de culpa por el hecho de la actividad peligrosa de la conducción de vehículos. En efecto, en sentencia de septiembre 18 de 1990 la Corte Suprema de Justicia sostuvo: "(...) cuando el daño se produce como consecuencia de una actividad peligrosa, dentro de la cual se ha considerado siempre la conducción de vehículos automotores, la norma aplicable a la controversia suscitada es el artículo 2356 *ibídem*, que consagra explícita e inequívocamente una presunción de culpa; así, pues, a la víctima que pretende ser indemnizada le basta demostrar el hecho dañoso ocurrido como consecuencia directa y necesaria del desarrollo de la actividad peligrosa que desempeña el demandado, es decir, está exenta de la carga probatoria en cuanto al elemento culpa (LXXXIX, PA. 823; LXXXIII, 2169: XCV, 784; LIX, 114; LXXXIII, 649)"⁶.

⁵ Por último, la condena debe imponerse de manera SOLIDARIA en contra de los demandados, en los términos del artículo 991 del Cod de com., porque se encuentra probado que el contrato de transporte se celebró entre el demandante y la sociedad transportadora, para cuya ejecución se utilizó un vehículo a la misma empresa afiliada, el cual era propiedad del conductor. (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN CIVIL y AGRARIA, Magistrado Ponente Dr. JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ, Veintiséis (26) de noviembre de dos mil uno (2003) Expediente No. 5906)

Es tan fuerte la responsabilidad objetiva del transportador, que se declaran como inexistentes las que se concerten mediante acuerdo de voluntades:

"Las cláusulas del contrato que implican la exoneración total o parcial por parte del transportador de sus obligaciones o responsabilidades, se tendrán por no escritas o pactadas.

"Las cláusulas limitativas de esa responsabilidad, aún a título de pena, fijación en una suma determinada del valor de los perjuicios o cualquiera otra, sólo producirán efectos cuando se refieren exclusivamente a la simple mora o retardo por riesgos del transporte, o revistan la forma de seguro.

"Para los efectos de este artículo se entenderá por riesgos del transporte aquellos sucesos fortuitos, previsibles pero irresistibles, propio de esta actividad y que no provengan de culpa anterior del transportador. Las violaciones a los reglamentos oficiales o de las empresas, se tendrán como culpa anterior, cuando el incumplimiento haya causado o agravado el riesgo.

"Parágrafo. El caso fortuito que reúna las condiciones de fuerza mayor se regirá por las reglas de ésta (1614) ibídem".

Al considerarse el servicio de transporte como **actividad peligrosa**, se exige que en su realización se aplique suprema diligencia, por lo que se signa su actuar con presunción de culpa lo que conlleva que en cualquier evento de lesión o afectación le corresponde al transportador probar la ocurrencia de: a) un caso fortuito, (b) hecho de un tercero o (c) hecho de la víctima, (artículo 2356 C.C.⁶)

que se manifiesta en la presunción de culpa de quien desarrolla la actividad peligrosa: "Ahora bien: como lo enseña la doctrina jurisprudencial, cuando quiera que, por fuera de toda vinculación contractual, se infiere daño a otro por causa del ejercicio de actividades peligrosas, se presume, en virtud de lo dispuesto en el citado artículo 2356 del Código Civil, la culpa del agente, quien sólo podría desvirtuar tal presunción, y por lo mismo exonerarse de responsabilidad, probando uno de estos tres extremos: el caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa de la víctima" Corte Suprema de Justicia. Casación Civil, Sentencia del 3 de mayo de 1965.

Además, conforme a la regulación de responsabilidad civil para el transportador, por los daños ocasionados, se establece una responsabilidad de tipo solidario (artículo 991 C.Co.⁷) entre el empresario – operador y los propietarios de los vehículos vinculados o afiliados a la misma⁸,

⁶ La circulación de automotores ha creado un riesgo social propio, al cual es preciso atender, estableciendo la responsabilidad de sus conductores mediante la conjunción de los criterios objetivo y subjetivo. Como las normas de tránsito existentes no alcanzan a prever todas las precauciones necesarias para asegurar una circulación exenta de daños a terceros, es preciso que se obligue a los conductores, si aspiran a que se les repute como hombres prudentes, no solamente a viajar a velocidad moderada y a cumplir las demás prescripciones reglamentarias, sino también a estar atentos a los obstáculos de la vía, y aun, cuando ello fuere menester, a extremar sus cautelas para evitar los accidentes. (Corte Suprema de Justicia. Casación Civil, Sentencia del 30 de abril de 1976)

⁷ ARTÍCULO 991. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA Cuando la empresa de servicio público no sea propietaria o arrendataria del vehículo en que se efectúa el transporte, o no tenga a otro título el control efectivo de dicho vehículo, el propietario de éste, la empresa que contrate y la que conduzca, responderán solidariamente del cumplimiento de las obligaciones que surjan del contrato de transporte. La empresa tiene el control efectivo del vehículo cuando lo administra con facultad de utilizarlo y designar el personal que lo opera, directamente y sin intervención del propietario.

⁸ Y esta afiliación o vinculación de un automotor a una empresa de servicio público de transporte, legitima suficientemente a la empresa afiliadora para responder por los perjuicios que se causan a terceros en el

Por otra parte, se tiene que básicamente las coberturas de los seguros están diseñadas sobre el daño emergente y tangencial y parcialmente sobre el lucro cesante, sin incorporar o tasar sobre los perjuicios morales, lo que genera sensación de desprotección para el ejercicio de la actividad, factor que para el caso de cualquier actividad comercial e igual para el servicio público de transporte, requiere de **una reparación integral**, que es exigida por nuestra Carta Política en su artículos 90 y 250 numerales 6 y 7⁹, para quién cause daño, pero que en el caso específico de análisis tiene especial énfasis y consecuencia, ya que en materia probatoria, se parte de la imputación de daño 'per se', que exige 'un esfuerzo' de liberación o eximente de responsabilidad, que requiere de técnica jurídica, que por la posición de especialidad del transportador o mejor del 'empresario' del transporte y ser su actividad, supera la del afectado y del propietario, para quiénes es una situación particular y extraña, que se refleja en la definición del proceso y sus resultas.

La ocurrencia o realización de un suceso que da origen al nacimiento de la obligación de reparación (art. 1054 del C.Co¹⁰) es lo que comprende la noción de cobertura, que se caracteriza, por su integralidad correlativa (obligación de indemnizar y derecho de reconocimiento íntegro de perjuicios) por mandato constitucional del artículo 90 y 250 numeral 6 de resarcimiento del daño antijurídico de forma integral¹¹ y que tiene pleno reflejo en el campo civil y comercial :

"Entre los principios fundamentales del derecho, está el que obliga a reparar los daños injustamente causados a otro. Es uno de los que Josserand llama "dogmas eternamente verdaderos": "...elementos fijos e invariables que tienen el valor de dogmas eternamente verdaderos, tales como el respeto debido a la palabra dada, la fuerza obligatoria de los contratos, la no retroactividad de las leyes, la reparación de daños injustamente causados al prójimo..." (Derecho Civil, tomo I, volumen I, página 10, Ed. E.J.E.A., Buenos Aires, 1952).

El principio mencionado está plasmado en el artículo 2341 del Código Civil, piedra angular de la responsabilidad civil extracontractual: "El que ha cometido un delito o

ejercicio de la actividad peligrosa que entraña la movilización de vehículos automotores para la satisfacción del aludido servicio, pues si ella es la que crea el riesgo "...es acertado, ha dicho esta Corporación, que se le repunte culpable de todo detrimento ocasionado por su obrar y que del mismo modo es equitativo que sólo pueda enervar esa presunción de culpa demostrando fuerza mayor, caso fortuito, intervención de un elemento extraño o culpa exclusiva de la víctima...". (CLII, 73). (CSJ, Cas. Civil, Sent. feb. 1º/91)

⁹ ARTICULO 250. La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos ... 6. Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito.

7. Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal, la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa.

¹⁰ ARTÍCULO 1054. DEFINICIÓN DE RIESGO. Denominase riesgo el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento.

¹¹ ARTICULO 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido". (Corte Constitucional, C-557/94 M.P. Jorge Arango Mejía, del 6 de diciembre de 1994)"

Nace aquí un principio básico y fundamental de la reparación, y pilar de los FRC, esencia del mismo, y conlleva el cumplimiento y la realización del principio de emanación constitucional, en el sentido en que quién haya recibido o sido objeto de un daño, sea completamente reparado, y que la titularidad del responsable objetivamente, no se torne difusa sino que la asuma totalmente, tanto para quién ejerce en forma directa el servicio público (en su calidad propietario del vehículo automotor) y quién en forma trasladada o refleja vincula o afilia, y más aún quién participa en calidad de intermediario del servicio, comporte tanto por calificación legal como constitucionalmente elementos INDISOLUBLES de responsabilidad, en:

- a.) El vínculo solidario de responsabilidad objetiva y,
- b.) La asunción de solidaridad integrada de los participantes en la prestación del servicio, en la denominada "cadena del transporte" y
- c.) La indemnización sin atajos o mejor expresada plena para el afectado.

Corresponde, entonces al empresario – propietario a reparar los daños que se causen inherentes a la prestación del servicio, por lo que debemos analizar los diferentes riesgos que se pueden causar y los amparos a los mismos.

La objetividad de la responsabilidad, la integralidad en la reparación que les competen a quienes ejercen la actividad transportadora, y la insuficiencia e inadecuada protección vía aseguramiento, como lo analizaremos adelante, mantiene la latencia cotidiana de riesgo en el desarrollo de la actividad, tanto para el empresario como para el propietario, lo que conlleva a una vivencia de incertidumbre patrimonial, por el alto riesgo a que están expuestos y que inducen, en forma prevalente a maximizar los rendimientos de la empresa, del intermediario y en la explotación plena del automotor, a pesar de estar expuestos a la violación de las disposiciones legales y de tránsito.

El comportamiento de maximización de rendimientos económicos, tiene a su vez un reflejo de pasividad y casi inercia en explorar e implantar medidas, por los costos que ello demanda, que permitan aminorar la incidentalidad (control efectivo del parque automotor afiliado o vinculado, mediante la adopción de esquemas de evaluación y seguimiento de los riesgos de la operación y siniestralidad), e igualmente a considerar mecanismos de solución directa de controversias, y de respaldo económico para asunción de valores no cubiertos por las pólizas otorgadas (Fondos de responsabilidad civil o reservas contables y/o efectivas), ya que igualmente reducen su rentabilidad inmediata y concreta.

Compartimos el finiquito que formula Archila y Asociados en su estudio:

"Se concluye que en materia de responsabilidad civil del transportador, el rigor técnico jurídico y la evolución doctrinal y jurisprudencial, indican que en esta materia la regulación y las decisiones judiciales, contendrán elementos que radiquen en cabeza del transportador la mayor carga de costos y cuidado, que deberá manifestarse a su vez en un mayor beneficio económico representado en la disminución de incidentes y su severidad.

En este sentido, no aparece útil impulsar reformas legales restrictivas de la responsabilidad civil del transportador en el corto plazo, frente a una perspectiva normativa en contra. Por el contrario, se hace recomendable impulsar tópicos de

autorregulación que incorporen en la operación los aspectos que permitan obtener los resultados de cuidado y reducción de incidentes, planteados.” (pag 188, primer módulo)

En igual sentido se acogen los criterios base a efecto de la regulación de la responsabilidad civil del transportador, que serán elemento sustancial en los parámetros de los FRC:

Obtener altos estándares de seguridad en el desarrollo de la actividad. Medidas de precaución que eviten causar daños a terceros.

Salvaguardar la atención médica y hospitalaria automáticas a las víctimas de accidentes de tránsito.

Preservar condiciones de viabilidad económica y financiera de la empresa de servicio público de transporte terrestre automotor.

“Internalizar” los costos de la reparación de los daños causados a terceros en el ejercicio de la actividad.

Estructurar unas reglas legales de responsabilidad de tal modo que minimicen los costos de la precaución y del seguro, frente a los de las eventuales indemnizaciones.

Estructurar mecanismos operativos que aseguren la efectividad y oportunidad de la reparación de las víctimas.

Disminuir los costos, individuales y colectivos, de transacción que involucra la contratación del

seguro, las vicisitudes de su cobro y la ineficacia de sus montos y coberturas. (pag 188, primer módulo)

1. De los riesgos que pueden ocasionarse con la prestación del servicio.

En el estudio que realizamos en diciembre de 2005, intitulado “Propuesta para establecer la cobertura y condiciones de los seguros y garantías que deben otorgar las empresas operadores del servicio público de transporte”, tomaremos los elementos expuestos al respecto y que mantienen su vigencia.

En forma esquemática describimos el universo de riesgos así:

- Riesgos de tipo personal que afectan la integridad física o corporal.
- Riesgos que amenazan a los bienes o cosas.
- Riesgos por nexos contractual
- Riesgos que afectan directamente el patrimonio: daño emergente, lucro cesante
- Riesgos por afectación moral.
- Riesgos por las sanciones por violación de los reglamentos.

a. Riesgos de tipo personal que afectan la integridad física o corporal.

Desde el preámbulo de la Carta Política se determina como fin del Estado el “asegurar a sus integrantes la vida” y consagrado como principio esencial en su artículo 2º, enfatizado en los arts. 11, 44, 46 de la misma.

Si bien en materia de aseguramiento del servicio de carga, no se dispone de una norma específica sobre la preservación de la vida de las personas, en transporte de

pasajeros se encuentra la obligación del transportador en la movilización de pasajeros es el de "conducir a las personas... sanas y salvas al lugar o sitio convenido" (C.Co. art. 982), y en eventos de incumplimiento el de reparar "todos los daños que sobrevengan al pasajero desde el momento en que se haga cargo de éste" (C.Co., art. 2003), cuyas directrices se aplican al servicio que se estudia, por lo que las afectaciones que se causen a las personas deben repararse.

Igualmente, en la situación de muerte del pasajero, se guían por las normas anteriores, agregando la responsabilidad extracontractual (artículo 1006 del C.Co) a favor de los herederos del pasajero fallecido.

Se encuadran dentro de éste riesgo a la integridad de las personas:

- Las lesiones, leves, graves y gravísimas.
- Las incapacidades temporales o permanentes, como consecuencia de las anteriores y.
- La muerte de la persona
- Gastos médicos, quirúrgicos, farmacéuticos y hospitalarios.
- Gastos funerarios y
- Gastos de desplazamientos (transporte y movilización)

Estos podrían llamarse como los efectos directos e inmediatos, a los que debe agregarse los riesgos adicionales como las secuelas que provienen de esas afectaciones, tanto en su integridad física, tales como pérdidas de movilidad que impidan desplazamientos fáciles, así como disminuciones de producción en su actividad laboral y por lo tanto en decrecimiento o pérdida del trabajo, lo que nos lleva al campo del lucro cesante.

b. Riesgos respecto de los bienes o cosas.

Respecto de los riesgos por movilización de cosas, objeto del contrato de transporte se considerara en el punto de nexos contractual, destacando que:

"El transportador responderá de la pérdida total o parcial de la cosa transportada, de su avería y del retardo en la entrega, desde el momento en que la recibe o ha debido hacerse cargo de ella" (artículo 1030 del Código de Comercio)

Fuera de ello deben repararse los bienes de terceros (vehículos, viviendas, muebles etc), ajenos al nexo contractual, y los perjuicios que emanen de su inutilización temporal o definitiva

Riesgos propios del transportador

Hay situaciones que son propias de la industria, del operador mismo o a las personas vinculadas a la prestación del servicio frente a las cuáles no puede desprenderse de responsabilidad del transportador, salvo eventos imprevisibles:

Siendo ello así y dejando al margen el análisis de las diferencias que entre el caso fortuito y la fuerza mayor existan, es lo propio recabar en que, para que un hecho pueda catalogarse como tal y, por lo mismo, pueda derivar una exigencia de responsabilidad, se requiere que sea imprevisible, irresistible y que "no se encuentre ligado al agente, a su persona ni a su industria, de modo tal que ocurra al margen de una y otra con fuerza inevitable,..." o, para mayor claridad, que se trate "de '...un acontecimiento extraordinario que se desata desde el exterior sobre la industria, acontecimiento imprevisible y que no hubiera sido posible evitar aun aplicando la mayor diligencia sin poner en peligro toda la industria y la marcha económica de la empresa y que el industrial no tenía porqué tener en cuenta ni tomar en consideración',..."; de donde, en principio, y sin perjuicio de las conclusiones que se obtengan del estudio de las particularidades que cada caso ofrece, puede sostenerse, que los daños de los instrumentos o las máquinas con que se ejecuta la actividad peligrosa, como serían los automotores en

relación con la actividad transportadora y la empresa ocupada de la misma, por no ser un hecho externo a la industria misma, no podrían ser calificados como tales y, consecuentemente, no servirían para que la empresa transportadora se libere del deber de resarcir los daños que tal actividad haya provocado en otros. "...de suerte que en sana lógica se impone concluir, siguiendo este criterio, que las fallas en el mecanismo u operación de ciertas cosas o actividades peligrosas, de cuyo buen funcionamiento y ejecución exenta de peligros es garante el empresario frente a potenciales víctimas..., por faltarte el requisito de exterioridad nunca pueden configurar, en la modalidad de caso fortuito o fuerza mayor, una causa exoneratoria capaz de contrarrestar la presunción de culpa que consagra el Art. 2356 del C. Civil. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil Magistrado Ponente: NICOLÁS BECHARA SIMANCAS Bogotá, D.C., trece (13) de diciembre de dos mil (2000). Ref: Expediente No. 5510)

Riesgos por afectación moral.

Entendido como “*el dolor humano o sufrimiento que ésta experimenta y que dada su naturaleza corresponde al mundo de la sensibilidad espiritual y mantiene relación directa con la dignidad del ser humano*” y . “*Aunque es imposible sanarlo, al menos para hacerlo más llevadero, se ha abierto el camino de un resarcimiento pecuniario que depende no de las peritaciones, que no proceden, sino directamente del discrecional arbitrio judicial fundado en las propias circunstancias del caso y de la víctima en desarrollo de una función que debe transcurrir dentro del estricto sentido de la ponderación, la medida y la equidad.*” (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, Sala Civil – Familia, M.P. Luis Humberto Otalora Mesa, Radicación No. 2005-0728, 19 de septiembre de 2007.)

Así las afectaciones de la persona o de sus familiares, son riesgos que debe resarcir el transportador.

Riesgos que afectan directamente el patrimonio: daño emergente, lucro cesante

Las situaciones de mengua de la capacidad productiva de la persona o de los bienes generan perjuicios que deben ser resarcidos por el transportador, las cuáles pueden ser de carácter temporal o definitivo.

Sobre el lucro cesante pasado y futuro, según se trate de una capacidad temporal para laborar o de una disminución de la capacidad productiva, debe decirse que solo procede reconocer el primero, porque aunque en el proceso no se afirma ni aparece determinada la actividad del demandante, estos no serán reconocidos.

Por el contrario, para el reconocimiento del lucro cesante futuro si era impensable probar y afirmar la actividad productiva del demandante, inclusive en el evento de presunción de ingresos no inferiores al salario mínimo legal devengado.¹²

Riesgos por las sanciones por violación de los reglamentos.

De los riesgos por nexos contractual.

El operador de carga de conformidad con el Código de Comercio, le corresponde, frente a las cosas entregadas para su transporte:

1. Recibir, conducir y entregar en el mismo estado en que las reciba.
 - ‘El transportador estará obligado a conducir las personas o las cosas cuyo transporte se le solicita, siempre que lo permitan los medios ordinarios de que disponga y que se cumplan las condiciones normales y

¹² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN CIVIL y AGRARIA, Magistrado Ponente Dr. JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ, Veintiséis (26) de noviembre de dos mil uno (2003) Expediente No. 5906

de régimen interno de la empresa, de conformidad con los reglamentos oficiales.' (art. 989 C.Co)

2. Emplear los vehículos las condiciones pactadas.
 - Que el vehículo automotor destinado para el desplazamiento no pueda realizarlo en forma definitiva (cancelación del despacho).
 - Que el vehículo automotor destinado para el desplazamiento, lo realice después de un lapso significativo de espera para su despacho o por desperfectos mecánicos, dentro del recorrido.
 - Que el vehículo automotor destinado para el desplazamiento no pueda realizarlo en forma completa, por desperfectos ocasionados por choque en el recorrido.
 - Que el vehículo automotor destinado para el desplazamiento no pueda realizarlo en forma completa, por desperfectos causados por accidente de tránsito en el recorrido.
3. Utilizar el modo de transporte definido
4. Sujetarse a las condiciones generales y específicas contratadas.
 - Asume la responsabilidad y riesgo por su actuación como “un buen hombre de negocios” [REDACTED] en la prestación del servicio de manera general, la cual tiene reflejo directo en:
 - El control empresarial de la operación.
 - Control sobre el personal de la empresa, de los conductores de los vehículos propios, bajo control efectivo o de los propietarios de los mismos.
 - Control sobre los vehículos automotores de propiedad de la empresa, bajo control efectivo o de propiedad de los vinculados o afiliados.
 - Asume los costos por los incumplimientos causados respecto del usuario-pasajero.
 - Asume los costos por las sanciones por violación de los reglamentos.
 - Adoptar todas las medidas razonables que hubiere tomado un transportador según las exigencias de la profesión para evitar el perjuicio o su agravación. (art. 992 C.Co)
5. Realizar la entrega de las cosas objeto en un lapso prudencial, salvo que se hubiere pactado un término determinado.
 - Los transportadores que intervengan serán solidariamente responsables del cumplimiento del contrato en su integridad, como si cada uno de ellos lo hubiere ejecutado.(art 986 numeral 1 C.Co)

La radicación del riesgo contractual del transportador, la determina el artículo 871 del Código de Comercio que además de estar guiados por el principio de la buena fé y las estipulaciones definidas, obligan al prestador del servicio “a todo lo que

corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural", que en materia del servicio de carga, tiene una especial connotación, destacada por la Corte Constitucional:

De la naturaleza del contrato de transporte de cosas resulta la elemental precaución del transportador en establecer el tipo de bienes o elementos que le son confiados a fin de tomar las previsiones necesarias en torno a su cuidado y protección durante el tiempo en que responderá por ellas y también con el objeto de evitar que se lo comprometa en el desarrollo de actividades ilícitas o peligrosas. Es por ello que, al tenor del artículo 1010 del Código Mercantil, "el remitente indicará al transportador el nombre y dirección del destinatario, el lugar de la entrega, la naturaleza, valor, número, peso y volumen de las cosas", quedando a la mano del transportador la posibilidad adicional que contempla el inciso 2º de la misma norma: "El transportador podrá, en todo caso, verificar la exactitud de las indicaciones anteriores y tomar las precauciones conducentes a tal fin".¹³

El transportador tiene el derecho y aún el deber, de corroborar el contenido de lo que transporta y, si encuentra que se trata de elementos o sustancias prohibidos por la ley, habrá de rechazar el contrato en razón de su objeto ilícito, al paso que estará obligado a adoptar las necesarias medidas de prevención si la manipulación o traslado del material cuya conducción se le confía encierra en sí mismo peligro o amenaza." (ibídem)

El celo en la actividad del transportador, lleva a que la licitud de la movilización de cosas, debe ser incólume, ya que en caso contrario enerva hasta los presupuestos de inocencia:

En caso sub-lite, ha dicho el actor que fue desconocida la presunción de buena fe, toda vez que su profesión de conductor no le permitía saber del contenido de las canecas y demás recipientes transportados. Empero, constituye elemento probatorio que desvirtúa la presunción consagrada en su favor, tal como lo establecieron las sentencias que se revisan, el hecho de haber celebrado un contrato de transporte de cosas en condiciones que sugerían la comisión de una conducta punible, en especial la circunstancia de haber cargado el vehículo en un lugar despoblado, al amparo de la noche, sin tomar la enunciada precaución de indagar por el contenido de los recipientes, que, por demás, se distinguían con la leyenda "Thiner Ref.: 05-30", "Hidroclorhídric Acid" y "Acido Clorhídrico" (ibídem).

Esta obligación, la encuadraremos dentro del tópico: "**medidas de prevención y diligencia en la operación**", que deben ser adoptadas por la empresa operadora, elemento indispensable en la mitigación del riesgo.

Del riesgo respecto de los extremos contractuales

De conformidad con el artículo 1008 del C.Co. se tiene que los riesgos de los participantes en el contrato de transporte son los siguientes:

1. Para el transportador, las que emanen de la obligación de recibir, conducir y entregar las cosas objeto del contrato;
2. Del remitente, las que se originen por situaciones de su obligación, por cuenta propia o ajena, de la entrega las cosas para su conducción, en las condiciones, lugar y tiempo convenidos y ;

¹³ Sentencia No. T-568/92

- Las del destinatario, las situaciones que se presenten por el envío de las cosas

Del interés asegurable.-

2. De las coberturas y cuantías de los riesgos en la regulación vigente

Debemos tener presente que la regulación del mercado asegurador colombiano es amplia en cuanto a la asunción o nó de riesgos:

"(...) el artículo 1056 del Código de Comercio, disposición de carácter general vigente desde 1971 año en que se expidió el Decreto Ley 410, establece que "con las restricciones legales, el asegurador podrá, a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado"

*La disposición transcrita reconoce la posibilidad que tienen las compañías de seguros de seleccionar los riesgos de acuerdo con la experiencia obtenida en el desarrollo de su actividad y, en esta medida, decidir de manera autónoma asumirlos si legal, técnica y económicamente resulta una operación factible o, por el contrario, abstenerse de hacerlo, salvo que se trate de aquellos riesgos cubiertos por los denominados seguros obligatorios que al tenor de lo señalado en el artículo 94 de la Ley 45 de 1990, incorporado en el artículo 191 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, solamente podrán crearse por ley."*¹⁴

Seguiremos el mismo esquema de clasificación de los riesgos, a efecto de determinar su correspondencia con las coberturas establecidas en la normatividad vigente.

2.2.1 De las coberturas y cuantías por afectaciones a la integridad física o corporal.

De acuerdo con la regulación actual del aseguramiento para el servicio público de transporte de carga, se encuentra que el único respaldo para este tipo de afectaciones, ya que la única exigencia es el SOAT (Seguro Obligatorio de accidentes de tránsito), por lo que se encuentra un desamparo para las situaciones que en este aspecto, se causen en desarrollo de la actividad contractual o extra-contractual.

Por ello en materia de aseguramiento para el servicio público de transporte de carga, se presenta la siguiente problemática, tanto para los usuarios como para los operadores por la alta exposición al riesgo sin respaldo de póliza:

Coberturas	SOAT (Art. 193 Eosf)	Responsabilidad civil contractual CARGA (decreto 173 de 2001)	Responsabilidad civil extracontractual CARGA (decreto 173's de 2001)
<u>Cobertura 1</u>	Gastos médicos, quirúrgicos, farmacéuticos y hospitalarios por lesiones.	No se establecen	No se establecen
	Monto asegurado mínimo indemnización máxima		
	Indemnización máxima de 500 veces el s.m.m.l.v al momento del accidente.	No se establecen VALORES INDEMNIZATORIOS QUE NO CUBRA EL SOAT	No se establecen VALORES INDEMNIZATORIOS QUE NO CUBRA EL SOAT
<u>Cobertura 2</u>	Muerte de la víctima	No se establece	No se establece

¹⁴ Concepto de la Superbancaria No. 2003027940-1. Junio 2 de 2003

Coberturas	SOAT (Art. 193 Eosf)	Responsabilidad civil contractual CARGA (decreto 173 de 2001)	Responsabilidad civil extracontractual CARGA (decreto 173's de 2001)
	Monto asegurado mínimo indemnización máxima		
	Cuantía equivalente a 600 veces el s.m.m.l.v al momento del accidente.	No se establecen VALORES INDEMNIZATORIOS QUE NO CUBRA EL SOAT	No se establecen VALORES INDEMNIZATORIOS QUE NO CUBRA EL SOAT
<u>Cobertura 3</u>	Incapacidad permanente	No se establece	No se establece
	Monto asegurado mínimo indemnización máxima		
	Indemnización máxima de 180 veces el s.m.m.l.v al momento del accidente.	No se establecen VALORES INDEMNIZATORIOS QUE NO CUBRA EL SOAT.	No se establecen VALORES INDEMNIZATORIOS QUE NO CUBRA EL SOAT
<u>Cobertura 4</u>	Riesgos cosa transportada	que cubra a las cosas transportadas contra los riesgos inherentes al transporte	
	Monto asegurado mínimo indemnización máxima	No se establecen	No se establecen
	No se establecen		
Cobertura 5	Daños a bienes	No se establecen	No se establecen
	Monto asegurado mínimo indemnización máxima		
	No se establecen		
Cobertura 6	Daño emergente	No se establecen	No se establecen
	Monto asegurado mínimo indemnización máxima		
	No se establecen		
Cobertura 7	Lucro cesante	No se establecen	No se establecen
	Monto asegurado mínimo indemnización máxima		
	No se establecen		
Cobertura 8	Daño Moral	No se establecen	No se establecen
	Monto asegurado mínimo indemnización máxima		
	No se establecen		

Se hace imperioso al ser el FA un mecanismo complementario de protección de patrimonios, el reglamentar por parte del Gobierno Nacional las condiciones y cuantías de los seguros que deben tomar las empresas prestadoras del servicio público de carga, aspecto que entramos a considerar a continuación.

Tomando las coberturas del Soat, única póliza exigible en materia del servicio de carga, encontramos que dentro de las definidas en el seguro obligatorio, hay insuficiencia en los riesgos amparados que reflejamos en el siguiente cuadro.

Cobertura	SOAT (Art. 193 Eosf)	Coberturas FALTANTES
1	Gastos médicos, quirúrgicos, farmacéuticos y hospitalarios por lesiones.	Es de atención primera, no para los eventos de incapacidad permanente o parcial, por lo que no lo incluye
2	Incapacidad permanente	No incluye por incapacidad parcial
3	Gastos Funerarios, si la muerte ocurriere como consecuencia del accidente y dentro del lapso señalado en la letra anterior,	
4	Gastos de transporte y movilización de las víctimas a los establecimientos hospitalarios o clínicos y las entidades de seguridad y previsión social de los subsectores oficial y privado del sector salud	
5	Muerte de la víctima	
6	Riesgos cosa transportada	No lo incluye.
7	Daños a bienes	No lo incluye.
8	Daño emergente	No lo incluye.
9	Lucro cesante	No lo incluye.
10	Daño Moral	No lo incluye.
11	Infracciones al reglamento	No lo incluye.
12	Por actos de terrorismo	No lo incluye.

Se observa, que en términos generales, la normatividad se ha ocupado únicamente de exigir el amparo por los riesgos de tipo personal que afectan la integridad física o corporal, aunque de una manera parcial, ya que las coberturas no cubren la totalidad de eventos probables, por lo que faltaría un campo extenso de respaldo para el reconocimiento integral de riesgos, para lo cual se debe acudir al FA, que en el aspecto de la cuantía se estimará una valorización del mismo.

Esta es una falencia sentida del sistema, que se refleja en las áreas reguladas en los decretos 170's:

Coberturas	SOAT (Art. 193 Eosf)	Responsabilidad civil contractual (decretos 170's de 2001)	Responsabilidad civil extracontractual (decretos 170's de 2001)
1	Gastos médicos, quirúrgicos, farmacéuticos y hospitalarios por lesiones, al momento del accidente. 15	Gastos médicos, quirúrgicos, farmacéuticos y hospitalarios.	No amparado
2	Incapacidad permanente entendiéndose por tal la prevista en los artículos 209 y 211 del Código Sustantivo del Trabajo 16	Incapacidad permanente. Incapacidad temporal.	No amparado
3	Gastos Funerarios, si la muerte ocurriere como consecuencia del accidente y dentro del lapso señalado en la letra anterior 17		
4	Gastos de transporte y movilización de las víctimas a los establecimientos hospitalarios o clínicos y las entidades de seguridad y previsión social de los subsectores oficial y privado del sector salud 18		
5	Muerte de la víctima como consecuencia del accidente, siempre y cuando ocurra dentro del año siguiente a la fecha de éste, 19	Muerte	Muerte o lesiones a una persona. Muerte o lesiones a dos o más personas.

De la tabla anterior que recoge los amparos del aseguramiento para el transporte, se observa lo siguiente:

1. Se visualizan, áreas de las coberturas por responsabilidad extracontractual que no son exigidas como gastos médicos y hospitalarios y reconocimientos por concepto de incapacidades temporales o permanentes, sin que en el cuerpo de las normas que establecen este tipo de amparos, aparezca razonamientos que soporten ésta exclusión, por lo que se detecta lesividad al principio de integralidad, ya que los terceros afectados carecen de

¹⁵ artículo 193 numeral 1 literal a) EOSF.- Gastos médicos, quirúrgicos, farmacéuticos y hospitalarios por lesiones con una indemnización máxima de quinientas (500) veces el salario mínimo legal diario vigente al momento del accidente

¹⁶ artículo 193 numeral 1 literal b) EOSF.-. Incapacidad permanente, entendiéndose por tal la prevista en los artículos **209** y **211** del Código Sustantivo del Trabajo, con una indemnización máxima de ciento ochenta (180) veces el salario mínimo legal diario vigente al momento del accidente, a la cual se le aplicarán los porcentajes contenidos en las tablas respectivas

¹⁷ artículo 193 numeral 1 literal d) EOSF .-. Gastos Funerarios, si la muerte ocurriere como consecuencia del accidente y dentro del lapso señalado en la letra anterior, con una indemnización máxima de ciento cincuenta (150) veces el salario mínimo legal diario vigente al momento del accidente

¹⁸ artículo 193 numeral 1 literal e) EOSF.- Gastos de transporte y movilización de las víctimas a los establecimientos hospitalarios o clínicos y las entidades de seguridad y previsión social de los subsectores oficial y privado del sector salud, en cuantía equivalente a diez (10) veces el salario mínimo legal diario vigente al momento del accidente.

¹⁹ artículo 193 numeral 1 literal c) EOSF .-. Muerte de la víctima como consecuencia del accidente, siempre y cuando ocurra dentro del año siguiente a la fecha de éste, en cuantía equivalente a seiscientas (600) veces el salario mínimo legal diario vigente al momento del accidente

garantía, diferente del patrimonio de la empresa – propietario, que les permitiría obtener reconocimiento vía aseguradora, a diferencia del evento de la muerte, que se encuentra cubierto en las diferentes pólizas.

2. Por otra parte, a pesar de existir coberturas iguales, como el evento de la muerte de la persona, dicho riesgo está amparado en todas las pólizas, la norma administrativa, que es adicional y/o complementaria a la del Soat, le es indiferente el que haya identidad de amparo, ya que no hay parámetros diferenciadores o sustitutivos. Por otra parte, no se realiza valoración si en la construcción tarifaria de los seguros de responsabilidad civil contractual y extra contractual, se toma como base o piso la cobertura del Soat, lo que muestra falta de solidez del sistema vigente, ya que la situación de afectación en materia extracontractual se puede cubrir por cualquiera de las pólizas, Soat o de responsabilidad civil.
3. Además, al no existir estudio que respalde el régimen de definición de coberturas, se falta a la exigencia de requisitos técnicos que respalden las medidas impuestas que fracturan la transparencia que debe rodear éste tipo de decisiones.
4. En el evento de la muerte, las personas beneficiarias al igual que la aseguradora, tendrían igual posibilidad de escogencia de garantía para obtener o reconocer la indemnización, que puede ser indistintamente el Soat o la póliza de responsabilidad civil extracontractual, ya que el presupuesto diferenciador es que se trate de cualquier tipo de persona, sin interesar su nacionalidad o cualquier otra condición o status; a diferencia de la responsabilidad contractual, que parte de una vinculación a través de un contrato de transporte, ya sea en su calidad de pasajero o titular- remitente de la carga.

No encontrándose elemento diferenciador del sujeto – tercero, no se encuentra razón para exigir doblemente este cubrimiento, salvo que la base indemnizatoria del Soat sea un piso, al cual se le agrega el componente establecido extra –contractualmente, lo cual deberá tener un respaldo estadístico en cuanto a siniestralidad por esta cobertura.

5. Mirado en su aspecto de estructuración tarifaria, la postura del órgano de inspección y vigilancia, la Superbancaria, frente a las coberturas superpuestas o duplicadas, ha sido la de simple depositaria de las pólizas, sin ejercer ningún tipo de análisis de razonabilidad y ciencia, a pesar de que así se exige normativamente, en el artículo 194 numeral 4 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que le radica dos obligaciones:
 - a. Una obligación de hacer para las aseguradoras, en cuanto a que *“deberán adecuar las pólizas y tarifas en las cuales exista coincidencia con las coberturas propias del seguro obligatorio, a fin de evitar duplicidad de amparos y de pago de primas”*, es decir, que se allegue a la Superbancaria las adecuaciones realizadas en la estructuración de las pólizas y en especial, las que realizaron a las tarifas de las pólizas de responsabilidad civil contractual y extracontractual que expiden a las empresas prestadoras del servicio público de transporte.
 - b. Y otra, que se refiere a la verificación del cumplimiento de las obligaciones anteriores, en el sentido de evitar las duplicidades de coberturas y la transparencia en la definición de las primas para el seguro obligatorio y las de las pólizas de responsabilidad civil

contractual y extracontractual, en especial, en cuanto a la comprobación del cumplimiento de los principios de equidad y suficiencia, y de la verificación que la fuente estadística “cumpla exigencias de homogeneidad y representatividad” como lo determina el artículo 184 numeral 3 literales a y b del EOSF.

Estos resquebrajamiento de la individualización de coberturas, los reconoce la misma entidad de vigilancia:

*“De otra parte, en cuanto a la obligación de esta Superintendencia consistente en verificar “...la transparencia en la definición de las primas para el seguro obligatorio y las de las pólizas de responsabilidad civil contractual y extracontractual, en especial, en cuanto a la comprobación del cumplimiento de los principios de equidad y suficiencia y de la verificación de fuente estadística ‘cumpla exigencia de homogeneidad y representatividad’...” de manera atenta me permito manifestarle que si bien es cierto que estos requisitos deben ser objeto de verificación por parte de esta Entidad, **dicha función no ha sido posible realizarla a la fecha en razón a que la Delegatura para Seguros y Capitalización no cuenta con personal especializado para ejecutarla, función que requiere del experticio de Actuarios, dificultades que se espera se solucionen en el inmediato futuro con la nueva Superintendencia Financiera**” (Oficio del Superintendente Bancario (E), Segismundo Méndez Méndez, MT-61152, de 18 de noviembre de 2005)*

2.2.2 De las coberturas y cuantías de los bienes o cosas de terceros.

Existe limbo regulatorio ya que en materia extracontractual no se exige en materia de carga un respaldo frente a los daños que se puedan causar a los terceros en cuanto a sus bienes o cosas afectadas por el ejercicio de la actividad transportadora de carga.

En cuanto a la regulación existente para otros servicios se encuentra

2.2.3 De las coberturas y cuantías por nexos contractuales.

No existe norma reguladora a la fecha que exija esta cobertura y por tanto menos cuantías de respaldo al riesgo que debe asumir el transportador., que a su vez no ha definido la reglamentación del Gobierno (decreto 173)

El esquema actual se refleja así:

Coberturas	SOAT (Art. 193 Eosf)	Responsabilidad civil contractual CARGA (decreto 173 de 2001)
Cobert	Afectación integridad personal	No se establecen
Cobert	Daños a bienes	No se establecen
Cobert	Daño emergente	No se establecen
Cobert	Lucro cesante	No se establecen
Cobert	Daño Moral	No se establecen
Cobert	Sanciones por infracción a reglamentos	No se establecen

Actualmente, frente a los bienes transportados, rige la norma circular contenida en el Decreto 173, donde se sujeta el sometimiento a las estipulaciones que dicte el mismo Gobierno, se considera que es necesaria definición sobre éste aspecto, acogiendo lo dispuesto en el artículo 1031 del C.Co. y radicando a cargo del transportador, entendido como lo expresamos en aparte anterior, la carga de la

obligación de diligencia y cuidado, que necesariamente lo compulsarían a incorporar condiciones de seguridad óptimas de su actividad , así:

“En caso de pérdida total de la cosa transportada, el monto de la indemnización a cargo del transportador será igual al valor declarado por el remitente para la carga afectada.

Si la pérdida fuere parcial, el monto de la indemnización se determinará de acuerdo con la proporción que la mercancía perdida represente frente al total del despacho.

No obstante, y por estipulación expresada en la carta de porte, conocimiento o póliza de embarque o remesa terrestre de carga, las partes podrán pactar un límite indemnizable, que en ningún caso podrá ser inferior al setenta y cinco por ciento (75%) del valor declarado.

En los eventos de pérdida total y pérdida parcial, por concepto de lucro cesante el transportador pagará adicionalmente un veinticinco por ciento (25%) del valor de la indemnización determinada conforme a los incisos anteriores.

Si la pérdida o avería es ocasionada por dolo o culpa grave del transportador, éste estará obligado a la indemnización plena sin que valga estipulación en contrario o renuncia.

En el evento de que el remitente no suministre el valor de las mercancías a más tardar al momento de la entrega, o declare un mayor valor al indicado en el inciso tercero del artículo 1010, el transportador sólo estará obligado a pagar el ochenta por ciento (80%) del valor probado que tuviere la cosa perdida en el lugar y fecha previstos para la entrega al destinatario. En el evento contemplado en este inciso no habrá lugar a reconocimiento de lucro cesante.

Las cláusulas contrarias a lo dispuesto en los incisos anteriores no producirán efectos.

Para el evento de retardo en la entrega, las partes podrán, de común acuerdo, fijar un límite de indemnización a cargo del transportador. A falta de estipulación en este sentido, la indemnización por dicho evento será la que se establezca judicialmente”

En esta forma se resolvería esa dicotomía referida a la radicación, dispersión del riesgo y efectos distorsionadores de aseguramientos dobles, que inciden necesariamente en la economía del destinatario y/o remitente, que se encuentra desamparado además por no existir un estatuto protector.

2.2.4 De las coberturas y cuantías del patrimonio: daño emergente, lucro cesante las coberturas.

La extensión del riesgo tanto en su versión contractual como extracontractual, generan efectos colaterales, que requieren de una cobertura

2.2.4.1 Del daño emergente.

Apartarse de la inclusión de los daños a bienes diferentes de los transportados - daño emergente, lucro cesante y daños morales es una falencia, crítica y grave del sistema de aseguramiento para el servicio de transporte, al quedar huérfana la protección y la integralidad reparativa a que tiene derecho el afectado, a pesar del carácter reconocido de peligroso y riesgoso de la actividad que ejerce el operador del servicio, que exige especial celo por parte del Estado,

La estructuración de coberturas se define en función de la protección a las víctimas, dejando a un lado la preservación del patrimonio del afectado que se traslada a decisión judicial, donde se incorpora el lucro cesante y daño moral, sin una tarifa o techo legal, quedando a criterio el censor judicial, con base al acervo probatorio y la ponderación del mismo el reconocimiento de estos amparos.

2.2.4.2 Del Lucro cesante y daño moral

Se considera finalmente, que en cuanto a afectaciones al usuario (daños patrimoniales- daño emergente y lucro cesante y los de tipo moral, la falta de póliza o garantía que ampare sus reclamaciones, revierte la situación a conocimiento en fuero judicial, donde la ausencia de especialidad, la dilación en la actuación y decisión judicial y los costos que ello demanda, tornan el perjuicio creado en algo difuso frente al cual hay indiferencia del operador, a buscar mecanismos alternativos de solución del conflicto; la adopción de medidas que eliminen o reduzcan sustancialmente la responsabilidad económica emanada de la accidentalidad; la incorporación de medidas de control efectivo de la operación e inserción de estructuraciones financieras que permitan solventar los reconocimientos integrales que se decreten.

Esa posición de indiferencia del operador del servicio, considerado en sentido laxo, ha sido respaldada y casi avalada por el Estado al dejar a un lado su regulación en materia de aseguramiento y dejar que el perjudicado, en posición de indefensión frente a la posición dominante del operador, concedor del tema en cuanto a su defensa y liberación de responsabilidad ya que cuenta por personas especializadas en la materia.

En materia de daño emergente, es claro, que los reconocimientos deben tasarse por peritos y de conformidad con su dictamen, proceder a los reconocimientos correspondientes, la tasación por tanto de los mismos no puede predefinirse en su cuantía, aunque la cobertura si los puede comprender, con un piso mínimo, que igualmente se aplicaría para los daños morales.

Como expusimos en el aparte de las coberturas, al faltar amparos para los bienes, el lucro cesante y el daño moral, ello tiene su reflejo necesario en que el factor cuantía – monto asegurado, no se establezca en la actual reglamentación valor alguno por estos conceptos, por lo que la víctima debe necesariamente acudir a reclamación judicial para obtener el resarcimiento de los perjuicios causados.

Se tiene así, que el afectado – beneficiarios no tienen respaldo en la pólizas de aseguramiento para obtener el resarcimiento de perjuicios diferentes a la integridad de la persona y de sus bienes.

La integralidad del restablecimiento, en cuanto al resarcimiento por los conceptos de lucro cesante y daño moral, en el actual sistema se torna difuso, no en cuanto a la exigencia de la cobertura, que debe necesariamente correlacionarse con la inspección judicial y la valoración judicial de la misma, sino en cuanto a la predicción del mismo por lo abierto del sistema de valoración de daños y la ausencia de elementos estadísticos que permitan realizar actualmente el análisis de eventos, pero ello, mas ello no es razón para su exclusión dentro del sistema de amparos, sino por el contrario, exige la afinación o modificación del sistema actual de aseguramiento.

2.2.5 De las coberturas y cuantías por las sanciones por violación de los reglamentos.

3. Conclusiones sobre las coberturas y cuantías de los riesgos en el transporte terrestre de carga

La necesidad de definición del marco de amparos es imperiosa a efecto de la implantación de FRC, que si bien tienen habilitación legal requieren necesariamente del establecimiento de una póliza otorgada por asegurador que como mínimo respalde su patrimonio, la potencialidad de riesgo frente a los participantes de la cadena del transporte frente actuar del operador del servicio de transporte de carga.

Teniendo en cuenta la regulación que existe para otros servicios, y las falencias detectadas se encuentra que el sistema de aseguramiento para el transporte y en especial para el servicio de carga, requiere de una serie de ajustes que consideramos necesario destacar.

2.3.1 De la necesidad de ofrecimiento de pólizas con las peculiaridades del servicio público.

En términos muy generales, se considera que es necesaria la intervención de la Superfinanciera, para que los seguros que se otorgan para la prestación del servicio público de transporte por parte de las compañías aseguradoras, se ajusten a las peculiaridades del sistema, de las cuales se destacan las siguientes:

- Detalle de la historia de siniestralidad, vista desde el ejercicio de una actividad calificada como peligrosa y el alto grado indemnizatorio involucrado.
- Mecanismos y esquemas de evaluación y seguimiento para reducción de accidentes, que tengan incidencia en la definición del monto de la prima.
- Características especiales de la estructura empresarial del tomador, control efectivo, vinculación y propiedad del parque automotor.
- Formas de utilización y mantenimiento del parque automotor.
- Esquema aplicativo de la responsabilidad solidaria de propietario, conductor, y empresa.
- Posibilidad de implementación y aplicación de contratación colectiva
- Estipulaciones que eviten duplicidad de coberturas entre las pólizas de Responsabilidad Civil y Responsabilidad Civil Extracontractual, en especial entre la de todo riesgo y RC/RCE cuando se otorga financiación para la adquisición de vehículos destinados a la prestación del servicio público, que puede conllevar a excepcionar pérdida de garantía, por doble aseguramiento

- Separación nítida de los conceptos indemnizatorios reconocidos por el SOAT y los seguros de responsabilidad civil contractual y extracontractual.
- Régimen de condiciones para reconocimientos indemnizatorios ágiles con base a los artículos 1053 y/o 1080 del Código de Comercio, que primen sobre resultas judiciales.
- Contemplación de diversas variables tales como “pico y placa”, “día solar o diferente”, “costo o precio del transporte”:

Desde la perspectiva de esta parte del análisis, procede indicar que el examen de las posiciones jurisprudenciales señaladas se aplicará a evaluar su correspondencia con la normatividad vigente, detectando los puntos normativos cuya aplicación refleja que requerirían evaluación; o la determinación de otros factores no directamente normativos que pudieran estar incidiendo en esos pronunciamientos.

2.3.2 De la necesidad de establecimiento y re-estructuración del esquema de fijación de la cuantía

El esquema actual de cuantía mínima (60 s.m.m.l.v. por persona) establecido en los Decretos 170's, además de no conocerse estudio que lo respalde, se considera que es lineal y que no hay como soportar que el mismo refleje un comportamiento medio mínimo de accidentalidad del servicio.

Se estima que es necesaria la incorporación de algunos criterios ponderativos, tales como:

- Estructura de prevención de riesgos adoptado por el empresario.
- Condiciones particulares de su historia de siniestralidad, accidentalidad e incidentalidad, su variabilidad por un lapso determinado (un año, últimos dos años, etc) y los costos que ello haya demandado.
- Aplicación del **principio de equidad**²⁰, que a su vez contiene el de proporcionalidad, elementos sobre los cuales el asegurador debe tener en cuenta para la definición de la prima, artículo 184 numeral 3 literal a), principio que en nuestro sentir es aplicable en la definición de las cuantías, y a que la razón de valoración tarifaria es parte intrínseca del valor del amparo, que mide a su vez un promedio o media de perjuicio causado a través de un análisis probabilístico, por lo que hay correlación en ambas cifras.

²⁰ **PRINCIPIO DE EQUIDAD DEL TRIBUTO**-No vulneración por incorporación de todas las personas. Conviene precisar que la vulneración del principio de equidad tributaria, y por tanto del derecho a la igualdad, de ordinario no se configura cuando la hipótesis jurídica incorpora a todas las personas, pues como es apenas obvio, reconociendo que las consecuencias jurídico-económicas de la hipótesis positiva se predicen de todas aquellas que se subsuman en la misma, mal podría alegar discriminación en su contra una persona que no reúne los requisitos, condiciones o calidades para alojarse en los presupuestos de la hipótesis establecida, o que simplemente no quiere plegarse o acogerse a tales presupuestos. (**Sentencia C-1107/01**, Magistrado Ponente: Dr. JAIME ARAUJO RENTERIA, veinticuatro (24) de octubre de dos mil uno (2001).

- Por ser actividad peligrosa debe partirse de un piso o mínimo de aseguramiento para quién presta el servicio público de transporte terrestre lo que involucra una igualdad²¹, (a servicio igual carga igual, entendida en un mínimo promedio de lesión a las víctimas o bienes) y un elemento de diferenciación, relacionado con el nivel de accidentalidad, que se reflejará en una escala de la cuantía asegurable, por la potencialidad de lesividad.
- Por otra parte, la cuantía de las pólizas o garantías deben realizar el **principio de suficiencia**, que es aplicable a las tarifas de éstas y que a su vez, rige el régimen general de los tributos, conforme a los artículo 184 numeral 3 y 193 numeral 5 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, cuyo alcance en materia tarifaria, es que la misma cubra los costos de la operación, su mantenimiento e inversiones y que otorgue una rentabilidad adecuada al operador y que aplicada a las cuantías de las pólizas tiene el siguiente alcance:
 1. Se asocia al principio de integralidad, entendida como el tener como medida el satisfacer la reparación total de los daños causados por la operación.
 2. Por comprender la universalidad de los perjuicios causados, no cabe exclusión de cobertura alguna ni de definición de la cuantía del amparo²², a pesar de las dificultades de medición en cuanto al lucro cesante y en especial de los perjuicios morales.
 3. Debe medirse técnicamente mediante análisis probalístico que permita predecir el riesgo potencial.

²¹ **PRINCIPIO DE IGUALDAD EN CONSTITUCIONALIDAD**-Intensidad del test. La intensidad del test de igualdad no es siempre la misma. En efecto, el juicio constitucional en estas materias será más o menos estricto dependiendo, entre otras cosas, de la naturaleza del patrón que se utilice para diferenciar a las personas o grupos de personas afectados por la norma, o de la relevancia constitucional de las cargas o beneficios que se distribuyen diferencialmente. Si el legislador utiliza una de las pautas de diferenciación prohibidas por el artículo 13 de la Carta - sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica - el juez debe realizar un juicio estricto de igualdad. Si los beneficios o las cargas que se distribuyen se relacionan directamente con el ejercicio de un derecho constitucional, debe adelantar un juicio intermedio. Pero si se trata de aquellos ámbitos en los que existe un marcado predominio del principio democrático, el juez ha de someter la norma respectiva a un test débil. En el presente caso podría alegarse que la Corte está conminada a adelantar un juicio débil de igualdad, pues se trata de una cuestión de naturaleza tributaria en la cual el legislador tiene un amplio margen de acción. No obstante, la disposición analizada tiene una dimensión adicional, pues no se limita al ámbito tributario. En efecto, la misma constituye un requisito para el ejercicio del derecho de acción y, en esa medida, podría comprometer el derecho de acceso en condiciones de igualdad a una tutela judicial efectiva. Por esta razón, como lo ha reiterado la Corte, se hace necesario realizar un juicio más estricto comprendido bajo el término de test intermedio de igualdad. En general, puede afirmarse que un juicio de mediana intensidad, supone fundamentalmente un análisis de la finalidad de la medida en términos de su suficiencia o estricta proporcionalidad, sin llegar, por supuesto, al extremo del test fuerte que exige una demostración, por parte del legislador, de que la medida es indudablemente útil y necesaria para alcanzar una finalidad constitucionalmente imperativa. (**Sentencia C-318/98** Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DÍAZ, treinta (30) de junio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

²² *Y claro, reconociendo al punto que el derecho tributario repudia la indeterminación, pues ésta, a más de lesionar la estructura técnica y económica del tributo, atenta gravemente contra la seguridad jurídica y el sentido de justicia. Por esto mismo, la figura de la exención sólo puede existir como componente del vínculo tributario a condición de que se halle precisamente determinada y avalada bajo los auspicios de la objetividad, la razonabilidad y la proporcionalidad. Pudiendo al efecto erigirse como mecanismo de distinción o privilegio, racionalmente dirigido hacia la corrección de concretas desigualdades individuales o colectivas, pues bien vistas las cosas, la exención, antes que romper con el principio de la equidad bien puede contribuir a la instauración de la igualdad material o a su restablecimiento. No cabe duda entonces de que en su expresión legítima la exención se acompaña y ensambla justamente con el principio de equidad.* (Sentencia C-1107/01, MP JAIME ARAUJO RENTERIA del veinticuatro (24) de octubre de dos mil uno (2001).

Los 2 primeros aspectos se tendrán como criterios a efecto de la determinación de las coberturas y condiciones de la póliza única que se propone, para el aseguramiento para el transporte y entramos a definir el marco actuarial frente al cual debe definirse el riesgo probable que deben asumir los operadores del servicio público de transporte terrestre.

Se requiere entonces que las coberturas, tengan vocación de universalidad, aunque su cuantía sea nimia, a efecto de que no se predique potencial infracción al artículo 994 del C.Co. del C.Co., por asumir el transportador su propio riesgo.

Este catálogo inicial de las responsabilidades emanadas del contrato de transporte de personas nos permite establecer una primera clasificación en cuanto a las coberturas del aseguramiento:

- a) Hay actividades de operación, que por el bajo grado de lesividad, no tienen respaldo diferente del patrimonio de la empresa o del propietario del vehículo, solidariamente con el conductor del mismo, y cuyo reconocimiento o resarcimiento se obtiene mediante actuaciones directas, administrativas u ordinarias en proceso judicial, y que tienen que ver con reglamentaciones de protección al usuario, que en nuestro sentir, es una necesidad de que se presente proyecto al respecto promovida por la Dirección de Transporte y Tránsito, ya que se adolece de una regulación en el subsector terrestre.*
- b) La fractura de las obligaciones del operador frente al usuario, se considera que es conveniente dotarla de medios expeditos de reconocimientos indemnizatorios, fundamentada en decisión definitiva de tipo administrativo y para ello las coberturas deberían ampliarse, para estos cubrimientos al igual que las sanciones administrativas por fallas en la operación, que aplique el Ministerio de Transporte – Supertransporte, por lo que debe pensarse en una póliza única al estilo de la aplicada en la contratación administrativa.*
- c) Las infracciones al régimen legal que concluyen con multas o requerimientos de contenido económico, requieren de una póliza que cubran éste tipo de eventos, que se incorporarían dentro de la póliza única que se propone, como criterio de unicidad del aseguramiento.*

El sistema de aseguramiento para el transporte, tiene por ello un principio rector, que es el de **la integralidad de las coberturas**, porque la responsabilidad del transportador es plena y comprende los siguientes elementos:

1. Todas las situaciones que implique riesgos en la operación deben tener respaldo en una póliza o en otro mecanismo complementario al mismo.
2. La universalidad de la reparación conlleva obligación de imposición de otorgamiento, por parte del Estado, para el prestador y de medio de restablecimiento para el afectado.
3. La exclusión de una cobertura, debe ser en extremo razonada y apoyada en protecciones diferentes (garantías, por ejemplo), o por comportamientos del operador que infieran la reducción fuerte del riesgo o posibilidades amplias de asumirlo por su solvencia económica y financiera.
4. El afectado indeterminado, tiene una plena protección ante la ocurrencia de eventos de un tercero o polo contractual, para solicitar y obtener

resarcimiento a la totalidad de los perjuicios que se le hayan causado a su persona o a sus bienes.

2.3.3 Hacia un contrato de condiciones uniformes para el servicio público de transporte, con póliza matriz y sus anexos típicos

Las obligaciones de un prestador del servicio de transporte tienen aún en el derecho colombiano tres fuentes de regulación: (a) derecho civil; (b) derecho comercial y (c) la del derecho público, esa atomización de regulación se refleja en materia de aseguramiento donde tampoco hay especialidad.

La falta de integración normativa, se refleja en dos tópicos:

1. La inexistencia de un contrato tipo, de condiciones uniformes aplicable para toda persona que preste el servicio de transporte, como el implantado en los servicios públicos domiciliarios y de telecomunicaciones, donde se ha trascendido la raíz privatista.
2. La inexistencia de una póliza típica para el servicio público de transporte, de pasajeros o carga que se haya estructurado basado en un contrato marco, que proteja los riesgos por infracciones a los derechos y obligaciones de los sujetos que participan en el mismo.

De las condiciones uniformes para la prestación del servicio

La facultad del Ministerio de Transporte de imponer un precio al servicio público de transporte terrestre, llevó a la Sala de Consulta del Consejo de Estado, a la siguiente consideración:

“En primer lugar, resalta la Sala que la facultad de fijar las tarifas “en cada modo” del transporte, corresponde a una potestad claramente intervencionista del Estado en la economía y en las relaciones entre los particulares, pues puede someter los contratos de transporte que celebren, bien a una fijación directa, a una situación controlada o a una libertad de precios y de estipulación, potestades que van más allá del simple control y vigilancia y se encuadran más en medidas de tipo intervencionista. Es claro también que para que haya intervención se requiere que existan unas relaciones jurídicas de carácter contractual, por lo que la potestad para fijar las tarifas debe entenderse como la de determinar el valor de los contratos que se celebren entre los prestadores de los servicios y los usuarios, que como se dijo puede estar sometido a tres regímenes tarifarios.”(Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo, 26 de enero de 2006, Radicación número 1.681)

Se destaca de lo anterior, que el valor del servicio tiene una connotación de potestad del Estado, como intervención en la actividad de los particulares y de facultad en la fijación del precio de un contrato, bajo cualquiera de los regímenes tarifarios: libre fijación, libertad controlada, o fijación directa por el Estado.

Se encuentra entonces que la tarifa o precio del contrato recae sobre un contrato que tiene raíces en el campo civil – comercial y parte en el derecho público sin que se haya estructurado unos derechos y obligaciones nítidos, que permitan transparencia en cuanto a las facultades y cargas para los distintos intervinientes en la prestación del servicio, por eso se encuentra por ejemplo que actos como la afiliación, tienen una regulación y admisión pasiva, ya que en derecho público no se normaliza tal comportamiento, que en términos de la legislación civil estaríamos frente a la institución de la intermediación o quizás del contrato.

Compilando lo expuesto, se infiere a nivel del sistema del aseguramiento del servicio público de transporte de carga.

- Falta definir y estructurar la responsabilidad civil (contractual y extracontractual)
- Hay duplicidades y superposiciones en coberturas y cuantías.
- Hay crisis del modelo de responsabilidad civil del sistema de transporte público (insuficiencia en coberturas y cuantías)
- **Es necesaria la transparencia en la información para la definición del valor de la prima por parte de las aseguradoras.** Se requiere claridad y concreción en los elementos aplicados para la determinación de la función de siniestralidad que soporta el cobro de la tarifa de la póliza (frecuencia: número de siniestros en un período y severidad: costo o valor que se paga por cada siniestro)
Falta de bases estadísticas homogéneas y representativas.

Hay que corregir las deficiencias en cálculos matemáticos y metodologías aplicadas. (aceptación métodos empíricos, falta ajustes los modelos e incorporación de variables como pico y placa, día solar etc.)

- Necesidad de fortalecimiento del control efectivo de los vehículos automotores por parte de las empresas prestadoras del servicio.
- Necesidad de un régimen de protección integral al usuario.
- Se requiere Implantar un sistema de información base para el desarrollo de un modelo estadístico que permita medir el nivel y condiciones de la incidentalidad, accidentalidad y siniestralidad en la prestación del servicio público de transporte de carga, hasta que entre en funcionamiento pleno el Registro Unico Nacional de Tránsito, RUNT.
- Se requiere la adopción e implantación de mecanismos, controles y esquemas de evaluación y seguimiento al interior de la empresa para reducción de incidentalidad, accidentabilidad y siniestralidad en la operación
- Promover y definir una póliza única para el aseguramiento del servicio público de transporte que esté regida por los principios de integralidad de la reparación de los perjuicios causados, equidad y suficiencia.
- Promover la modificación del sistema actual de aseguramiento por el de 'baremos' o techos indemnizatorios.
- Promover la modificación del sistema actual de aseguramiento por el de 'baremos' o techos indemnizatorios.
- Establecer concertadamente un esquema de estructura empresarial regida por el control efectivo de los vehículos automotores.
- Promover e impulsar la implementación de Fondos de Autoseguro por parte de los operadores que optimicen los recursos aplicados al aseguramiento

3. Breve relación histórica de la reglamentación de los fondos privados de responsabilidad civil en el sistema de transporte.

La creación de los fondos de responsabilidad por parte de las empresas transportadoras, inicialmente se adopta como exigencia para su habilitación y se conciben como mecanismo sustitutivo de la póliza:

“ARTICULO 18. Para obtener licencia de funcionamiento una empresa de transporte público colectivo municipal de pasajeros y mixto, el interesado deberá adjuntar los siguientes documentos e información:

i) Las pólizas de seguros o los fondos de responsabilidad civil exigidos” (decreto 1787 de 1990 del Ministerio de Obras Publicas y Transporte “ Por el cual se dicta el Estatuto Nacional de Transporte Público Colectivo Municipal de Pasajeros y Mixto”)

La ley 336 de 1996, en su artículo 61 ²³, autoriza la creación y consecuente operación de los fondos, como mecanismo complementario y no sustitutivo, lo cual es reafirmado posteriormente vía reglamentaría:

“Manifestación escrita donde exprese si cuenta con fondos de responsabilidad, como mecanismo complementario para cubrir los riesgos derivados del servicio.” (art. 10 decreto 91 de enero 13 de 1998)

En materia de transporte de carga, la norma y artículo ibídem, exigen en materia de aseguramiento, la existencia de póliza de seguro :

“Las empresas de transporte terrestre automotor de carga para iniciar operación, estarán obligadas a contratar y mantener vigente con una compañía de seguros, legalmente autorizada para operar en Colombia, las pólizas de seguros que cubran la responsabilidad civil contractual y extracontractual que amparen los riesgos en que incurra, derivados de la prestación del servicio.

La póliza de responsabilidad civil contractual cubre la responsabilidad civil del transportador frente al remitente, destinatario o dueño de las mercancías transportadas, como consecuencia de las pérdidas, daños físicos o retrasos en la entrega de las mismas.

La póliza de seguro contratada se tomará por una suma que no podrá ser inferior a doscientos cincuenta (250) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por cada despacho, siendo también de recibo la contratación de seguros que amparen la carga por valores declarados.

La póliza de responsabilidad civil extracontractual ampara al transportador frente a terceros en los siguientes riesgos:

- a) Muerte o lesiones a una persona;*
- b) Daños a bienes de terceros;*

²³ “Sin perjuicio de las garantías establecidas por las normas pertinentes, las empresas de transporte terrestre automotor podrán constituir fondos de responsabilidad como mecanismo complementario para cubrir los riesgos derivados de la prestación del servicio”.

c) Muerte o lesiones a dos o más personas.

El monto asegurable por cada riesgo para esta clase de seguro no podrá ser inferior a 60 salarios mínimos mensuales legales vigentes.”

Es importante destacar que en la regulación de 1998, que se comenta, se reglamenta el Código de Comercio ya que se dispone la protección del *remitente, destinatario o dueño de las mercancías transportadas* frente al contrato de transporte de carga y respecto de los riesgos a terceros, se determina las coberturas y cuantías en asuntos de responsabilidad civil extracontractual.

Es decir hay una base – tope del riesgo inherente a los riesgos de la actividad transportadora, en materia contractual y extracontractual, que los cubre el seguro expedido por una compañía legalmente establecida en el país y frente a las demás eventualidades, riesgos inferiores a la base, deducible, o superiores al tope o techo se **exige** manifestación escrita sobre la adopción del mecanismo complementario.²⁴

Esta postura de complementariedad de los Fondos de responsabilidad se reitera en los decretos reglamentarios Nos. 1554, 1557, y 1558 de 1998:

“Además de las coberturas de seguros a que se refiere este artículo, las empresas de transporte terrestre automotor de carga, podrán constituir fondos de responsabilidad, como mecanismo complementario para cubrir daños derivados de la responsabilidad civil contractual y extracontractual, hasta las cuantías que señale el Gobierno Nacional.” (artículo 13, decreto 1554, por el cual se reglamenta el servicio público de transporte terrestre automotor de carga)

Respecto del Decreto 1558 de 1998, que regula el transporte terrestre Colectivo, Metropolitano, Distrital y Municipal, en su artículo 17 establecía que:

“ La empresa de transporte deberá tomar por cuenta propia o por cuenta del pasajero un seguro que cubra a las personas contra los riesgos inherentes al transporte.

Hasta tanto el Gobierno Nacional expida el Decreto reglamentario que fije los requisitos, condiciones, amparos y cuantías del seguro y sin perjuicio de los exigidos por la ley, las empresas en funcionamiento podrán continuar con los fondos de responsabilidad civil conformados con anterioridad a la vigencia de esta disposición, con los cuales responderán frente a terceros hasta por un monto de (25) salarios mínimos mensuales legales vigentes por riesgo.

Para amparar riesgos de valor superior, deberán suscribir pólizas de seguros de responsabilidad civil contractual y extracontractual siguientes:...” (resaltado añadido)

Se establecía unas medidas aunque transitorias, tenían una peculiaridad, y era que mantenían los Fondos de responsabilidad pero hasta un techo de cobertura, la autorización para continuar con el funcionamiento del “Fondo de Responsabilidad Civil” prevalece y bajo un tope de 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes, y sólo frente a resarcimientos de terceros, montos que superaran ese valor (\$6.600.000 aproximadamente) requerían de póliza.

Se tiene el caso a nivel del transporte de una Empresa que mediante Fondo de Responsabilidad asumió coberturas que debían tomarse a través de póliza de seguro,

²⁴ “Manifestación escrita donde exprese si cuenta con fondos de responsabilidad, como mecanismo complementario para cubrir los riesgos derivados del servicio.” (art. 10, decreto 91 de 1998)

por lo que la Superintendencia Bancaria procedió a sancionar al empresario, ordenando *“la suspensión inmediata de las operaciones ilegales de seguros y la devolución de los dineros recibidos en desarrollo de tal actividad, bajo el apremio de multas sucesivas hasta por un millón de pesos (\$1'000.000.00) ... un Plan de Desmonte y devolución de los dineros recaudados... y la publicación de un aviso en un diario de amplia circulación en el domicilio social de __, en el cual se prevenga al público en general que la sociedad no se encuentra autorizada para expedir seguros.”*²⁵

Pero en cuanto a la regulación de la póliza de responsabilidad civil contractual torna difusa la titularidad de otorgamiento de garantía, que en materia contractual recaía en la empresa transportadora (decreto 91 de 1998), y además no estableció condiciones ni cuantías, para estos riesgos, así como tampoco en materia extracontractual, en espera de una reglamentación que debía dictar el Gobierno:

“La empresa de transporte deberá tomar por cuenta propia o por cuenta del propietario de la carga, un seguro que cubra a las cosas transportadas contra los riesgos inherentes al transporte. Una vez el Gobierno Nacional, mediante decreto reglamentario, fije los requisitos, condiciones, amparos y cuantías de los seguros, estos serán obligatorios para la habilitación y prestación del servicio. (Artículo 13., decreto 1554)

Se observa que en la normatividad sobre los Fondos para el servicio público de transporte de carga se determina por una parte, el carácter de complementario y respecto de los montos base y tope del cubrimiento del seguro de responsabilidad civil contractual y extracontractual se deja a que el Gobierno Nacional lo determine, derogando la regulación de 7 meses atrás que sí establecía y exigía la constitución de las póliza, contractual y extracontractual, así como las cuantías mínimas de 250 y 60 smlmv, respectivamente.

No se encontró documento que soportara dicho cambio, salvo que en la época de su expedición estuvo precedida de un 'paro del servicio' que tuvo incidencia clara en la modificación normativa que dejó sin definición ni parámetros el aseguramiento para el servicio público de carga y además influyó en materias diferentes, como se afirma en documentos del Ministerio:

“La determinación del valor del flete en Colombia se ha caracterizado por la construcción de una tabla de precios que generalmente ha sido producto de un acuerdo entre propietarios de vehículos y empresas de transporte en la mayoría de los casos generado por la presión de un paro de transporte.

La primera tabla de fletes se oficializó mediante Decreto 1150 del 25 de abril de 1997, posteriormente en 1998 se elaboró una segunda tabla la cual se expidió mediante la Resolución 1020 del 1 de abril de 1998.” (Ministerio de Transporte “Estructura de costos de operación vehicular para transporte de carga” -actualización febrero del 2000)

Caso contrario a la *ausencia y volatilidad de regulación en carga*, se encuentra que para el servicio de Transporte Terrestre Automotor de pasajeros por carretera y del colectivo metropolitano, distrital y/o municipal, se establecen las siguientes reglas en materia de aseguramiento:

Responsabilidad contractual	civil	Responsabilidad extracontractual	civil	Otras disposiciones
-----------------------------	-------	----------------------------------	-------	---------------------

²⁵ Superintendencia Bancaria de Colombia, resolución 1959 DE diciembre de 2000. (a la fecha de presentación del estudio se desconoce la firmeza y ejecutoria del acto administrativo)

<p>La empresa deberá tomar por cuenta propia o por cuenta del pasajero</p>		<p>Hasta tanto el Gobierno Nacional expida el decreto reglamentario que fije los requisitos, condiciones, amparos y cuantías del seguro y sin perjuicio de los exigidos por la ley,</p>
<p>La póliza de responsabilidad civil contractual deberá cubrir al menos, los siguientes riesgos:</p> <p>a) Muerte; b) Incapacidad total y permanente; c) Incapacidad temporal; d) Gastos médicos, quirúrgicos, farmacéuticos y hospitalarios;</p> <p>El monto asegurable por cada riesgo de seguro no podrá ser inferior a 60 SMMLV, por persona/evento.</p>	<p>Los riesgos mínimos asegurables de la responsabilidad civil extracontractual, será los siguientes:</p> <p>a) Muerte o lesiones a una persona; b) Daños a bienes de terceros; c) Muerte o lesiones a dos o más personas;</p> <p>El monto asegurable por cada riesgo de seguro no podrá ser inferior a 60 salarios mínimos mensuales legales vigentes. En el caso de muerte o lesiones a dos o más personas el límite mínimo por evento será de 120 SMMLV.</p>	<p>La vigencia de los seguros contemplados en este decreto, será condición para operación de las empresas autorizadas en esta modalidad de transporte.</p>
		<p>Artículo 15. Las pólizas de responsabilidad civil y extracontractual de que trata el presente capítulo para ser revocadas unilateralmente por el asegurador, requerirá de parte de éste noticia escrita dirigida al Ministerio de Transporte y al tomador, a su última dirección conocida, con no menos de treinta (30) días hábiles de antelación, contados a partir de la fecha del envío.</p>

Se destaca de la tabla anterior, la reglamentación sobre la facultad de revocatoria por parte del asegurador la cual se condiciona para su validez, a términos perentorios para su comunicación, tanto al MT como al tomador, es un punto que es necesario tener en cuenta, ya que se ha considerado que la inserción en el Código de Comercio – EOSF, se consideran en principio como barreras de regulación, cuando estos códigos pueden ser reglamentados por el Gobierno Nacional.

Y respecto de los fondos de responsabilidad se otorga, igualmente en forma discrecional a las empresas de Transporte Terrestre, su adopción como mecanismo complementario para cubrir los riesgos derivados de la prestación del servicio:

Artículo 14. Sin perjuicio de los seguros y de las garantías establecidas en este decreto, las empresas de Transporte Terrestre automotor de pasajeros por carretera, podrán constituir fondos de responsabilidad como mecanismo complementario para cubrir los riesgos derivados de la prestación del servicio (Decreto 1557)

En cuanto a reglamentación de los Decretos 170's, respecto del servicio público de transporte de carga, se mantiene la postura gubernamental de esperar su propia reglamentación, a efecto de hacer obligatorio el otorgamiento de las pólizas de responsabilidad civil contractual y extracontractual para la solicitud de habilitación, a diferencia de su exigencia para los demás servicios de transporte ²⁶:

²⁶ El monto asegurable por cada riesgo no podrá ser inferior a 60 smmlv, por persona, tanto para las de responsabilidad civil contractual como extracontractual (Artículos: 12 (numeral 13) y 19 del decreto 170 de 2001; 14 (numeral 13) y 18 del decreto 171 de 2001; 13 (numeral 12), 14 (numeral 7) y 18 del

Obligatoriedad. De conformidad con el artículo 994 del Código de Comercio, las empresas de Transporte Público Terrestre Automotor de Carga deberán tomar por cuenta propia o por cuenta del propietario de la carga, un seguro que cubra a las cosas transportadas contra los riesgos inherentes al transporte, a través de una compañía de seguros autorizada para operar en Colombia. (Artículo 17, Decreto 173/01)

Una vez el Gobierno Nacional, mediante Decreto reglamentario, fije los requisitos, condiciones, amparos y cuantías de los seguros, estos serán obligatorios para la habilitación y prestación del servicio.

Igualmente, respecto de los Fondos de auto-aseguramiento se mantiene para el servicio público de transporte, incluido el de carga esa discrecionalidad de su constitución:

Fondo de responsabilidad. Las empresas de transporte podrán constituir fondos de responsabilidad como mecanismo complementario para cubrir los riesgos derivados de la prestación del servicio, cuyo funcionamiento, administración, vigilancia y control lo ejercerá la Superintendencia Bancaria o la entidad de inspección y vigilancia que sea competente según la naturaleza jurídica del fondo. (Artículo 18, Decreto 173/01)

Resumiendo de éste breviario histórico, se encuentra que los fondos de responsabilidad civil han sido concebidos desde un buen tiempo atrás, sin que hayan sido acogidos por los prestadores del servicio como mecanismo complementario de la protección que brindan las pólizas otorgadas.

Las pólizas de responsabilidad civil contractual y extracontractual para el servicio público de transporte de carga tuvo su reglamentación, pero su permanencia en el mundo jurídico fue efímera, a diferencia de la situación indefinida de la falta de regulación, que parece ser la posición que acoge el empresario del servicio.

decreto 172 de 2001; 13 (numeral 14) y 17 del decreto 174 de 2001; y 14 (numeral 13); y 18 del decreto 175 de 2001.

1. DE LA VIABILIDAD JURÍDICA Y ACTUARIAL DE LOS FONDOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL.

En el aspecto jurídico se encontraban principalmente las siguientes barreras - interrogantes que podrían afectar la procedibilidad legal de los fondos de responsabilidad:

- a. Si conforme a la Carta Política y las estipulaciones del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero la actividad a desarrollar por los FA es de carácter asegurador (art. 38 del EOSF ²⁷)
- b. Si la actividad principal de protección patrimonial de los FA se tipifica como de aseguramiento del propio riesgo del transportador en contra de la prohibición del artículo 994 del C.Co.

Respecto del carácter asegurador

Por ser el aseguramiento una actividad de tipo económico, goza de libertad amplia para su establecimiento y ejercicio, por el principio de libertad de empresa (artículo 333 inciso 1 C.N.)

La libertad de empresa, no implica 'per se' que la actividad pueda ejercerse sin sujeción a reglamentación alguna, y así ocurre en materia de seguros, donde nuestra Carta Política en su artículo 335 establece la calificación y condiciones de la operación :

“Las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a las que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150 son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del Gobierno en estas materias y promoverá la democratización del crédito.

Se estructura en la Constitución la actividad aseguradora por la disposición de recursos de terceros y que fueron objeto de captación, factor que en los FA no concurre ya que se trata de dineros del mismo operador del servicio, ya de la misma empresa o de los propietarios de los vehículos afiliados o vinculados.

La Superintendencia Bancaria al pronunciarse sobre la regulación del decreto 1787 de 1989 sobre fondos de responsabilidad para el transporte, consideró que:

“3.4. En el sentido expuesto en el numeral anterior, tal clase de reservas las puede constituir cualquier empresa con sus propios recursos. Para lo que no existe autorización legal, tanto para las empresas de transporte como para cualquier otra, es para asumir obligaciones condicionales que les impongan el pago por la

²⁷ ARTICULO 38. ASPECTOS GENERALES. **1. Principios orientadores.** El presente Estatuto establece las directrices generales para la actividad aseguradora en Colombia, la cual se encuentra sujeta a supervisión estatal, ejercida por la Superintendencia Bancaria; procura tutelar los derechos de los tomadores, de los asegurados y crear condiciones apropiadas para el desarrollo del mercado asegurador, así como una competencia sana de las instituciones que participan en él. **2. Entidades destinatarias.** Se encuentran sometidas a las disposiciones de este Estatuto, las empresas que se organicen y funcionen como compañías o cooperativas de seguros. Cada vez que se aluda en este Estatuto a la actividad aseguradora, a operaciones o a negocios de seguros, se entenderán por tales las realizadas por este tipo de entidades y, salvo que de la naturaleza del texto se desprenda otra cosa, se entenderán comprendidas también en dicha denominación las operaciones efectuadas por las sociedades de reaseguros. (...)

responsabilidad en que hayan incurrido otros a cambio de un precio, cualquiera sea la denominación que éste reciba (cuota, aporte).

“Por ello, los fondos de responsabilidad civil no pueden tener alcance diferente al de la reserva indicada. La previsión legal sobre la existencia de tales fondos no constituye autorización legal para desarrollar actividad aseguradora.”(Concepto 95039545, citado en estudio Archila Asociados, pág 102)

Es viable para las empresas transportadoras destinar una reserva propia de recursos destinada para el pago de reconocimientos indemnizatorios por afectaciones a bienes o personas, lo que se le prohíbe, y que se considera como caracterizador del asegurador es la asunción de obligaciones condicionales por un precio o estipendio, lo que reafirma así:

“4.1. Se tratará de actividad aseguradora no autorizada cuando una persona – empresa transportadora- se obligue a asumir cuando se sucedan -obligación condicional- riesgos -responsabilidad civil- de terceros aportantes al fondo, protegiendo el patrimonio de éstos –interés asegurable-, a cambio de un precio -aporte o cuota-.

“En efecto, un fondo no puede constituirse en mecanismo que permita a terceros diferentes al titular de los recursos que lo conforman cubrirse de las pérdidas que les puedan ocasionar hechos por los que resulten civilmente responsables, mediante el pago de un precio..(ibídem, pág 103)

“(…) No se tratará de actividad aseguradora, cuando no se trasladan riesgos: cuando el fondo opera para cubrir la responsabilidad de la propia empresa transportadora²⁸ ; o bien, bajo principios de solidaridad, apoye en los pagos por responsabilidad civil a cargo de los propietarios o conductores; o se constituye como mecanismo para financiar el pago de las indemnizaciones a cargo de los propietarios de automotores afiliados o de los conductores .

En concepto 2002037610-2 del 30 de julio de 2002 de la misma Superintendencia Bancaria se reafirma la viabilidad jurídica de los FA y las finalidades del mismo, e igualmente considera que los fondos es mecanismo de autoaseguramiento:

De acuerdo con las anteriores disposiciones, la creación de los fondos de responsabilidad por parte de la empresa transportadora no puede suplir el seguro que cubra las cosas transportadas contra los riesgos inherentes al transporte, toda vez que como allí se indica, el fondo puede ser creado como mecanismo complementario de los seguros tomados con las compañías habilitadas para ello. En este sentido, se ha pronunciado esta Superintendencia, precisando que su creación permite al transportador ante la ocurrencia de un siniestro, cubrir el monto de la indemnización de perjuicios, bien en exceso de la suma asegurada en las pólizas contratadas ora, en pago del deducible pactado en los términos previstos en el artículo 1103 del Código de Comercio, esto es, la primera parte del daño o la cuota del riesgo asumido por la compañía transportadora en condición de asegurado y también, para cubrir el pago de las primas de las pólizas de seguro.

Por otra parte, se acude al concepto de la Corte Constitucional sobre la noción de actividad aseguradora, radicando en la facultad amplia del legislador que la relaciona con el contrato de seguros y vinculada con el manejo y aprovechamiento del ahorro público, que en sentencia C 940 de 2003, MP Marco Gerardo Monroy C.,

²⁸ “...el vínculo que liga a la empresa demandada con el causante del accidente, emerge del contrato de afiliación suscrito entre el propietario del vehículo con el que se ocasionó el accidente, y la empresa transportadora, por lo cual cabe afirmar que esa relación jurídica es suficiente para exigir con base en ella la reparación de los perjuicios que se derivan del hecho causante del daño’. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de marzo de 1996, Exp. 4637. Mg. Ponente Dr. Esteban Jaramillo Schloss”.

se pronuncia respecto de la calificación de la prestación de servicios funerarios como actividad aseguradora, desestimándola porque la captación de los dineros del público no es para desarrollar una operación financiera, por las siguientes razones:

“(i) de la Constitución no emana que la actividad aseguradora sea exclusivamente aquella que se desarrolla bajo la forma jurídica de contrato de seguros o de cualquier otra figura jurídica particular (criterio formal de definición)”;

“(ii) de la Constitución no emana que la actividad aseguradora sea exclusivamente aquella que desarrollan las entidades constituidas bajo la forma jurídica de compañías aseguradoras (criterio orgánico de definición)”;

“(iii) de la Constitución no emana que toda actividad que implique en alguna forma la asunción de un riesgo sea actividad aseguradora (criterio material de definición)”;

“(iv) de la Constitución sí emana que la actividad aseguradora conlleva el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos y que por esta razón, debe quedar sujeta a la intervención, vigilancia y control estatales, que se lleva a cabo mediante un reparto de competencias entre el legislativo y el ejecutivo, a través del mecanismo de las ‘leyes marco’”²⁹.

“Sin embargo, estima la Corte, el Congreso no está obligado a definir que se está en presencia de actividad aseguradora, para efectos de restringir el ejercicio de tal actividad reservándolo únicamente a las compañías de seguros, siempre que la atención de un conjunto de riesgos se enfrenta mediante la conformación de una mutualidad que opera con bases técnico estadísticas, pudiendo atender a otros elementos de la relación jurídica mediante la cual opera esta forma cobertura de riesgos, para permitir que la actividad sea desarrollada por otros entes distintos de las compañías de seguros”. (Subrayas fuera del texto.)

Se devela que la función de asunción de riesgos no es esencia de las empresas aseguradoras y que puede existir entes diferentes que la realicen, por lo que puede afirmarse que las compañías de seguros tengan la prerrogativa de ejercer exclusivamente la actividad aseguradora.

En la sentencia en examen la Corte se ocupó del contrato de servicios funerarios, concluyendo que este sí involucraría un factor asegurativo, al permitir que con los recursos formados **por las cuotas captadas de un grupo grande de usuarios se constituya una mutualidad**, que en virtud de la aplicación de la ley de los grandes números permite atender el riesgo de la muerte de uno o varios de ellos cuando acaece antes de que las cuotas cubran totalmente el valor del servicio respectivo. Empero, anotó la Corte, *“las particularidades de los servicios funerarios que prestan las entidades cooperativas, que los alejan desde su mismo fundamento del contrato de seguros, a pesar de operar sobre bases técnicas similares. (...) los servicios de previsión y solidaridad, como los servicios funerarios que prestan las cooperativas, se inspiran, ejecutan e interpretan conforme a los principios de solidaridad cooperativa, participación y ayuda mutua, que están ausentes en el*

²⁹ Debe notarse a ese respecto que bajo la vigencia de la Constitución Política anterior, se había concluido por parte del Consejo de Estado que en desarrollo normal de la actividad, sólo las compañías de seguros de vida, en el caso del ramo de vida individual, manejan recursos de público.

*contrato de seguros*³⁰. Finalmente, la Corte estima que “*aun en el caso en el que los servicios funerarios a que se refiere el artículo 111 de la ley 795 de 2003 se contratan con una empresa comercial no perteneciente al sector cooperativo (la ley no restringe esta posibilidad luego debe entenderse abierta a los particulares), existen suficientes razones para que el legislador disponga que se trata de una relación jurídica que no constituye contrato de seguros, y que en vista de eso permita que otras personas distintas de las compañías aseguradoras lo lleven a cabo.*”

Se concluye que la mutualidad a través de fondos es un mecanismo que tiene aval de constitucionalidad.

En el estudio jurídico luego de analizar las posiciones de la Corte Constitucional y de la Superintendencia Bancaria, se llega a éstas conclusiones positivas sobre su procedencia de acuerdo con nuestro sistema normativo:

“La actividad de los fondos de responsabilidad civil cuya creación y funcionamiento autoriza la ley 336 de 1996 y en la misma forma en que se señala en los decreto de la serie 170 de 2001, como mecanismo complementario para cubrir los riesgos derivados de la prestación del servicio, no está en conflicto con las disposiciones del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero respecto a actividad aseguradora no autorizada.” (pág 106)

2. De la visión actuarial sobre su viabilidad

Se parte de la sensibilidad de los transportadores frente al tema del aseguramiento encontrándose la falta de claridad en la definición de la tarifa del seguro, la que se estima además de alta, duplicada, especialmente con las coberturas del seguro obligatorio Soat, donde los techos de los riesgos cubiertos, no son el piso de la póliza de responsabilidad civil extracontractual, agregado a barreras para la expedición del aseguramiento por la estructura empresarial, económica -financiera de los operadores del servicio y de las dificultades para el reconocimiento de los perjuicios causados por parte de las empresas aseguradoras.

Se detecta inicialmente por parte del actuario Iván Restrepo L, la necesidad de cursos informativos y formativos que permitan el conocimiento de los esquemas “*de valoración de RIESGOS y predicción de los efectos de las posibles medidas*”³¹ en especial cuando “*se contempla tomar alternativas que signifiquen inversión que compite con el Capital de Trabajo, los procedimientos analíticos son necesarios*

³⁰ Con base en la Intervención de la Superintendencia de la Economía Solidaria, la Corte diferencia el contrato de seguro de los servicios de previsión, asistencia y solidaridad, así:

Seguro Servicios de previsión, asistencia y solidaridad “1. El seguro comercial supone la concurrencia de dos persona distintas en la relación: el asegurador y el asegurado, Mientras en la protección mutual los asociados asumen mutuamente sus propios riesgos. 2. El seguro comercial presupone en contrato bilateral del cual emanan obligaciones y derechos recíprocos; El amparo mutual presupone un convenio o contrato de asociación de la cual emana la obligación de cotizar o contribuir y el derecho de auxilio. 3. En el seguro existe prima fija, el asegurador tiene derecho a apropiarse de la renta residual o empresarial, Mientras en el amparo mutual ésta, cuando se produce, forma parte de la propiedad colectiva o solidaria d la entidad de la cual los asociados amparados son los mismos dueños.

4. En el seguro la prima no es susceptible de aumento o disminución. En el amparo mutuo la contribución es variable y modificable. 5. El seguro incluye, como comercial o mercantil que es, ánimo lucrativo en el asegurador, Mientras el amparo mutuo excluye la idea de beneficio o provecho lucrativo. 6. El seguro expide póliza, Mientras que en el amparo mutuo se obtiene un servicio por los convenios de cooperación, que origina la relación asociativa. (acuerdo cooperativo Art. 3 de la Ley 79 de 1988) 7. El seguro supone la contraprestación total del riesgo La protección mutual hasta la concurrencia del fondo.

Es decir, el fondo mutual responderá hasta el monto total de dicho fondo.

³¹ “Análisis del aseguramiento en el sector del transporte público terrestre en Colombia, alternativa de mejoramiento desde la perspectiva técnica-actuarial, septiembre 2004, Iván Restrepo Lince”, pág. 35

como soporte a la toma de decisiones... sin ellos se puede acertar intuitivamente o con ayuda de criterios generales pero no se conoce con certeza el óptimo de la gestión.” (ibídem)

Plantea además, el Dr. Restrepo algunos aspectos que deben ajustarse desde la perspectiva de los distintos agentes:

1. Respecto del tomador:

- a. Adopción, manejo y valoración de los riesgos lo que conlleva una evaluación de las medidas internas empresariales de seguridad industrial, y otras (“alarmas, mecanismos de comunicación, escoltas, límites a los valores transportados)
- b. Adopción del principio “que hoy se conoce como ESTRATEGIA PARE DE PERDER... El mensaje central es ASUMIR una parte adecuada del riesgo, pero NO HACERLO PASIVAMENTE sino con medidas de PREVISIÓN Y PROVISIÓN.”.
- c. Previsiones y controles frente a la parte administrativa frente a medidas financieras y los riesgos de mercado.
- d. Una cultura que permitiera que “el tomador pudiera resistirse o desestimar ofertas”

2. Respecto del asegurador:

- a. Los anexos técnicos de las pólizas que las compañías aseguradoras ofrecen habitualmente al público deben ser los *“suficientemente claras y explícitas para realizar procesos de comprobación técnica sobre la validez de la tarifa”* (pág.1), detallando la historia de y función completa de siniestralidad, los parámetros de frecuencia y severidad y aplicando las formulaciones base, que garanticen un rigor matemático para la definición de las primas
- b. La existencia de una oferta amplia y en un mercado en sana competencia (el recurso a aseguradores foráneos es excepcional y requiere permiso de Superbancaria, mientras no lo alcance la APERTURA) que brinde la posibilidad de atender las necesidades en riesgos y montos adecuados,
- c. Las pólizas OBLIGATORIAS deben ser otorgadas en cuantías adecuadas o que se permita buscarlas en otros mercados y
- d. Los amparos tomados en forma obligatoria deben ser efectivamente excluidos en otras pólizas al momento de la tarifación.

Estos lineamientos que se han extraído del estudio del actuario Restrepo, constituyen bases necesarias para el análisis de los fondos mutuales, que en su sentir estadístico son plenamente viables y aplicados mundialmente, entre otras razones porque:

“Ahora bien, ya con base en la distinción de conceptos de agrupación, es conveniente señalar que las anteriores barreras para que los

transportadores tengan acceso a ofertas de seguros, hace más urgente la conformación de FRC, por cuanto:

- a) Lo que se busca precisamente es subsanar la falta de solidez económica y financiera de las empresas del sector transportador para responder por los riesgos inherentes a su actividad.

Exactamente el objetivo es el de VALORIZAR el riesgo de la mejor forma posible, mediante el empleo de las técnicas matemáticas más avanzadas y con base en la mejor estadística disponible. Una vez cuantificado el riesgo se procede al establecimiento de primas a cobrar, gastos de gestión y reserva de desviación de siniestralidad para conformar el fondo.

Independientemente del grado de accidentalidad y siniestralidad, siempre existirá la forma de cuantificar el riesgo con base en el comportamiento histórico y se podrá crear/ajustar el Fondo para que cumpla su fin. Es importante anotar que deben efectuarse revisiones periódicas que ajusten el Fondo con los cambios en la siniestralidad.” (pág 13)

Se tiene así, que desde las perspectiva jurídica y actuarial hay respaldo y aval de su procedencia, por lo que procede a continuar con el análisis de los fondos mutuales o de autoaseguramiento, el tipo de estructuración y de control que requiere y por último, una consideración sobre su regulación como forma de intervención del mercado por parte del Estado.

3. De fondos de responsabilidad civil y autoseguro en otros sectores.

No es extraño al ordenamiento jurídico colombiano la consagración de un fondo de autoseguro, en la ley 42 de 1993, *“Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen”* en su artículo 107 dispone:

“Los órganos de control fiscal verificarán que los bienes del Estado estén debidamente amparados por una póliza de seguros o un fondo especial creado para tal fin, pudiendo establecer responsabilidad fiscal a los tomadores cuando las circunstancias lo ameriten.” (subrayas agregadas)

La consagración de dicho Fondo, en sentir de la Superbancaria, no contraviene el estatuto financiera ya que *“De otra parte, conviene precisar que, por las razones que se exponen a continuación, la creación de los fondos a que alude el artículo 107 de la Ley 42 de 1993 no comporta el ejercicio de la actividad aseguradora”*³²

En ese concepto se establece la diferencia entre autoseguro y autoasunción, que es importante tener en cuenta:

El autoseguro no se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico; el mismo, entendido como un sistema de prevención de riesgos, se presenta cuando la persona que tiene interés económico respecto de una persona o cosa decide afrontar los riesgos que pueden recaer sobre éstas, destinando una porción de su patrimonio para soportar el detrimento que su ocurrencia le cause.

De esta forma, sin que los riesgos se trasladen a otra persona especializada en asumirlos, como es el asegurador, en forma periódica la persona por su cuenta hace apropiaciones de su patrimonio con el objeto de constituir un fondo para precaverse de los eventuales siniestros que puedan ocurrir.

³² Concepto No. 2002055353-1. Enero 30 de 2003.

Esta figura se distingue de la denominada autoasunción de riesgos que se caracteriza por la inexistencia de un patrimonio que se afecte exclusivamente para soportar pérdidas futuras, así "(...) aunque en ambos casos es nota común la inexistencia de entidad aseguradora, en el autoseguro, con mayor o menor rigor técnico y financiero, hay una masa de bienes destinada a la compensación de posibles siniestros, mientras que esta previsión no existe en el propio asegurador (autoasunción de riesgos, se aclara) que, normalmente, carece de un fondo económico para hacer frente a los riesgos a su cargo"⁴ (paréntesis ajeno al texto original).(ibídem)

A nivel internacional se encuentran diferentes experiencias:

1. En la Unión Europea a través de las Directiva 72/166/CEE del Consejo de 24 de abril de 1972; 84/5/CEE del Consejo de 30 de diciembre de 1983; Tercera Directiva 90/232/CEE del Consejo de 14 de mayo de 1990; Directiva 2000/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de mayo de 2000; Directiva 2005/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005 por la que se modifican las Directivas 72/166/CEE, 84/5/CEE, 88/357/CEE y 90/232/CEE del Consejo y la Directiva 2000/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, en las regulaciones del seguro de responsabilidad civil unos de fondos de los que se destaca:

"Las directivas europeas refuerzan la protección de las víctimas al prever la creación en cada Estado miembro de cuatro organismos: un fondo de garantía, un organismo de indemnización, un organismo de información y un organismo central. Los Estados miembros son libres de designar a la misma institución o a varias instituciones para el ejercicio de las tareas asignadas a estos organismos. Éstos deben garantizar que la víctima podrá ser indemnizada a la mayor brevedad, incluso cuando el asegurador del responsable del accidente se negara a cooperar.

El fondo de garantía está encargado de compensar a la víctima por los daños materiales o corporales causados por un vehículo no identificado o no asegurado.

La víctima puede, por tanto, dirigirse directamente al fondo de garantía de su Estado miembro de residencia. Éste debe darle una respuesta motivada sobre su intervención basándose en la información facilitada por la víctima.

No obstante, los Estados miembros podrán excluir de la intervención de dicho fondo a las personas que ocupen asiento por propia voluntad en el vehículo que haya causado el daño, cuando el organismo pueda probar que dichas personas sabían que el vehículo no estaba asegurado. Los Estados miembros podrán limitar o excluir la intervención de este fondo en caso de daños materiales causados por un vehículo no identificado. Por último, también puede aplicarse una franquicia en algunos Estados miembros en caso de daños materiales causados por un vehículo no asegurado." (Internet. Actividades de la Unión Europea. Síntesis de la legislación www.europa.eu/scadplus/leg/es/lvb/l22028.htm)

2. En los Convenios Internacionales de responsabilidad civil por daños nucleares se encuentran mecanismos similares a los Fondos:

Instrumentos Jurídicos:

Convenio de París.

Convenio de 29 de julio de 1960, bajo los auspicios de la OCDE-NEA, sobre responsabilidad civil en materia de energía nuclear, modificado el 28 de enero de 1964, el 16 de noviembre de 1982 y el 12 de febrero de 2004.

Firmado en 1960, y modificado varias veces. La última modificación se firmó en febrero de 2004, y se prevé su entrada en vigor antes de diciembre de 2006. España es parte contratante de este Convenio.

Los principios básicos son:

- Responsabilidad objetiva, y canalización de la responsabilidad exclusivamente al explotador de la instalación origen del incidente nuclear.
- Obligación del explotador de cubrir su responsabilidad mediante seguro o garantía financiera.
- Reglas especiales para transporte de material nuclear.
- Limitación de la responsabilidad del explotador en cantidad.
- Limitación de la responsabilidad del explotador en el tiempo.
- Fijación del tribunal competente único para fijar las indemnizaciones y Ley aplicable.
- Armonización de las leyes nacionales de los Estados Parte.

Las modificaciones más importantes introducidas en el último Protocolo de 2004 son:

CONVENCIÓN VIGENTE	CONVENCIÓN REVISADA
Cantidad máxima de que responde el operador: 150 M DEG*	Cantidad mínima de que responde el operador: 700 M€
Idem para instalaciones con riesgo reducido: 5 M DEG.	Idem para situaciones con riesgo reducido: 80 M€ para transportes. 70 M€ para instalaciones de bajo riesgo.
Ámbito de aplicación sólo los Estados Parte	Aplicación: Estados Parte y otros Estados, con ciertas condiciones, así como en alta mar.
Daño nuclear: daños a personas o daños a cualquier propiedad	Daño nuclear abarca además daños medioambientales, medidas preventivas y reparadoras, así como lucro cesante.
Límite temporal para presentar reclamación: 10 años.	Límite temporal para presentar reclamación: daños a personas: 30 años. otros daños: 10 años.

<http://www.mityc.es/Nuclear/Seccion/Compromisos/ResponsabilidadCivil/>

3. **En Méjico**, en el sector agrario encontramos mecanismos asociativos, cuyas finalidades y propósitos son las siguientes, tomadas de la página – Internet de AGROASEMEX es una institución nacional de seguros que tiene como misión proteger el patrimonio y la capacidad productiva del sector rural:

- a. Es una asociación de productores agrícolas y/o ganaderos o de personas con nacionalidad mexicana que tengan su residencia en el medio rural, que tienen por objeto ofrecer protección mutualista y solidaria a sus socios a través de operaciones de seguros y coaseguros.

...Las coberturas que puede ofrecer se sujetan a lo siguiente:

1. En las operaciones de daños, al ramo agrícola y de animales y a aquellos ramos que específicamente registre ante la Secretaría de Hacienda y Crédito

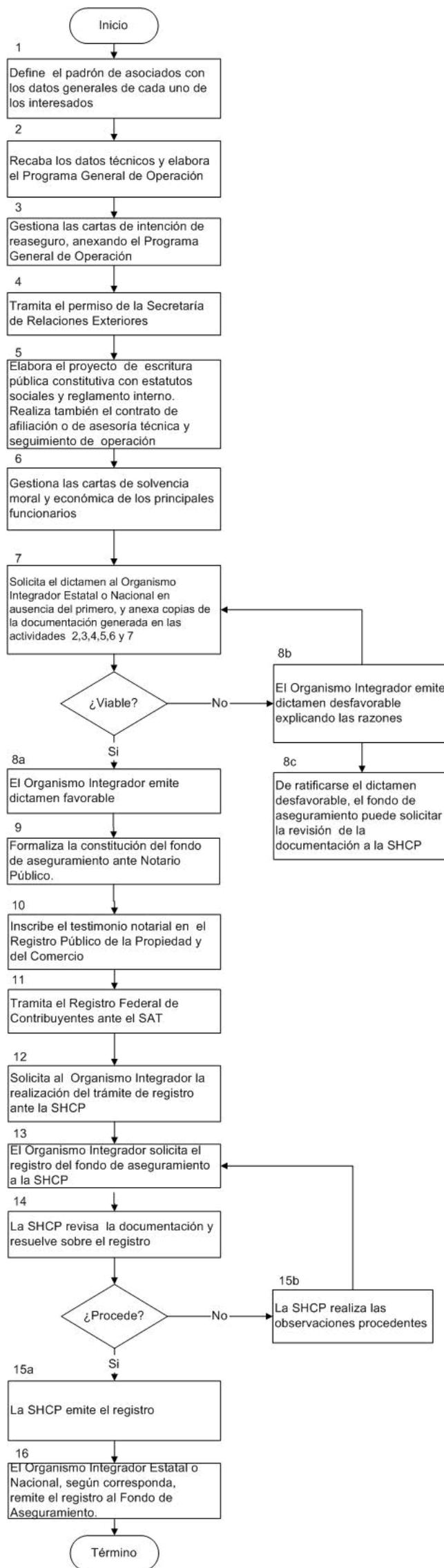
- Público para el aseguramiento de los bienes conexos a la actividad agropecuaria y rural;
2. En operaciones de vida, a coberturas con sumas aseguradas limitadas para atender esquemas de saldo deudor y de vida para familias campesinas, y
 3. En las operaciones de accidentes y enfermedades de sus socios, el ramo de accidentes personales.

Para el caso de las operaciones de vida, las coberturas deberán practicarse por Fondos de Aseguramiento exclusivamente constituidos para este efecto.

Para que el Fondo opere los seguros agropecuarios es importante que su personal conozca los productos, las normas de operación, así como los principales riesgos que inciden en la producción:

- Condiciones climáticas.
- Aspectos fitosanitarios y zoonosológicos.
- Tecnologías de producción de cultivos y especies ganaderas.
- Disponibilidad de agua.
- Comercialización. (publicación Internet, www.agrosemex.gob.mx)

Igualmente en la página anterior se esquematiza el procedimiento para constituir un Fondo de Aseguramiento.



- b. Por otra parte, se establecieron unas Reglas de Operación de los Programas Vinculados al Seguro Agropecuario, del Fondo para Atender a la Población Afectada por Contingencias Climatológicas (FAPRACC), cuyo objetivo es:

Apoyar a los productores rurales de bajos ingresos que no cuentan con algún tipo de aseguramiento público o privado, que realicen preponderantemente actividades agrícolas de temporal, pecuarias, acuícolas y pesqueras afectados por contingencias climatológicas, a fin de atender los efectos negativos causados y reincorporarlos a la actividad productiva, mediante la compensación parcial de la pérdida o la generación de fuentes transitorias de ingreso; así como inducir a los productores agropecuarios a participar en la cultura del aseguramiento.”³³

4. DE LOS ELEMENTOS QUE CARACTERIZAN LOS FONDOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL.

1. No supe la póliza del seguro.

Existe disposición legal que restringe indirectamente el alcance de los fondos de auto - aseguramiento, y a su vez reafirma su función suplementaria al establecerse que el *“El transportador no podrá constituirse en asegurador de su propio riesgo o responsabilidad.”³⁴*

Se excluye así que el fondo de autoseguro, pueda asumir directamente los riesgos y su resarcimiento que le corresponden como transportador como consecuencia de los perjuicios causados en la prestación del servicio de transporte y en estos términos está la autorización del artículo 61 la ley 336 de 1996, reiterado en el decreto 173/01,

Sobre la base de una póliza de responsabilidad, cuyas coberturas y cuantías deben ser definidas por el Gobierno Nacional, y ante la insuficiencia de los recursos resarcitorios se complementan con los que dispone el Fondo.

2. Del fondo como reserva de recursos

El cometido esencial del FA es establecer una reserva de recursos, provenientes de la empresa transportadora o de los propietarios o conductores de los vehículos automotores, y cuya aplicación básica es soportar financieramente los reconocimientos económicos por los perjuicios causados:

“b. En el caso del fondo de responsabilidad, no aparece que haya sido reglamentada su conformación y operación, por lo que ha de concluirse que tal fondo debe corresponder a un conjunto de recursos de la empresa transportadora destinados a realizar pagos por dicho concepto²⁹⁰.

³³ SECRETARIA DE AGRICULTURA, GANADERIA, DESARROLLO RURAL, PESCA Y ALIMENTACION REGLAS de Operación del Programa del Fondo para Atender a la Población Afectada por Contingencias Climatológicas (FAPRACC). Pulicada en Internet

³⁴ Artículo 994 del C.Co.

~~“Dicho conjunto de recursos se conformará bien como una reserva formada con dineros propios de la empresa, o bien como resultado de los aportes o cuotas de los propietarios de automotores afiliados, realizado con esa finalidad.”~~

“Los recursos que constituyan esa reserva, en consecuencia, deberán estar afectados jurídica y contablemente exclusivamente a realizar pagos por responsabilidad civil que vinculen a la respectiva empresa de transporte público colectivo municipal.

3. Del fondo como mecanismo complementario protector de patrimonio.

Es elemento caracterizante de los FA el ser complementario a la protección patrimonial que otorga el seguro, al convertirse en garante y responsable de pago de la indemnización de perjuicios hasta los montos definidos básicamente al momento de su otorgamiento, las sumas excluidas (deducible) y las que superen el techo asegurado, deben suplirse con los recursos económico - financieros aportados por la empresa – propietario, a efectos de suplir las diferencias entre el monto total a indemnizar y la suma a reconocer por la aseguradora

“ante la ocurrencia de un siniestro cubrir el monto de la indemnización de perjuicios, bien en exceso de la suma asegurada en las pólizas contratadas ora, en pago del deducible pactado en los términos previstos en el artículo 1103 del Código de Comercio, esto es, la primera parte del daño o la cuota de riesgo asumido por la compañía transportadora en condición de asegurado y también, para cubrir el pago de las primas de las pólizas de seguro”³⁵

Del alcance de la COMPLEMENTARIDAD de los fondos en materia de aseguramiento que contiene la regulación de los 170's considera el actuario Restrepo que:

*“(...) se entiende que son formas de cubrir la parte no cubierta por el contrato de seguros. No se trata de excluir el contrato de seguros y es demostrable que para la “capas” superiores es la cobertura más eficaz. Pero sí ocurre que para los mismos riesgos y condiciones reemplaza o suple al contrato de seguros, pues de lo contrario habría una doble cobertura, y **que en general procura aliviar la PRIMA a pagar al Asegurador o Reasegurador.***

Dos parámetros se infieren de lo expuesto, los FRC tienen los siguientes objetivos generales:

1. Debe existir necesariamente un contrato de seguro para el cubrimiento de los riesgos contractuales o extracontractuales de acuerdo con las condiciones y cuantías que se establezca por el Gobierno Nacional, ya que si no existe una definición al respecto, no hay parámetro – base para determinar cual es la parte **no cubierta por éste**.
2. El FA “no puede suplir el seguro que cubra las cosas transportadas contra los riesgos inherentes al transporte, toda vez que como allí se indica, el fondo puede ser creado como mecanismo complementario de los seguros tomados con las compañías habilitadas para ello.”³⁶, de conformidad con el artículo 1030 del C.Co., ya que estaría asumiendo su propio riesgo, lo cual está prohibido.

³⁵ Concepto 2002037610-2 del 30 de julio de 2002

³⁶ Superbancaria Concepto 2002037610-2 del 30 de julio de 2002.

3. El Fondo de autoseguro es un *mecanismo complementario para cubrir los riesgos derivados de la prestación del servicio (Artículo 18, Decreto 173/01)*, es decir lo no asumidos por los seguros exigidos por la autoridad administrativa (Soat, responsabilidad civil contractual y extracontractual), a saber:
 - a. El deducible.
 - b. Valores que excedan la cuantía máxima de la cobertura del seguro.
 - c. Por vía excepcional riesgos no amparados.

4. *Del necesario establecimiento del mecanismo de definición de la historia de siniestralidad del servicio.*

Se requiere a nivel del servicio público de transporte de carga, disponer de un sistema de información que permita determinar el nivel y causas de la accidentalidad y siniestralidad, y los costos que ello demanda, que permita establecer e incorporar medidas que aminoren los riesgos; analizar la información de tipo técnico que soporta la estructuración y definición de la tarifas - primas de las pólizas y el monto del fondo de reservas del FA.

1. Bases estadísticas de accidentalidad y siniestralidad del servicio público de transporte de carga, la cuáles deben ser "*homogéneas y representativas*" en los términos exigidos en el artículo 184 numeral 2 literal b) del EOSF.

Debe aplicarse rigor matemático en los cálculos matemáticos y las metodologías aplicadas, evitando la aplicación de comportamientos atípicos, y optando por mecanismos de suavización..

Los parámetros de frecuencia (número de siniestros en el tiempo) y Severidad (costo de los siniestros), deben ser explícitos, y definidos con precisión, así como razonadamente deben soportarse el método del cálculo de los mismos.

2. Como lo expone el actuario Restrepo en su estudio (págs. 2 y 3), "*Por transparencia, debiera incluirse la función completa de siniestralidad, indicando para cada escala de valor de siniestro (intervalo de costo), probabilidad SIMPLE de que el costo sea el del punto específico, probabilidad ACUMULADA de que el costo sea menor o igual al valor del intervalo, costo esperado de pérdida (prima pura) hasta el costo dado por el intervalo y costo esperado de pérdida (prima pura) para pérdidas mayores al valor del intervalo*"
3. En cuanto al SOAT, deberá diferenciarse, en la nota técnica base, para el establecimiento de la tarifa para el servicio, las estadísticas en que se amparan, y aplicarse con rigor lo observado en los puntos anteriores.

5. *De los sujetos participantes y aportantes.*

Tratándose el fondo de una fuente de recursos y de respaldo patrimonial, que se obtienen por parte una empresa transportadora o un grupo de ellas, se tiene que el sujeto habilitado para su conformación debe tener necesariamente el carácter de sociedad prestadora del servicio público de carga

En cuanto a los sujetos aportantes, se encuentra que ellos pueden provenir de la misma empresa transportadora o de los aportes o cuotas de los propietarios de los vehículos afiliados o vinculados a la misma.

No puede el FA, disponer de las reservas recaudadas a personas diferentes de los sujetos aportantes, como lo enseña la Superbancaria en concepto varias veces referido: *“En efecto, un fondo no puede constituirse en mecanismo que permita a terceros diferentes al titular de los recursos que lo conforman cubrirse de las pérdidas que les puedan ocasionar hechos por los que resulten civilmente responsables, mediante el pago de un precio.”*

Si se extendiera la protección económica del FA, tendría efectos que desbordarían su objetivo económico ya que *“Se tratará de actividad aseguradora no autorizada cuando una persona –empresa transportadora- se obligue a asumir cuando se sucedan -obligación condicional- riesgos -responsabilidad civil- de terceros aportantes al fondo, protegiendo el patrimonio de éstos –interés asegurable-, a cambio de un precio -aporte o cuota-.”*

6. Del capital, provisiones de reserva y controles de los Fondos.

Respecto del capital y su suficiencia que garantice su permanencia el actuario Restrepo nos indica:

Al adoptar el nuevo esquema de “Autoseguro/Reaseguro” debe tenerse en mente que el mismo no sólo debe ser suficiente para operar en el corto plazo (1 año), sino que también debe lograrse la suficiencia de los recursos para su permanencia en el largo plazo.

Precisamente las técnicas sobre “Teoría del Riesgo” y “Teoría de la Ruina” brindan las herramientas para determinar el Capital que en promedio debe mantener el Fondo (similar al nivel del agua de un tanque que atiende períodos secos y lluviosos), para ofrecer un determinado nivel de servicio (probabilidad de que haya suficiencia de recursos para atender los siniestros).

Pero además del estudio que indique el capital requerido, siempre será conveniente realizar evaluaciones periódicas de la siniestralidad real frente a la base de siniestralidad empleada para el cálculo, ello con el fin de ajustar oportunamente las tarifas con primas puras y factor de estabilidad, así como el capital del Fondo.

Al ser el FA un complemento a las coberturas y cuantías de las pólizas expedidas por las aseguradoras, se considera que el esquema para su constitución y funcionamiento, debe estar estrechamente asociado al definido en el EOSF para quién ejerce la actividad de aseguramiento y los controles y vigilancia sobre las mismas, que comprende los definidos en materia de riesgos financieros, operativo, legal, estratégico y de información.

En esta dirección, el FA debe llegar a estimar el ‘valor promedio de pérdida’ que en el símil de su actividad es el monto del riesgo a cubrir vía deducible o el que supere la capa de cobertura de la aseguradora.

En cuanto a las demás reservas tenemos las siguientes:

1. Reserva matemática, disponibilidad de recursos para cubrir lo que se habrá de pagar en exceso de los aportes aún por recaudar.

2. De la provisión para la desviación de la siniestralidad, cuyo fin es cubrir lo que se aleje del valor medio.
3. Provisión para cubrir diferencias en recursos - aportes pendientes de cobro.
4. Provisión para cubrir diferencias en riesgos vigentes o en curso.
5. Provisión para cubrir diferencias en siniestros pendientes de liquidación y pago
6. Margen de solvencia referido al patrimonio técnico mínimo de operación
7. Fondo de Garantía en situación de reducción del patrimonio técnico

7. Del fin - objeto del Fondo de Autoseguro y de los recursos

La destinación de los recursos que se recauden por parte del FA, es el apoyo y pago a los aportantes de:

- a. El pago de reconocimientos por la primera pérdida (deducible)
- b. De las que en exceso no son asumidas por las aseguradoras.
- c. Costos por coberturas no amparadas por los seguros tomados y/o exigidos.

Del deducible o primera pérdida. El poder de definición y negociación del deducible tiene como elemento primero la capacitación en la técnica actuarial de su determinación por parte de los integrantes del FA, que tiene estrecha relación con la historia de accidentalidad y siniestralidad de sus asociados; la incorporación de medidas de minimización de riesgo como elemento de la estructura empresarial que reducirá las barreras de protección por parte del asegurador; e indirectamente promover en el mercado asegurador, de propuestas que en competencia permitan al FA seleccionar la mas favorable.

Las reducciones que se obtengan del deducible ^{37**}, da la posibilidad de consolidar en forma mas rápida las economías que se obtienen por las negociaciones de arreglo directo, conciliaciones de los eventos de incidentalidad o accidentales menores y la posibilidad de empezar a madurar los recursos de respaldo de la tercera capa, que tiene que ver con el lucro cesante y el daño moral.

8. De las ventajas para el prestador del servicio de transporte de carga.

Las posibilidades de aseguramiento y de su negociación, así como la posibilidad de suplir capas no cubiertas por los seguros tomados, son los principales factores de atracción para su creación e implantación, agregado a las siguientes:

³⁷ La definición del esquema "Fondo Autoseguro/Reaseguro", es claramente más económico que el tradicional esquema de "Deducible/Póliza de Seguros", por cuanto el Fondo asume parte de la responsabilidad económica del riesgo que venía asumiendo la aseguradora. Ahora bien al trasladar parte del riesgo al Fondo de Autoseguro, este debería responder por el riesgo promedio (prima pura) y por alguna desviación del mismo, pero se ganaría el margen de utilidad y pago de comisiones que cobra la compañía de seguros." (Estudio Iván Restrepo, pág____)

- a. Obtención de aseguramiento y niveles adecuados de cobertura para propietarios que individualmente considerados encuentran serias barreras para su otorgamiento, mediante el procedimiento presentado por el actuario Iván Restrepo³⁸
- b. Negociación de pólizas globales que incluyan el amparo del lucro cesante y el daño moral, entre otros.

Establecimiento de techos para el sistema de aseguramiento del transporte. Por último, no se puede dejar a un lado que el mercado del aseguramiento colombiano para el servicio público de transporte, se apoya en los parámetros tradicionales esbozados por el Código Civil y el Código de Comercio, y a nivel de competitividad no se ofrecen alternativas en el mercado, a diferencia de esquemas en otros países, en los cuales se establecen cuantías concretas para el resarcimiento de los daños, que integra los perjuicios causados a las personas y a las cosas y en forma novedosa incluye una tasación de los daños morales, como el caso español (Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor).

Este sistema de techos indemnizatorios, así como la regulación específica de la responsabilidad civil de los conductores de vehículos automotores, son aspectos que deben considerarse y abordarse, a efecto

-
- ³⁸ En un primer nivel de aseguramiento, definir para el grupo de los “chicos” una primera pérdida por un valor muy pequeño (deducible bajo). “Chicos” en este contexto significa con poca capacidad económica para cubrir sus riesgos (ejemplo: mensajeros con moto), y precisamente se propone un deducible bajo con el objeto de que efectivamente tengan la capacidad económica para pagarlo. Ahora bien el valor exacto del deducible sólo se podría establecer una vez se cuente con la información estadística para tal fin, proceso que podría desarrollarse en una fase posterior de cálculo detallado.
 - En el siguiente nivel, el cubrimiento del riesgo estaría a cargo del Fondo para el cual se establecería un tope (retención) relativamente alta que ofrezca una cobertura interesante a este grupo de “chicos”. En este rango donde el mínimo sería el deducible pagado por el transportador y el máximo sería la retención definida por el Fondo, se estaría brindando cubrimiento para la siniestralidad más probable, pero con un costo menor al cobrado por las compañías de seguros.

Vale la pena anotar como se indicó anteriormente que la determinación del tope de cubrimiento del Fondo y monto de la cuantía asegurada está por fuera del alcance del presente estudio y sólo podría determinarse una vez se contase con la información estadística para su evaluación numérica. La clave de esta propuesta radica en la seguridad de que el pago de la siniestralidad más probable se haría a un menor costo (el del Fondo) porque no incorporaría los elementos adicionales de carga (ya comentados), tales como utilidad y costos de intermediación.

- Para cobertura de nivel de aseguramiento en exceso de lo asumido por el Fondo, se solicitaría entonces propuesta comercial a compañías de seguros, quienes estarían interesadas en el negocio por su volumen (aglutinación de los “pequeños”) y por las probabilidades de siniestralidad relativamente bajas para siniestralidad por encima del tope de retención del Fondo.

Finalmente se quiere resaltar nuevamente el carácter de temporalidad de esta propuesta por cuanto el objetivo final es el logro del marco normativo mediante el cual se exija a las compañías de seguros la oferta de seguros en forma unánime y sólo operar con la alternativa presentada hasta que se consiga el objetivo propuesto, entre otras por las siguientes razones:

- Los transportadores medianos y grandes pudieran percibir un tratamiento preferencial para los pequeños, ya que la prima cobrada sería posiblemente inferior a la que les es cobrada a ellos por compañías de seguros, ya que estas últimas incluyen sus costos administrativos y utilidades.
- Las compañías de seguros pudieran sentir que el Fondo es una especie de “Aseguradora Pirata” que ofrece los mismos servicios de una compañía de seguros con un mediano nivel de cobertura en este caso particular, sin verse sometida a sus mismos controles.

de instaurar un régimen de aseguramiento que proteja a los usuarios del servicio público.

Se considera que en el proceso de socialización debe mantenerse indemne el aspecto técnico del tema del aseguramiento, sin que se permita la inclusión de inferencias diferentes que desnaturalicen o distorsionen la razonabilidad de la extensión de las coberturas y condiciones que se recomienden.

- c. Negociación del deducible y de las primas o tarifas de la póliza global o colectiva.

De la necesidad de póliza integral . Se considera que en un mediano plazo, las coberturas comprenda el haz integral de amparos, tanto en la relación del operador con el Ministerio de Transporte – Supertransporte, así como también frente al usuario, entendido en sentido amplio, que garanticen una suficiencia de amparos y que se concentren en una póliza única.

Es necesaria la incorporación de coberturas específicas en materia contractual y extracontractual sobre lesión patrimonial sobre las personas y bienes (daño emergente y lucro cesante) y sobre los perjuicios morales, ya que es una función del Ministerio de Transporte velar por la protección del usuario, una vez se dispongan de las estadísticas homogéneas y representativas, como lo determinamos mas adelante.

Por la estructura abierta de tasación de indemnizaciones y de perjuicios vigente en el sistema colombiano, se torna imposible la definición de techos para cada una de las coberturas, ya que sus estimaciones son de tipo técnico concreto o dependen de criterio judicial para caso específico y dentro del criterio del censor judicial, en este aspecto se considera imperioso acudir a un sistema de baremos, que inter-relaciona coberturas generales y concretas, así como el monto de los reconocimientos, sin embargo mientras se realiza, se propone la definición de unos pisos por cada una de las coberturas, que como mínimo deben ser tomados por las empresas operadoras y que posibiliten un primer reconocimiento en eventos de afectaciones a las personas o a sus bienes, que aunque no lo satisfaga totalmente, se amplíe el marco de cubrimiento, pendiendo del nivel de accidentalidad del operador, así como de las medidas incorporadas para prevenir su ocurrencia, entendida como diligencia de un buen hombre de negocios.

Se reconoce la insuficiencia de la solución de ampliación en las coberturas, por nuestro sistema indemnizatorio abierto y la ausencia actual de estadísticas que permitan determinar el comportamiento de cada uno de los operadores y su cuantificación promedio. Sin embargo, se considera, que la implantación a un mediano plazo, que es un avance, al iniciarse la protección del ciudadano frente a una actividad declarada y conocida como riesgosa y peligrosa por sí misma, frente a lo cual el Estado no puede seguir asumiendo una posición de indiferencia.

- d. Reducción de la incertidumbre patrimonial del transportador y de su permanencia en el mercado del servicio, por insuficiencia en el pago de los emolumentos resarcitorios.

El Dr Restrepo enfatiza como objetivo principal del Fondo es el de “promover el mayor número de afiliados para lograr que la reserva que haya de hacerse para cubrir la desviación de siniestralidad (lo que se aleja del valor medio) sea mucho menor por asegurado.”y como beneficios económicos para el afiliado destaca los siguientes:

Para la misma cobertura que venía teniendo con el sistema tradicional de aseguramiento una tarifa menor.

Por la misma tarifa que venía pagando acceder a una mejor cobertura del riesgo, sea porque se incluyan mayor número de amparos, sea porque el deducible disminuya.

Posibilidad de un premio al final de cada período por un buen comportamiento de su siniestralidad, el cual puede pactarse como dividendo (“Bonus Malus”) que se entrega al transportador o como parte de pago de póliza del siguiente año.

Comprobación de sus ventajas

El Dr Restrepo ofrece un ejemplo demostrativo de las bondades del sistema, que transcribimos a continuación:

Esquema tradicional: El asegurado paga entre deducibles propios (7) y prima a compañía de seguros (12) un valor anual de 19.

Esquema propuesto: Se escoge el esquema Fondo de Autoseguro que cubra hasta 13 como pérdida máxima y pago a la compañía aseguradora de la prima por la siniestralidad que exceda de 13, suponiendo que la misma será cargada con el 100% de este valor para atender gastos administrativos, utilidades y costos de intermediación.

Parámetros dados por la función de siniestralidad (Página 42 del Taller):

- Prima Pura o Costo esperado para límite \leq 13 = 10,536

- Costo pagado al Asegurador = Prima Pura de Exceso \times 2 = 2,744 \times 2 = 5,488

En este segundo esquema se tienen las siguientes opciones desde la perspectiva del CORTO PLAZO:

Medio: Pago únicamente del costo promedio hasta límite 13 por 10,536 más prima a la aseguradora por 5.488, para un costo total de 16,024, lo cual significa un ahorro de 2.976 equivalente al 15,66% respecto de los 19 que se venían pagando.

Medio Pesimista: Pago de Costos del Optimista más Cuota por Desviación de Siniestralidad (cuando pagos exceden valor medio) por valor de 2,341 para un total de 18.365, equivalente a un ahorro de 0.635 equivalente a un 3,34% de los 19 que se venían pagando.

Totalmente Pesimista: Pago del máximo hasta el cual cubre el Fondo; esto es 13, más pago a la aseguradora por 5.488, para un total de 18.488, equivalente a un ahorro anual de 0.512, equivalente a un 2.69%.

De los anteriores escenarios se concluye que la utilidad ANUAL fluctuaría entre 2,69% y 15.66% del valor que se venía pagando, con la ventaja de que su implementación en el LARGO PLAZO haría que se reprodujeran las mismas.

Ahora bien, para el análisis de la suficiencia del Fondo en el LARGO PLAZO se incluyó análisis de sensibilidad en el que se muestran Combinaciones de Capital inmovilizado en el Fondo y Cuotas periódica (en general primas puras anuales cargadas con factores que atiendan desviación de siniestralidad), de las cuales se tomaría la que más se ajuste a las necesidades de los asegurados, siendo claro

que a mayor capital inmovilizado en el Fondo, menor pago por cuota periódica y viceversa.

Ejemplo para 95% de nivel de servicio del Fondo, o sea que el Fondo tenga suficiente dinero para atender el 95% de la totalidad de los siniestros (página 65 del taller):

Opción 1:

Monto del Fondo = 0,5

Cuota Anual = 18,38

Costo inicial Total = 18,98 que es menor que los 19 que se venían pagando.

Opción 2:

Monto del Fondo = 45

Cuota Anual = 15,05

Costo inicial Total = 60,05 que es mayor que los 19 que se venían pagando si se coloca al principio el dinero.

Aun cuando la segunda opción aparentemente no es muy atractiva para el inicio se puede llegar a ella porque según la visión del analista Medio en el CORTO PLAZO se lograría la liberación de 2,976 anuales (19 –10.536 –5.488) en promedio en el largo plazo, lo cual significaría que en unos 15 años aproximadamente se obtendrían los 45 del Fondo, momento en el cual se podría cobrar una cuota anual de 15,05.

En cuanto a la estrategia para escoger la mejor COMBINACION y por ende el monto mínimo del Fondo, se muestra en en página 66 del Taller la herramienta financiera que ayudaría en la toma de esta decisión: Análisis del Rendimiento Marginal del Capital, a través del cual se refleja el beneficio que se obtiene por disminución de la cuota anual en relación con el incremento de capital inmovilizado en el Fondo, cifra que se debe comparar con la percepción financiera del costo de oportunidad del dinero: Intereses por préstamo a terceros o el interno exigido por los asociados, Rendimiento libre de riesgo en el mercado financiero e incluso Costo de Capital de Trabajo, resultando claro que si el rendimiento marginal es inferior al costo de oportunidad definido no se debe inmovilizar dicho capital, pues el mismo obtendría un rendimiento superior en otro destino (por ejemplo ubicado en CTD's o para cancelar deudas a terceros con intereses altos).

Si se parte por ejemplo del supuesto de un costo de oportunidad del 9% (Rendimiento promedio actual de los CTD's) se concluye entonces que el Fondo podría alimentarse hasta 15 porque hasta allí el rendimiento marginal es de 9,42%, pero no extenderse hasta 20 porque en este caso el rendimiento marginal ya es del 7,26%.

9. De la conformación jurídica del Fondo de Autoseguro

El Fondo entendido como una reserva de recursos de una empresa o un grupo de empresas sería simplemente un fondo cuenta con destinación especial, que dentro de la contabilidad de una de ellas, permitiría cumplir el objetivo del mismo.

Este mecanismo se considera que carece de seguridad y confianza de los aportantes que han tenido experiencias negativas con los dineros suministrados para la reposición vehicular por lo que se desestima de plano, dicha recomendación.

Del fondo administrado vía entidad fiduciaria

El manejo del fondo cuenta o de patrimonios autónomos con reglamento e instrucciones al fiduciario, es una de las alternativas que garantizan transparencia e

independencia en el recaudo y manejo de los recursos suministrados por los aportantes.

Básicamente se emplearía la institución establecida en el artículo 1226 del Código de Comercio, con la restricción de los terceros beneficiarios, que dispone:

"La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.

El reglamento deberá contemplar la realización de un estudio técnico que permita determinar las coberturas de riesgo y las cuantías, con un techo óptimo de retención, que tendrá como referente el mercado del reaseguro, y la metodología de su determinación propuesta por el actuario Iván Restrepo, así .

La determinación del límite óptimo de retención se puede establecer de acuerdo con los siguientes criterios:

Nivel que más se acerque al costo esperado de siniestralidad, con el objeto de lograr pagar una prima más baja que la comercialmente reconocida a las compañías de seguros (páginas 42,43 y 44 del taller, donde el nivel de retención 13 es el más cercano al costo esperado de 13,28).

Nivel para el cual se obtenga el costo mínimo para el asegurado, tomando en cuenta lo que se debe pagar por costo medio + costo por desviación de siniestralidad (acorde con el nivel de servicio del Fondo definido inicialmente, p.e. 95%) + costo de pago al asegurador por la pérdida en exceso del límite o nivel de retención (páginas 43 y 48 del taller, Nivel Optimo es 13 donde se obtiene mínimo costo anual para 95% de nivel de servicio del Fondo).

*Ya entrando en un horizonte de LARGO PLAZO, sería el Nivel para el cual se obtenga el costo mínimo de cuota asociado con un mismo monto de Capital del Fondo (páginas 43 y 65 del Taller, con nivel óptimo 13 para Capital Fondo de 0,5). Obsérvese que en este caso es fundamental determinar la **disponibilidad económica** para el Fondo, resultando claro que no se trata de convertirse en una compañía aseguradora, sino tan sólo tener capacidad suficiente para cubrir los costos más probables de siniestralidad.*

En cuanto al reglamento y el catálogo de instrucciones, se considera que la autoridad administrativa debe sustraerse a intervenir en la misma, ya que si bien son en extremo altas las bondades de los FA, se trata de una opción y decisión netamente de la economía de la empresa prestadora del servicio o del grupo de ellas que se integren, y de los recursos de ellas y de los aportantes asociados.

En materia del mercado del servicio público del transporte de carga, la tendencia mundial es liberalizarlo, dejando que las fuerzas económicas lo regulen, manteniendo tan sólo observatorios que monitoreen la libre y leal competencia, y se considera que es hora que el servicio de carga se autoregule y mas cuando se trata de optimización de recursos, se considera que el Gobierno debe dictar regulación abierta.

10. DEL ORGANISMO DE INSPECCIÓN Y VIGILANCIA DE LOS FA.

En el decreto 173 de 2001 en su artículo 18 determinó el organismo a través del cual se realiza la supervisión de la actividad desarrolladas por el FA:

Artículo 18. Fondo de responsabilidad. Las empresas de transporte podrán constituir fondos de responsabilidad como mecanismo complementario para cubrir los riesgos derivados de la prestación del servicio, cuyo funcionamiento, administración, vigilancia y control lo ejercerá la Superintendencia Bancaria o la entidad de inspección y vigilancia que sea competente según la naturaleza jurídica del fondo

Al respecto la posición sobre el control del FA, la Superbancaria, de acuerdo al estudio de Archila Asociados es la siguiente:

Resalta la Superintendencia que se requiere de una reglamentación de los fondos de responsabilidad que precise, de acuerdo con su naturaleza jurídica, los procedimientos y reglas organizacionales, económicas y prudenciales para su funcionamiento, control y vigilancia. Y concluye que el ejercicio de la función de inspección y vigilancia por parte de la Superintendencia Bancaria sobre los recursos de un fondo de responsabilidad sería viable en la medida en que éstos se encontraran administrados por una institución financiera .(pág 104 del estudio, sin subrayas)

Por ello, si el FA maneja directamente sus recursos, la Superbancaria no tendría facultad alguna sobre las operaciones del mismo, ya que se trataría de una entidad diferente y objeto social sujetas a su control.

11. De las tareas para promover el establecimiento de los fondos de auto-aseguramiento.

Dentro de la labor adelantada en la asesoría prestada por el actuario Iván Restrepo, se indagó con el sector asegurador la posibilidad de formular propuestas de impulsión conjunta entre actuaría, asegurador, los empresarios y el MT, para la construcción de un esquema que permitiera sentar las bases para la adopción de los FA, a partir de uno piloto, que fuera propagador de sus bondades.

El cuadro que se presenta a continuación, se acoge en su integridad y fue desarrollado por Ingesistemas, sociedad del actuario Iván Restrepo y la aseguradora Colseguros, sin querer dejar de dar el crédito a su labor, donde se nombra a Ingesistemas debe leerse ACTUARÍA A SELECCIONAR y donde se nombra a Colseguros, debe leerse ASEGURADORA A SELECCIONAR, ya que la definición corresponde a los empresarios del servicio público de carga, a quienes corresponde tal tarea

CAPACITACIÓN OPERATIVA		IMPLEMENTACION POLIZAS GLOBALES Y COLECTIVAS		CONTROL SOBRE LOS FONDOS	GESTIÓN DE RECLAMACIÓN
Ingesistemas	Colseguros	Ingesistemas	Colseguros	Ingesistemas	Colseguros
Aspectos Actuariales para Gestión del Riesgo	Aspectos Operativos para Gestión y Control del Riesgo	Estudio Actuarial	Oferta Comercial	Orientación sobre Gestión Administrativa y Financiera del Fondo de Autoseguro.	OutSourcing para gestión de reclamos en primer nivel de pérdida
Cursos informativos y formativos para tomadores, en particular cuando se contemplan Alternativas y	Definición sobre Medidas de Seguridad Industrial, distintas de los Seguros aunque	Evaluación Técnica del Riesgo que contemple todos los amparos normalmente requeridos en el desarrollo de una	Colseguros ofrecerá un paquete comercial que se puede describir como un Autoseguro con”	Definición del tamaño de los Activos que garanticen la suficiencia del Fondo.	PROCESO DE INDEMNIZACIONES: Colseguros pone a disposición del cliente toda su experiencia para el manejo de los

CAPACITACIÓN OPERATIVA		IMPLEMENTACION POLIZAS GLOBALES Y COLECTIVAS		CONTROL SOBRE LOS FONDOS	GESTIÓN DE RECLAMACIÓN
<p>Complementos.</p> <p>Definiciones básicas y técnicas sobre RIESGO, con el fin de medir la influencia de medidas complementarias, para un diálogo constructivo con los oferentes de contrato de seguros y para encontrar formas y puntos óptimos de deducibles, niveles (“capas”) de cobertura y contratos de exceso de pérdida o de dividendos.</p> <p>Análisis de parámetros que afectan el Riesgo (análisis factorial o de Karluhenn-Loeve).</p> <p>Educación a los Transportadores, sobre lo que hoy se conoce como ESTRATEGIA DE PARE DE PERDER”.</p>	<p>puedan y suelen ser parte de las condiciones de las pólizas.</p> <p>Definición de Medidas de Seguridad, adicionales a otras tales como alarmas, mecanismos de comunicación, escoltas, límite a los valores transportados, etc)</p>	<p>actividad, sin fraccionarlos por “RAMOS” (organización interna de la Compañía de seguros que debe ser transparente para el transportador), ni por “CLIENTES” (relación interna sobre forma de manejo y por amparos automáticos que se confirman mediante reportes periódicos de altas y bajas).</p> <p>Modelo debe incorporar reaseguro no proporcional con límites agregados, lo cual implica el independiente del número de siniestros ocurridos en un periodo hasta el “nivel de retención” o “Límite” o punto “pare de perder” agregado, no individual por evento para aprovechar los sobrantes de cobertura de unos eventos y cubrir al menos en parte los excesos.</p> <p>Cálculo de DIVIDENDOS los cuales se constituyen en premio para los asegurados cuya siniestralidad estuvo por debajo de cierto nivel y que puede reflejarse como un menor cobro de prima de seguros para periodos posteriores o en fuente de alimentación de fondos cuyo objeto sea beneficiar a los afiliados (por ejemplo para reposición de parque automotor)</p> <p>Cálculo de los denominados “Análisis de Confabilidad” que</p>	<p>Stop Loss” Agregado y Servicios Administrativos.</p> <p>Este tipo de cobertura permitirá protegerse contra altos niveles de siniestralidad inesperados, con reducción de costos y procesamiento de reclamaciones de forma eficiente y efectiva.</p> <p>El esquema de autoseguro se manejará a través de un fondo que se administra como un patrimonio autónomo con destinación exclusiva a atender las coberturas que son objeto de este esquema. Colseguros provee además de la gestión fiduciaria en el manejo del fondo, la gestión de inversiones que implica tener un portafolio exclusivo para el manejo de estos recursos, cuyas políticas de composición de portafolio y la colocación de las inversiones se definirá en función de los escenarios de liquidez, seguridad y permanencia proyectada de los recursos en función de los estudios actuariales que los respalden.</p> <p>El objetivo es que los rendimientos del fondo sean de tal naturaleza que permitan atender</p>	<p>Controles sobre parte administrativa que bien pueden confiarse a las condiciones explícitas en las pólizas.</p> <p>Definición sobre calidad, oportunidad y suficiencia de la oferta de transporte. Definición sobre condiciones para otorgar bonificación por buen comportamiento en la siniestralidad, antes comentada como opción de DIVIDENDO, ello con el fin de evitar riesgos morales.</p> <p>En cuanto a recursos actuariales, se necesitan solamente el equilibrio básico de RIESGO (Función Generadora de Momentos, que incluye límites de Reaseguro si los hay, cuota mensual y capital inicial) como RESERVA PROSPECTIVA que controle y ajuste la RETROSPECTIVA. Los modelos pueden ser muy complejos pero hay que llegar a fórmulas simples, inteligibles y aplicables. Quien ejerza el control tendrá que tener una base estadística sobre distribuciones y bondad de ajuste, así como conocer y aplicar el Modelo Básico de Teoría del Riesgo para determinar la suficiencia de los FONDOS; en última instancia debería contar con la capacitación suficiente (o en su defecto asesoría externa) para validar y aprobar modelos más avanzados presentados por los Transportadores siempre que éstos los justifiquen y presenten el cálculo</p>	<p>siniestros (que se presenten en la primera capa), con todos los ajustadores y prestatarios, beneficiando al cliente de todos los descuentos y servicios que como aseguradora tiene, en razón al volumen de compras que manejamos.</p> <p>Atención inmediata de los siniestros que superen la parte retenida del riesgo. Estos siniestros estarían cubiertos por las pólizas y por lo tanto su atención y trámites se surtirían normalmente a través de nuestro call center a nivel nacional.</p> <p>Tendremos ajustadores especializados y exclusivos para prestar un servicio ágil y oportuno.</p> <p>Asesoramiento para lograr disminuir el riesgo de lucro cesante latente en el momento del siniestro.</p> <p>Recomendaciones sobre medidas y correctivos, basados en nuestra experiencia y las que se deduzcan de los siniestros ocurridos dentro del programa, para minimizar los riesgos a futuro.</p> <p>Campañas de prevención y control de siniestralidad dirigidas al transportador. Talleres sobre control de riesgo. -capacitación a conductores.</p> <p>Administración de los riesgos- independ risk.</p> <p>Control portuario y aeroportuario.</p> <p>Para transportadores públicos: Risk and cleins.</p> <p>Para generadores de carga-CRM. Asesoramiento logístico a vehículos en la vía.</p>

CAPACITACIÓN OPERATIVA		IMPLEMENTACION GLOBALES Y COLECTIVAS	POLIZAS	CONTROL SOBRE LOS FONDOS	GESTIÓN DE RECLAMACIÓN
		<p>son fuente potencial para disminución de primas, ya que lo que pretenden es llevar la experiencia positiva de siniestralidad de cada transportador a la base histórica de siniestralidad empleada por compañías de seguros con el objeto de ser tomada en cuenta al momento del cálculo de primas y así evitar la denominada “prima de manual”.</p> <p>Estudio del Riesgo en PERIODOS EXTENDIDOS. La cobertura se hace por medio del costo medio probable (atenuado por los reaseguros), más la carga de estabilidad del año, más un fondo de largo plazo o capital inicial. Este capital inicial puede constituirse como Fondo real, que incluso gana intereses, o puede ser simplemente una cuenta pasiva de presupuesto, un acuerdo con Financiero de que se puede requerir excepcionalmente hasta esa suma.</p>	<p>algunos gastos administrativos y algunos rubros específicos de las coberturas otorgadas a los sujetos amparados.</p> <p>Definición de medidas FINANCIERAS, concretamente en los riesgos llamados “de mercado”, típicamente tasas de cambio y de rendimiento, que se cubren mediante “derivados”, operaciones a plazo, dar o tomar OPCIONES.</p>	<p>correcto.</p> <p>Definición de características de información a recopilar en relación con la siniestralidad, que alimentaría con sus parámetros la función analítica de siniestralidad, una vez ésta se ha ajustado se presenta para diferentes capitales semilla las cuotas anuales a pagar (las cuales incluye n tanto el costo esperado de siniestralidad como el coeficiente de ajuste para cubrimiento de desviación de la siniestralidad). Finalmente se escoge el Capital Semilla más cercano al Capital disponible en el Fondo y en forma correlacionada la cuota periódica asociada. De esta forma se estaría atendiendo la norma contable (D. 2649/93, art. 52) que dice que quien enfrente un gasto o pérdida contingente, debe CALCULAR la probabilidad al menos una vez al año, con oportunidad del cierre, y emplearla para cuantificar la CONTINGENCIA y hacer la correspondiente PROVISIÓN.</p> <p>Este mismo registro sirve para mantener una BASE PROPIA de siniestralidad, para una actitud crítica constructiva frente a las primas comerciales y para poder presentar estudios de CONFIABILIDAD en procura de tarifas especiales. El registro metódico de la experiencia (exposición al riesgo según valores transportados, vehículos afiliados, el número de</p>	

CAPACITACIÓN OPERATIVA		IMPLEMENTACION POLIZAS GLOBALES Y COLECTIVAS		CONTROL SOBRE LOS FONDOS	GESTIÓN DE RECLAMACIÓN
				siniestros y su costo) se conocen como estadísticas propias.	

1. CONCLUSIONES.

De lo expuesto podemos concluir en forma general lo siguiente:

1. Se hace necesario re-estructurar la transparencia del sistema actual de aseguramiento en los seguros obligatorios y de responsabilidad civil aplicados para el servicio público del transporte de carga, en especial la revisión de seguros con coberturas iguales a las del SOAT, donde a pesar de existir coberturas iguales, no hay posibilidad de determinar y verificar si en la estructuración tarifaria el monto asegurable para el SOAT, es el piso para definir la prima de los seguros de responsabilidad civil contra y extra contractual.
2. Deben establecerse, previo estudio técnico realizado con cálculos y metodología de la actuaría de punta las coberturas y cuantías de las pólizas de responsabilidad civil, contractual y extra contractual que deben tomar las empresas prestadoras del servicio público de carga, ya que sin esta definición no es viable el establecimiento y operación del Fondo de Autoaseguramiento.
3. Debe disponerse la construcción con la técnica y metodología actuarial de historia de accidentalidad y siniestralidad completa, del servicio de transporte de carga que sirva de parámetro necesario para la definición de las primas o tarifas de las pólizas y de definidor de los niveles de aseguramiento se impongan por el Gobierno.
4. Es indiscutible la viabilidad jurídica y actuarial de los FRC, siempre y cuando exista la póliza global, no atomizada por riesgos del servicio.
5. La reglamentación del artículo 61 de la ley 336 de 1996, con fundamento en el numeral 11 del artículo 189 de la Carta Política debe tener como directriz la liberalización del mercado de carga, siguiendo los parámetros de control y evaluativos del sector asegurador y medidas de optimización de recursos del operador del servicio y de auto – regulación por parte del prestador del mismo y de la adopción de mecanismos de minimización del riesgo de la operación.
6. Debe contener la reglamentación la adopción de medidas de minimización de riesgos y de seguridad, por parte de los operadores del servicio r
7. Es necesaria que en forma articulada, se concerte una prueba piloto, que sea fuente irradiadora de las bondades de los FA.
8. Se recomienda que el Fondo cuenta sea manejado por una entidad fiduciaria.

Sobre los criterios a aplicar en los Fondos de Responsabilidad Civil y en las pólizas Soat, de responsabilidad civil contractual y extracontractual, serán los siguientes:

1. De las pólizas de responsabilidad civil contractual y extracontractual.
 - o Los criterios para la determinación de las coberturas y cuantías póliza única para el aseguramiento del transporte serán los siguientes:

○

a) **Criterio de transparencia** en pisos y techos de las diferentes coberturas y cuantías:

○ Para evitar duplicidades de coberturas en seguro todo riesgo (art. 98 del EOSF), cuando otorguen financiación para la adquisición de vehículos destinados para la prestación del SPTTA, se excluirá del riesgo de responsabilidad civil, mientras este se mantenga vigente, ya que la situación implicaría la pérdida de garantía por el doble aseguramiento

○ .

○ Las aseguradoras, en cuanto a que “deberán adecuar las pólizas y tarifas en las cuales exista coincidencia con las coberturas propias del seguro obligatorio, a fin de evitar duplicidad de amparos y de pago de primas” (artículo 194 numeral 4 del EOSF):

○

b) **Criterio de Integralidad de la reparación de los perjuicios causados**, en el que se tendrán en cuenta los siguientes parámetros:

○ Todas las situaciones que implique riesgos en la operación deben tener respaldo en una póliza.

○ La universalidad de la reparación conlleva obligación de imposición de otorgamiento, por parte del Estado, para el prestador y de medio de restablecimiento para el afectado.

○ La exclusión de una cobertura, debe ser en extremo razonada y apoyada en protecciones diferentes (garantías, por ejemplo), o por comportamientos del operador que infieran la reducción fuerte del riesgo o posibilidades amplias de asumirlo por su solvencia económica y financiera.

○ El afectado indeterminado, tiene una plena protección ante la ocurrencia de eventos de un tercero o polo contractual, para solicitar y obtener resarcimiento a la totalidad de lo perjuicios que se le hayan causado a su persona o a sus bienes.

c)

d)

e) **Criterio de Equidad**

f) **Criterio de Proporcionalidad**

g) **Criterio de Suficiencia**

h) **Criterio de rigurosidad matemática y técnica**

Los procesos que requieran de fuente estadística está debe cumplir las exigencias de homogeneidad y representatividad” (artículo 184 numeral 3 literal a, del EOSF).

Para la determinación de la función de siniestralidad que soporta el cobro de la tarifa de la póliza, así como para la determinación de los aportes de los afiliados

Frecuencia: número de siniestros en un período y
 Severidad: costo o valor que se paga por cada siniestro

Estadísticas homogéneas y representativas.

Deficiencias en cálculos matemáticos y metodologías aplicadas. (aceptación métodos empíricos, falta ajustes los modelos e incorporación de variables como pico y placa, día solar etc.)

- i)
- j)
- k)

Criterio de aminoración de riesgos: Promoción de medidas para reducción de riesgos por parte de los integrantes de la cadena de transporte.

a) De medidas complementarias para ajuste del sistema de aseguramiento.

De acuerdo con el estudio y recomendaciones formuladas en el estudio realizado por Archila Asociados Ltda., en el sentido de “desarrollar, esquemas de evaluación y seguimiento de los riesgos de su operación y siniestralidad” (pág 3, Cuadro de opciones propuestas. Carpeta 1 de 2), se establecerá una tabla de seguimiento, por empresa prestadora del servicio público en la que se establezca el nivel de incorporación de medidas de prevención y diligencia para la reducción de incidentalidad -accidentalidad, que tendrá como mínimo los siguientes componentes

Empresa	Certificaciónes/ reportes		Descripción actividad realizada
	si	No	
Incorporación efectiva y certificada de costos de prevención y reducción de accidentalidad- incidentalidad. (Gestión de empresa y acopio y ordenamiento de información)			
Desarrollo de esquemas de evaluación y seguimientos de los riesgos de operación			
Vinculación de vehículos automotores con control efectivo, debidamente certificada.			
Medidas certificadas de cuidado y reducción de incidentes.			
Reducción de incidentalidad y accidentalidad.			
Reporte oportuno de pago de indemnizaciones y siniestralidad.			

Empresa _____

Empresa	N° vehículos afiliados	N° vehículos de propiedad empresa	N° vehículos control efectivo	Causa probable del evento	Reconocimiento perjuicios			
					empresa	propietario	asegurador	Valor pagado/ conceptos
N° choques						56	Fondo Responsabilidad Civil Propuesta	
N° accidentes								
N°								

- l)
- m)
- 2. La definición de las coberturas y cuantías debe estar respaldado por un estudio técnico que comprenderá:
 - a. Historia de incidentalidad y accidentalidad del servicio público de carga por carretera
 - función de siniestralidad completa
 -
- 3. **Criterio de información:** Para la construcción de historia de incidentalidad se requiere del suministro de información por parte de los diferentes actores, se proponen entre otros los siguientes, que deberán ser estructurados por la Dirección de Tránsito y Transporte

Las empresas de transporte deberán enviar el siguiente reporte mensual, sobre siniestralidad, a la DGTT y copia a la OFRE.

- Lugar/ Fecha/ Hora
- Causa probable del evento
- Póliza N°, coberturas, cuantías, vigencia, valor prima.
- Soat, valor prima
- Ruta: origen – destino – kilómetros, kilómetro donde ocurrió el evento
- Tipo de situación, lugar, fecha hora,
- Identificación vehículos vinculados al evento, tipo, clase, placas, modelo color, capacidad, tipo de vinculación a la empresa, N° de eventos en los 6 meses inmediatamente anteriores, control sobre mantenimientos, mantenimientos realizados en un lapso anterior a 6 meses,
- Daños: (descripción)
 - Objeto fijo
 - Daños a personas: heridos, muertos, (conductor, acompañante, pasajeros, terceros)
 - Daños a bienes
 - Estimación daños -Monto reclamación (administrativa o judicialmente)
- Definición reclamación : directa, conciliación, judicial
 - Fuente recursos indemnización: empresa, asegurador, propietario
 - Valor y descripción de los conceptos y montos pagados por indemnización.
- Nombre conductores vinculados con el evento, identificación, edad, sexo, jornada de trabajo, tipo de vinculación con la empresa, fecha última de vinculación.
- Medidas correctivas adoptadas

De la información que deben suministrar las aseguradoras

- Eventos ocurridos en el mes:
 - N° póliza
 - Coberturas

- Tomador, Asegurado – Beneficiario
- Descripción del automotor asegurado
- Descripción del acontecimiento (s): lugar, fecha hora, relación breve
- Indemnizaciones en proceso de reconocimiento
- Indemnizaciones reconocidas (concepto – valor).
- Deducibles
- Exclusiones
- Excepciones propuestas por el asegurador.
- Estado de la reclamación: trámite directo – proceso judicial (juizado)
 - Indemnización solicitada
 - Indemnización reconocida por asegurador o declarada judicialmente
 - Pago de la indemnización (S/N) y su monto.

Que se aplicarán en la definición de las coberturas y cuantías que se definan por el Ministro de Transporte, previo estudio que realice la Dirección de Transporte y Tránsito.

- 4.